



---

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Part 1, 1984 Vol. 1**

**1<sup>er</sup> cahier, 1984 Vol. 1**

**Cited as [1984] 1 S.C.R. 2-129**

**Renvoi [1984] 1 R.C.S. 2-129**

---





**SUPREME COURT OF CANADA SCHEDULE —  
CALENDRIER DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA**

1985

**JANUARY - JANVIER**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
		1	2	3	4	5
6	7	8	9	10	11	12
13	14	15	16	17	18	19
20	21	22	23	24	25	26
27	28	29	30	<del>31</del>		

**FEBRUARY - FÉVRIER**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
					1	2
3	4	5	6	7	8	9
10	11	12	13	14	15	16
17	18	19	20	<del>21</del>	22	23
24	25	26	27	28		

**MARCH - MARS**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
					1	2
3	4	5	6	7	8	9
10	11	12	13	<del>14</del>	15	16
17	18	19	20	21	22	23
24	25	26	27	28	29	30
31						

**APRIL - AVRIL**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
	1	2	3	<del>4</del>	5	6
7	8	9	10	11	12	13
14	15	16	17	18	19	20
21	22	23	24	25	26	27
28	29	30				

**MAY - MAI**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
			1	<del>2</del>	3	4
5	6	7	8	9	10	11
12	13	14	15	16	17	18
19	20	21	22	<del>23</del>	24	25
26	27	28	29	30	31	

**JUNE - JUIN**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
						1
2	3	4	5	6	7	8
9	10	11	12	<del>13</del>	14	15
16	17	18	19	20	21	22
23	24	25	26	<del>27</del>	28	29
30						

**JULY - JUILLET**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
	1	2	3	4	5	6
7	8	9	10	11	12	13
14	15	16	17	18	19	20
21	22	23	24	25	26	27
28	29	30	31			

**AUGUST - AOÛT**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
				1	2	3
4	5	6	7	8	9	10
11	12	13	14	15	16	17
18	19	20	21	22	23	24
25	26	27	28	29	30	31

**SEPTEMBER - SEPTEMBRE**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
1	2	3	4	5	6	7
8	9	10	11	12	13	14
15	16	17	18	19	20	21
22	23	24	25	26	27	28
29	30					

**OCTOBER - OCTOBRE**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
		1	2	3	4	5
6	7	8	9	<del>10</del>	11	12
13	14	15	16	17	18	19
20	21	22	23	24	25	26
27	28	29	30	<del>31</del>		

**NOVEMBER - NOVEMBRE**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
					1	2
3	4	5	6	7	8	9
10	11	12	13	14	15	16
17	18	19	20	<del>21</del>	22	23
24	25	26	27	28	29	30

**DECEMBER - DÉCEMBRE**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
1	2	3	4	5	6	7
8	9	10	11	12	13	14
15	16	17	18	<del>19</del>	20	21
22	23	24	25	26	27	28
29	30	31				

Hearing of appeal days:  Motion days:  Holidays:  Judgment days:   
 Journées d'audition de pourvoi:  Journées de requête:  Vacances:  Journées de jugement:



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

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

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

Revisor  
RICHARD BERBERI

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
MARIELLE BEAULIEU  
BARBARA LONG

*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, 1984.

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

Arrêtiiste en chef  
ANNE ROLAND, L.L.L.

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

Réviseur  
RICHARD BERBERI

Adjointes à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
MARIELLE BEAULIEU  
BARBARA LONG

*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, 1984.

## CONTENTS

<b>Beaudoin-Daigneault v. Richard</b> .....	2
Partnership — Tacit partnership — Concubinaries — Purchase and operation of a farm — <i>Pro socio</i> action — Civil Code, arts. 1830 et seq.	
Courts — Appeal — Court of Appeal intervening in the findings and conclusions of fact of the trial judge — No error by the trial judge — Principles governing a second appellate court's intervention with respect to the findings of fact of a first appellate court — Principles governing a second appellate court's intervention with respect to the findings of fact at trial.	
<b>Desgagné v. Fabrique de la paroisse St-Philippe d'Arvida</b> .....	19
Prescription — Lease and hire of work — Liability of architect, engineers and contractor — Construction defect — Gradually revealed — Starting point of prescription — Civil Code, arts. 1688, 1689, 2259 — Fabrique Act, 1965 (Qué.), c. 76 (now R.S.Q. 1977, c. F-1), ss. 18(b), 26(g) — Code of Civil Procedure, art. 56.	
<b>Fabrique de la paroisse St-Philippe d'Arvida v. Desgagné et al.</b> .....	19
Prescription — Lease and hire of work — Liability of architect, engineers and contractor — Construction defect — Gradually revealed — Starting point of prescription — Civil Code, arts. 1688, 1689, 2259 — Fabrique Act, 1965 (Qué.), c. 76 (now R.S.Q. 1977, c. F-1), ss. 18(b), 26(g) — Code of Civil Procedure, art. 56.	
<b>Parrot v. Thompson et al.</b> .....	57
Negligence — Delictual liability — Professional liability against third parties — Land surveyor — Error with respect to	

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

<b>Beaudoin-Daigneault c. Richard</b> .....	2
Société — Société tacite — Concubins — Achat et exploitation commune d'une ferme — Action <i>pro socio</i> — Code civil, art. 1830 et suiv.	
Tribunaux — Appel — Cour d'appel intervenant dans les déterminations et conclusions de fait du juge de première instance — Aucune erreur de la part du premier juge — Principes régissant l'intervention d'une seconde cour d'appel en regard des déterminations de fait d'une première cour d'appel — Principes régissant l'intervention d'une seconde cour d'appel en regard des déterminations de fait du juge de première instance.	
<b>Desgagné c. Fabrique de la paroisse St-Philippe d'Arvida</b> .....	19
Prescription — Louage d'ouvrage — Responsabilité de l'architecte, des ingénieurs et de l'entrepreneur — Vice de construction — Manifestation graduelle — Point de départ de la prescription — Code civil, art. 1688, 1689, 2259 — Loi des fabriques, 1965 (Qué.), chap. 76 (maintenant L.R.Q. 1977, chap. F-1), art. 18b), 26g) — Code de procédure civile, art. 56.	
<b>Fabrique de la paroisse St-Philippe d'Arvida c. Desgagné et autres</b> .....	19
Prescription — Louage d'ouvrage — Responsabilité de l'architecte, des ingénieurs et de l'entrepreneur — Vice de construction — Manifestation graduelle — Point de départ de la prescription — Code civil, art. 1688, 1689, 2259 — Loi des fabriques, 1965 (Qué.), chap. 76 (maintenant L.R.Q. 1977, chap. F-1), art. 18b), 26g) — Code de procédure civile, art. 56.	
<b>Parrot c. Thompson et autre</b> .....	57
Responsabilité — Responsabilité délictuelle — Responsabilité professionnelle envers des tiers — Arpenteur-géomètre —	

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

the surface area of a piece of land in the book of reference — Reduction in the price of the land — Action against land surveyor based on this reduction — Causal link — Civil Code, arts. 1053, 2166, 2167, 2168, 2174, 2175.

### **R. v. Isaac** ..... 74

Criminal law — Parties to an offence — Murder — Charge to the jury — Instructions excluding s. 21 from the consideration of the jury — Error in law — Criminal Code, ss. 21 and 218.

### **Reference re Newfoundland Continental Shelf** ..... 86

Constitutional law — International law — Continental shelf off Newfoundland — Natural resources — Whether Canada or Newfoundland has the right to explore and exploit natural resources of continental shelf — Newfoundland Act, 1949 (U.K.), c. 22, Terms of Union (Schedule), Terms 2, 3, 7, 35, 37 — Statute of Westminster, 1931 (U.K.), c. 4, ss. 1, 3, 10, 11 — Geneva Convention, 1958, art. 2 — Statute of the International Court of Justice, art. 38(1) — Constitution Act, 1867, ss. 109, 132.

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Legislative jurisdiction over the natural resources of continental shelf off Newfoundland — Federal jurisdiction — Peace, order and good government power — Constitution Act, ss. 91, 92, 92(5), 92(13), 92A(1).

### **Telecommunications Workers' Union v. British Columbia Ferry Corporation** ..... 83

Labour relations — Picketing — Federally certified union picketing provincial undertakings — Provincial employers bringing actions for damages for illegal picketing — Provincial Labour Code requiring consent of Labour Relations Board prior to bringing such actions — Whether provincial Labour Code applicable to picketing due to a federal labour dispute — Labour Code of British Columbia, 1973 (2nd Sess.) (B.C.), c. 122 as amended (now the Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212), s. 32(4).

### **Telecommunications Workers' Union, Local 36, et al. v. Fording Coal Ltd.** ..... 83

Labour relations — Picketing — Federally certified union picketing provincial undertakings — Provincial employers bringing actions for damages for illegal picketing — Provincial Labour Code requiring consent of Labour Relations Board prior to bringing such actions — Whether provincial Labour Code applicable to picketing due to a federal labour dispute — Labour Code of British Columbia, 1973 (2nd Sess.) (B.C.), c. 122 as amended (now the Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212), s. 32(4).

## SOMMAIRE (Fin)

Erreur quant à la superficie d'un terrain au livre de renvoi — Réduction du prix du terrain — Réclamation contre l'arpenteur-géomètre fondée sur cette réduction — Lien de causalité — Code civil, art. 1053, 2166, 2167, 2168, 2174, 2175.

### **R. c. Isaac** ..... 74

Droit criminel — Parties à une infraction — Meurtre — Exposé au jury — Directives empêchant le jury de prendre l'art. 21 en considération — Erreur de droit — Code criminel, art 21 et 218.

### **Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve** ..... 86

Droit constitutionnel — Droit international — Plateau continental au large de Terre-Neuve — Ressources naturelles — Qui du Canada ou de Terre-Neuve a le droit d'explorer et d'exploiter les ressources naturelles du plateau continental? — Loi sur Terre-Neuve, 1949 (R.-U.), chap. 22, Conditions de l'union (annexe), clauses 2, 3, 7, 35, 37 — Statut de Westminster, 1931 (R.-U.), chap. 4, art. 1, 3, 10, 11 — Convention de Genève de 1958, art. 2 — Statut de la Cour internationale de Justice, art. 38(1) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 109, 132.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs législatifs — Compétence législative relative aux ressources naturelles du plateau continental au large de Terre-Neuve — Compétence fédérale — Pouvoir en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92, 92(5), 92(13), 92A(1).

### **Telecommunications Workers' Union c. British Columbia Ferry Corporation** ..... 83

Relations de travail — Piquetage — Syndicat accrédité en vertu de la loi fédérale qui fait du piquetage auprès d'entreprises provinciales — Actions en dommages-intérêts pour piquetage illégal intentées par les employeurs touchés — Code du travail de la province exigeant le consentement préalable du Labour Relations Board pour intenter ces actions — Applicabilité du Code du travail de la province dans le cas de piquetage résultant d'un conflit de travail fédéral — Labour Code of British Columbia, 1973 (2<sup>e</sup> Sess.) (B.C.), chap. 122 et modifications (actuellement le Labour Code, R.S.B.C. 1979, chap. 212), art. 32(4).

### **Telecommunications Workers' Union, section locale 36, et autres c. Fording Coal Ltd.** ..... 83

Relations de travail — Piquetage — Syndicat accrédité en vertu de la loi fédérale qui fait du piquetage auprès d'entreprises provinciales — Actions en dommages-intérêts pour piquetage illégal intentées par les employeurs touchés — Code du travail de la province exigeant le consentement préalable du Labour Relations Board pour intenter ces actions — Applicabilité du Code du travail de la province dans le cas de piquetage résultant d'un conflit de travail fédéral — Labour Code of British Columbia, 1973 (2<sup>e</sup> Sess.) (B.C.), chap. 122 et modifications (actuellement le Labour Code, R.S.B.C. 1979, chap. 212), art. 32(4).

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Volume 1, 1984**

**1<sup>er</sup> volume, 1984**

**Aline Beaudoin-Daigneault** *Appellant*;

and

**Paul-Eugène Richard** *Respondent*;

and

**Registrar of Registry Division of Compton at Cookshire** *Mis en cause.*

File No.: 16952.

1983: March 15; 1984: February 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Partnership — Tacit partnership — Concubinaries — Purchase and operation of a farm — Pro socio action — Civil Code, arts. 1830 et seq.*

*Courts — Appeal — Court of Appeal intervening in the findings and conclusions of fact of the trial judge — No error by the trial judge — Principles governing a second appellate court's intervention with respect to the findings of fact of a first appellate court — Principles governing a second appellate court's intervention with respect to the findings of fact at trial.*

After two years of cohabitation, both parties decided to buy a farm. They both signed an offer to purchase the farm but respondent alone signed the contract of sale. During five years, appellant worked and financially contributed to the improvement and operation of the farm. She also took care of the household chores. The parties eventually separated. Appellant then brought a *pro socio* action in the Superior Court. The trial judge allowed the action finding that a partnership existed for the purchase and operation of a farm and ordered its partition. The Court of Appeal set aside the judgment holding that no partnership had ever existed between the parties. According to the Court of Appeal, the evidence did not disclose that the parties had intended to buy the farm together since respondent alone signed the deed of sale.

*Held:* The appeal should be allowed.

The rule followed by this Court with respect to findings of fact by an appellate court is to the effect that this Court must be clearly satisfied that the judgment of the appellate court is erroneous, either with regard to its grounds for intervention or its interpretation of the evidence on the record.

**Aline Beaudoin-Daigneault** *Appelante*;

et

**Paul-Eugène Richard** *Intimé*;

<sup>a</sup>

et

**Registreur de la Division d'enregistrement de Compton à Cookshire** *Mis en cause.*

<sup>b</sup> N° du greffe: 16952.

1983: 15 mars; 1984: 2 février.

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

<sup>c</sup>

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Société — Société tacite — Concubins — Achat et exploitation commune d'une ferme — Action pro socio — Code civil, art. 1830 et suiv.*

*Tribunaux — Appel — Cour d'appel intervenant dans les déterminations et conclusions de fait du juge de première instance — Aucune erreur de la part du premier juge — Principes régissant l'intervention d'une seconde cour d'appel en regard des déterminations de fait d'une première cour d'appel — Principes régissant l'intervention d'une seconde cour d'appel en regard des déterminations de fait du juge de première instance.*

Après deux ans de cohabitation, les parties ont décidé d'un commun accord d'acheter une ferme. Ils ont signé ensemble l'offre d'achat mais seul l'intimé a signé le contrat de vente. Pendant cinq ans, l'appelante a travaillé et a contribué financièrement à l'amélioration et à l'exploitation de la ferme. Elle s'occupait également des travaux de la maison. Par la suite, les parties se sont séparées. L'appelante a alors intenté une action *pro socio* en Cour supérieure. Le premier juge a accueilli l'action concluant à l'existence d'une société pour l'achat et l'exploitation d'une ferme et il en ordonna le partage. La Cour d'appel a infirmé le jugement statuant qu'il n'avait jamais existé de société entre les parties. Selon la Cour d'appel, la preuve ne démontrait pas que les parties ont eu l'intention d'acheter la ferme en commun puisque seul l'intimé a signé l'acte de vente.

<sup>i</sup>

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

La règle qui régit cette Cour en regard des déterminations de fait d'une cour d'appel porte que cette Cour doit être clairement convaincue que le jugement de la cour d'appel est erroné, soit quant à la raison motivant son intervention ou quant à son appréciation de la preuve au dossier.

With regard to findings based on the credibility of witnesses, an appellate court should not intervene unless it is certain that its difference of opinion with the trial judge is the result of an error by the latter. As he had the benefit of seeing and hearing the witnesses, such certainty will only be possible if the appellate court can identify the reason for this difference of opinion, in order to be certain that it results from an error and not from his privileged position as the trier of fact. If the appellate court cannot thus identify the critical error it must refrain from intervening, unless of course the finding of fact cannot be attributed to this advantage enjoyed by the trial judge, because nothing could have justified the judge's conclusion whatever he saw or heard; this latter category will be identified by the unreasonableness of the trial judge's finding.

In the case at bar, even though the contract of sale was signed by respondent alone, the trial judge's finding that the parties had acquired the farm together was attributable to his believing appellant's testimony, contrary to the Court of Appeal. This finding of fact which was supported by the evidence as a whole—including the appellant's signature of the purchase offer—was not unreasonable. As the Court of Appeal did not find any error on the part of the trial judge, it was an error for the Court of Appeal to intervene by substituting its opinion for that of the trier of fact on this question and to hold that there was no partnership between the parties.

In view of the error of the Court of Appeal, this Court was justified to intervene. This Court will only vary a conclusion of the trial judge if it can with certainty identify a determinative error. Furthermore, having regard to the evidence taken as a whole, that is, whether there was a preponderance of proof or not, this Court has always refrained from reconsidering the evidence and substituting its opinion for that of the trial judge, unless his conclusion is unreasonable. This Court did not find here any determinative error or unreasonable finding. The judgment at trial is therefore restored.

*Symington v. Symington*, (1875) L.R. 2 H.L. Sc. 415; *Demers v. Montreal Steam Laundry Co.* (1897), 27 S.C.R. 537; *Pelletier v. Shykofsky*, [1957] S.C.R. 635; *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288; *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371; *Latour v. Grenier*, [1945] S.C.R. 749; *Workmen's Compensation Board v. Greer*, [1975] 1 S.C.R. 347, applied; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Lewis v. Todd and McClure*, [1980] 2 S.C.R. 694; *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2; *Rubis v. Gray*

En ce qui a trait aux déterminations mettant à contribution la crédibilité des témoins, une cour d'appel ne doit pas intervenir à moins d'être certaine que sa divergence d'opinions avec le premier juge résulte d'une erreur de celui-ci. Comme il a eu l'avantage de voir et d'entendre les témoins, cette certitude ne sera possible que si la cour d'appel peut identifier la raison de cette divergence d'opinions afin de pouvoir s'assurer qu'elle tient d'une erreur et non pas de sa position privilégiée de juge des faits. Si la cour d'appel ne peut ainsi identifier l'erreur déterminante elle doit s'abstenir d'intervenir à moins, bien sûr, que la détermination de fait ne puisse tenir de cet avantage parce que quoi qu'ait pu voir et entendre le juge, rien n'aurait pu justifier sa conclusion; elle identifiera cette dernière catégorie du fait que la conclusion du premier juge sera déraisonnable.

En l'espèce, même si le contrat de vente ne portait que la signature de l'intimé, le conclusion du premier juge que les parties ont acquis la ferme ensemble tient à ce que, contrairement à la Cour d'appel, il a cru le témoignage de l'appelante. Cette conclusion de fait qui repose sur l'ensemble de la preuve—y compris la signature de l'appelante à l'offre d'achat—n'était pas déraisonnable. N'ayant relevé aucune erreur de la part du premier juge, c'est donc erronément que la Cour d'appel est intervenue pour substituer son opinion à celle du juge du fond sur ce point pour ensuite conclure à l'inexistence d'une société entre les parties.

Vu l'erreur de la Cour d'appel, l'intervention de cette Cour est justifiée. Cette Cour ne modifiera une conclusion du premier juge que si elle peut identifier avec certitude une erreur déterminante. De plus, en regard de la preuve prise dans son ensemble, c'est-à-dire la question de savoir s'il y a ou pas prépondérance de preuve, cette Cour s'est toujours abstenue de revoir la preuve et de substituer son opinion à celle du premier juge sauf si la conclusion du juge des faits est déraisonnable. En l'espèce, cette Cour ne trouve aucune erreur déterminante ou conclusion déraisonnable. En conséquence, le jugement de première instance est rétabli.

Jurisprudence: arrêts suivis: *Symington v. Symington*, (1875) L.R. 2 H.L. Sc. 415; *Demers v. Montreal Steam Laundry Co.* (1897), 27 R.C.S. 537; *Pelletier v. Shykofsky*, [1957] R.C.S. 635; *Dorval v. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288; *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78; *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371; *Latour v. Grenier*, [1945] R.C.S. 749; *Workmen's Compensation Board c. Greer*, [1975] 1 R.C.S. 347; arrêts mentionnés: *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Lewis c. Todd et McClure*, [1980] 2 R.C.S. 694; *Jaegli Enterprises Ltd.*

*Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 452; *Doerner v. Bliss & Laughlin Industries Inc.*, [1980] 2 S.C.R. 865; *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 363; *Liverpool & London & Globe Ins. Co. v. Canadian General Electric Co.*, [1981] 1 S.C.R. 600, referred to.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1982] C.A. 66, dismissing a judgment of the Superior Court, [1979] C.S. 406. Appeal allowed.

*Martin Gauthier*, for the appellant.

*André Morissette*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

LAMER J.—Appellant Aline Beaudoin-Daigneault was rejected by her concubinary Paul-Eugène Richard after seven years of cohabitation, the last five of which were on a farm at Martinville; she successfully brought a *pro socio* action in the Superior Court, [1979] C.S. 406, (accompanied by conclusions based on unjust enrichment), and was found to be a partner with her concubinary in the purchase and operation of the farm and the co-proprietor of the land and [TRANSLATION] “all things pertaining to the farm such as animals, agricultural implements, a truck and so on”; and she obtained an order for partition.

The Court of Appeal for Quebec, [1982] C.A. 66, allowed the appeal of Mr. Richard and held unanimously that no partnership had ever existed between the parties, and by a majority, Paré J.A. dissenting, that an action *de in rem verso* could not succeed as there was no absence of just cause. Monet J.A. also considered that the rule pertaining to alternative recourses had not been observed.

As I am of the opinion that the *pro socio* action must succeed, there is no need to deal with the action *de in rem verso*.

The facts as found by the trial judge are as follows:

[TRANSLATION] Throughout the period of cohabitation, each of the parties was employed. Plaintiff worked in a factory and she provided for the needs of her two

*c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2; *Rubis c. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 452; *Doerner c. Bliss & Laughlin Industries Inc.*, [1980] 2 R.C.S. 865; *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 363; *Liverpool & London & Globe Ins. Co. c. Canadian General Electric Co.*, [1981] 1 R.C.S. 600.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1982] C.A. 66, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1979] C.S. 406. Pourvoi accueilli.

*Martin Gauthier*, pour l'appelante.

*André Morissette*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LAMER—Renvoyée par son concubin Paul-Eugène Richard, au bout de sept années de cohabitation, dont les cinq dernières sur une ferme à Martinville, l'appelante Aline Beaudoin-Daigneault intenta avec succès en Cour supérieure, [1979] C.S. 406, une action *pro socio* (à laquelle se greffaient des conclusions fondées sur l'enrichissement sans cause) et fut déclarée sociétaire avec son concubin dans l'achat et l'exploitation d'une ferme, co-proprétaire du fond et de «tous les accessoires de la ferme tels animaux, instruments aratoires, camion, etc.» et obtint une ordonnance de partage.

La Cour d'appel du Québec, [1982] C.A. 66, accueillait le pourvoi de M. Richard, déclarait à l'unanimité qu'il n'avait jamais existé de société entre les parties et à la majorité, le juge Paré dissident, que l'action *de in rem verso* ne pouvait réussir vu qu'il n'y avait pas absence de cause juste. À ce motif s'ajoutait, pour le juge Monet, celui du non-respect de la règle de la subsidiarité.

Comme je suis d'avis que l'action *pro socio* doit réussir il n'y aura pas lieu de traiter de l'action *de in rem verso*.

Voici les faits retenus par le juge de première instance:

Durant toute la période du concubinage, chacune des parties avait un emploi. La demanderesse travaillait dans une manufacture et elle subvenait aux besoins de



children. Defendant was a construction worker: he worked for about six months and received unemployment insurance benefits for the rest of the year. In the winter of 1972-73, the parties both decided they would move to a farm. They looked for one together and found it at Martinville, owned by one Little. They negotiated the purchase of this farm together, and on February 14, 1973 they both signed an offer to purchase the farm. This offer was accepted by Little.

The contract of sale was signed on February 28, 1973. Defendant alone was named as the purchaser. The purchase price was \$16,000: defendant borrowed \$3,000 from his mother and obtained a loan for \$13,500, guaranteed by a first mortgage on the farm, from the Caisse d'établissement de l'Estrie (interest at 9% per annum, a monthly payment of \$142.42, including capital and interest).

The parties moved to the farm in the spring of 1973, and plaintiff brought her furniture with her. It should be noted that until that time the parties had lived in plaintiff's apartment.

The farm was in rather poor condition. Before anything could be grown on it, it had to be cleared of stones. Plaintiff with the aid of her two children and defendant worked on clearing the stones for several years. Trees were also felled, both parties sharing the work as they were able. Plaintiff planted a garden in which she grew vegetables for the house. Later, animals were purchased and both parties shared the cost. They began rearing beef cattle. The work was shared: in the summer, when defendant worked in construction, it was plaintiff who took care of the animals, except on weekends. In the winter, when defendant was unemployed, he took care of the animals. Plaintiff made a substantial financial contribution to the cost of feed. She also contributed in a more modest degree to the purchase of certain equipment.

Plaintiff also worked in the sugarhouse and in hay-making. When the parties hired someone to seed crops in the summer, it was plaintiff who remained at home to supervise, and lost her day's pay: her salary was less than defendant's, and the loss was smaller.

ses deux enfants. Le défendeur était un ouvrier de la construction: il travaillait environ six mois et recevait des prestations d'assurance-chômage pour le reste de l'année. Au cours de l'hiver 1972-1973, les parties ont décidé d'un commun accord d'aller s'établir sur une terre. Ils ont cherché ensemble une ferme et en ont trouvé une à Martinville, appartenant à un dénommé Little. Ils ont négocié l'achat de cette ferme ensemble et, le 14 février 1973, ils ont signé ensemble une offre d'achat de cette ferme. Cette offre fut acceptée par Little.

Le contrat de vente a été signé le 28 février 1973. Seul le défendeur y figure comme acheteur. La vente a été faite pour la somme de \$16,000: le défendeur a emprunté de sa mère la somme de \$3,000 et il fit un emprunt garanti par première hypothèque sur la ferme à la Caisse d'établissement de l'Estrie pour la somme de \$13,500 (intérêt au taux de 9% l'an, versement mensuel comprenant capital et intérêt de \$142.42).

Les parties emménagèrent sur la ferme, au cours du printemps 1973, la demanderesse y apportant ses meubles. Il est à noter que jusque-là les parties vivaient dans le logement de la demanderesse.

La ferme était plutôt dans un état pauvre. Avant de pouvoir y faire quelque culture que ce soit, il a fallu l'épierrier. La demanderesse, avec ses deux enfants d'une part et le défendeur d'autre part, ont travaillé à l'épierrement pendant plusieurs années. On a également abattu des arbres, les deux parties y participant selon leurs forces et conditions respectives. La demanderesse cultivait un jardin où elle récoltait les légumes pour les besoins du ménage. Plus tard, on a acheté des animaux et les deux parties ont participé au coût d'acquisition. Elles ont commencé l'élevage de bœufs de boucherie. Elles se partageaient les travaux: en été, lorsque le défendeur travaillait à la construction, c'est la demanderesse qui «faisait le train», sauf en fin de semaine. En hiver, lorsque le défendeur était en chômage, c'est ce dernier qui le faisait. La demanderesse a, de façon substantielle, contribué financièrement à l'achat de la moulée. Elle a également contribué, dans une proportion beaucoup plus modeste, à l'achat de certain équipement.

La demanderesse a également travaillé dans la sucrerie et aux foins. Lorsque durant l'été les parties engageaient quelqu'un pour faire la semence, c'est la demanderesse qui restait à la maison pour faire la surveillance et c'est elle qui perdait son salaire de la journée: son salaire était moins élevé que celui du défendeur, ainsi la perte était plus petite.

Work had to be done on the house: an electric heating system was installed and the house was insulated. The cost of this was shared by both parties. Plaintiff bought paint, wallpaper, rugs and linoleum. She paid certain bills such as electricity and insurance.

As regards payment of the mortgage, it was plaintiff who made the payment to the Caisse d'établissement de l'Estrie to enable defendant to join and borrow from it. The payments were subsequently made from an account of defendant at the Caisse populaire St-Joseph, but plaintiff also deposited certain amounts in that account, which she estimated at about \$3,000. Part of the mortgage was paid from the selling price of animals raised on the farm. Part of this cost was paid from defendant's account, and another part from an account opened in the name of plaintiff's son. A transfer was subsequently made to defendant's account, from which payments on the mortgage continued to be made. The wood from the farm was sold in plaintiff's name, so that she was the one who received the "wood producers" bonus.

It is hardly necessary to add that it was plaintiff who was responsible for housework, and that she paid for the groceries.

Relying on his view of the facts proven, the trial judge then concluded as follows:

[TRANSLATION] By signing this purchase offer together, the parties clearly indicated their intention to purchase the farm together.

and his finding on the sufficiency of evidence was as follows:

[TRANSLATION] The Court concludes from the foregoing that a partnership existed between the parties relating to the farm, which besides serving as their dwelling-place was a business in addition to their respective employments.

The joint signature on the offer to purchase the farm, all the facts related above, the behaviour of the parties in relation to the farm and its operation constitute ample evidence, in the judgment of the Court, to support a conclusion that a partnership contract existed.

When defendant signed the notarial deed to purchase the farm, he can be considered as having been the mandatary of the partnership.

L'état de la maison nécessitait des améliorations. On y installa un système de chauffage électrique et on fit faire l'isolation. Les deux parties en ont partagé le coût. La demanderesse a acheté de la peinture, de la tapisserie, des tapis et du prélat. Elle a payé certains comptes tels électricité, assurances.

En ce qui concerne le paiement de l'hypothèque, c'est la demanderesse qui a payé la cotisation à la Caisse d'établissement de l'Estrie afin de permettre au défendeur d'en devenir membre et emprunter. Par la suite, les versements de remboursement s'effectuaient d'un compte du défendeur à la Caisse populaire St-Joseph. Mais la demanderesse y a déposé également divers montants qu'elle estime à environ \$3,000. Une partie de l'hypothèque a été payée à même le prix de vente des animaux élevés sur la ferme. Une partie de ce prix a été versée sur le compte du défendeur, une autre partie sur un compte ouvert au nom du fils de la demanderesse. Par la suite, il y a eu transfert au compte du défendeur d'où s'effectuaient toujours les versements sur l'hypothèque. La vente du bois provenant de la ferme a été faite au nom de la demanderesse, de sorte que c'est elle qui a reçu la ristourne des «producteurs de bois».

Faut-il ajouter que c'est la demanderesse qui s'occupait des travaux de la maison? Elle payait l'épicerie.

Le juge de première instance, se fondant sur son appréciation des faits retenus, conclut ensuite comme suit:

En signant ensemble cette offre d'achat, les parties ont clairement manifesté leur intention d'acquérir ensemble cette ferme.

et sa conclusion quant à la suffisance de la preuve était comme suit:

De ce qui précède, le Tribunal conclut qu'il a existé entre les parties une société dont l'objet était la ferme qui, en plus de leur servir d'habitation, était une entreprise en marge de leurs emplois respectifs.

La signature conjointe de l'offre d'achat de la ferme, tous les faits ci-dessus relatés, le comportement des parties à l'égard de la ferme et de son exploitation constituent, au jugement du Tribunal, une preuve amplement suffisante pour conclure à l'existence d'un contrat de société.

Lorsque le défendeur a signé l'acte notarié de l'achat de la ferme, il peut être considéré comme ayant été le mandataire de la société.

Court of Appeal

Paré J.A. of the Court of Appeal (with the concurrence of Lajoie J.A.) reviewed the facts as found by the trial judge.

He properly noted that there was no written partnership contract, that the evidence disclosed [TRANSLATION] “no express verbal agreement”, and that “the partnership accordingly would exist only as the result of a tacit agreement, to be found in the facts referred to by the trial judge”.

He then indicated the importance which he placed on two facts, the signature by Mrs. Daigneault of the purchase offer, and in addition, the absence of her signature on the contract of sale.

[TRANSLATION] The most important of these facts is undoubtedly the signature of purchase offer P-3 by respondent (J.R. 148). However, I find it hard to consider this offer without at the same time considering the deed of sale on which only appellant’s name appears as purchaser. Nonetheless, respondent was present in the notary’s office and the explanation she gave for not signing as a joint purchaser seems to me quite insufficient to preclude the consequences resulting from Exhibit P-1 in favour of appellant.

Either respondent never intended to assume the obligations of an owner, or if she did so intend at the time of the purchase offer she was no longer willing to incur the risks when contract P-1 was signed. I find it hard to believe that respondent did not know that her refusal to be a party to the purchase indicated that she intended to let appellant become the sole owner of the farm. However, the trial judge sought to base on these facts the existence of a tacit mandate by respondent in favour of appellant. With respect for the learned judge, I cannot accept this conclusion, which seems to me to be merely a presumption.

(Emphasis added.)

At the hearing in this Court counsel for the appellant raised a ground in addition to those already pleaded in his written submission: that the Court of Appeal based its decision on certain findings of fact which it wrongly substituted for those of the trial judge.

En Cour d’appel

Le juge Paré de la Cour d’appel (avec l’accord du juge Lajoie) reprenait les faits tels que déterminés par le juge de première instance.

Avec raison constatait-il qu’il n’existait aucun contrat de société écrit et que la preuve ne révélait «aucune entente verbale expresse» et que «la société n’existerait alors qu’en conséquence d’une entente tacite que révéleraient les faits auxquels réfère le juge de première instance».

Il révèle ensuite l’importance qu’il attache à deux faits, la signature par M<sup>me</sup> Daigneault de l’offre d’achat, et, par ailleurs et tout autant, à l’absence de sa signature au contrat de vente.

Le plus important de ces faits est certes la signature par l’intimée de l’offre d’achat P-3 (d.c. p. 148). Mais, je crois difficile de considérer cette offre sans considérer en même temps l’acte de vente sur lequel figure le seul nom de l’appellant comme acheteur. Pourtant, l’intimée était présente chez le notaire et l’explication qu’elle fournit de son abstention de signer comme acheteur conjoint me semble tout à fait insuffisante pour écarter les conséquences qui découlent du titre P-1 en faveur de l’appellant.

Ou bien l’intimée n’a jamais eu l’intention d’assumer les obligations d’un propriétaire, ou, si tel fut jamais son intention à l’époque de l’offre d’achat, elle ne voulait plus en encourir les risques lors de la signature du contrat P-1. Il m’est difficile d’admettre que l’intimée ignorait que son refus de participer à l’achat était une manifestation de son intention de laisser l’appellant devenir seul propriétaire de la ferme. Le juge de première instance a cependant voulu tirer de ces faits l’existence d’un mandat tacite de l’intimée en faveur de l’appellant. Avec déférence pour le savant juge, je ne peux partager cette conclusion qui demeure à mon avis une simple hypothèse.

(C’est moi qui souligne.)

À l’audition devant cette Cour le procureur de l’appelante a soulevé comme moyen additionnel à ceux déjà plaidés dans son mémoire écrit le fait que la Cour d’appel a erronément et de façon déterminante pour sa décision substitué certaines déterminations de fait à celles du juge de première instance.

The rule followed by this Court in respect of findings of fact by an appellate court has been stated several times, first by the House of Lords in *Symington v. Symington*, (1875) L.R. 2 H.L. Sc. 415, adopted by this Court in *Demers v. Montreal Steam Laundry Co.* (1897), 27 S.C.R. 537 at p. 538, restated in *Pelletier v. Shykofsky*, [1957] S.C.R. 635 at p. 638, and again cited in *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288 at p. 294:

[TRANSLATION] The principle that a second court of appeal must follow when it is required to review the judgment of a first court of appeal is also long established. It is expressed in *Demers v. The Montreal Steam Laundry Company*:

... it is settled law upon which we have often acted here, that where a judgment upon facts has been rendered by a court of first instance, and a first court of appeal has reversed that judgment, a second court of appeal should interfere with the judgment of the first appeal, only if clearly satisfied that it is erroneous; *Symington v. Symington* L.R. 2 H.L. Sc. 415.

This is the rule followed in this Court and recently applied again in *Pelletier v. Shykofsky*. Thus, to intervene in this case, the Court would have to be clearly satisfied that the judgment of the Court of Appeal is erroneous, either with regard to its grounds for intervention or its interpretation of the evidence in the record. After giving the matter serious consideration, I cannot form such an opinion.

So far as the rules for intervention by a first court of appeal in the findings of fact of a trial judge are concerned, in my opinion, whatever the uncertainty of the rule regarding some of our decisions in recent years (*Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Lewis v. Todd and McClure*, [1980] 2 S.C.R. 694; *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2; *Rubis v. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 452; *Doerner v. Bliss & Laughlin Industries Inc.*, [1980] 2 S.C.R. 865; *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B. C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 363; *Liverpool & London & Globe Ins. Co. v. Canadian General Electric Co.*, [1981] 1 S.C.R. 600), the rule is clear with regard to findings based on the credibility of witnesses: an

La règle qui gouverne cette Cour en regard des déterminations de fait d'une cour d'appel a été maintes fois énoncée, la première fois par la Chambre des lords dans *Symington v. Symington*, (1875) L.R. 2 H.L. Sc. 415, reprise par cette Cour dans *Demers v. Montreal Steam Laundry Co.* (1897), 27 R.C.S. 537 à la p. 538, réitérée dans *Pelletier v. Shykofsky*, [1957] R.C.S. 635 à la p. 638, et encore citée dans *Dorval v. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288 à la p. 294:

Quant au principe qui doit guider une seconde Cour d'appel appelée à réviser le jugement d'une première, il est aussi et depuis longtemps établi. On en trouve l'expression dans *Demers v. The Montreal Steam Laundry Company*:

[TRADUCTION] ... c'est un principe juridique établi sur lequel nous sommes souvent fondés en cette Cour que lorsqu'une cour de première instance a rendu jugement sur des faits et qu'une cour d'appel a infirmé ce jugement, la seconde cour d'appel ne devrait modifier le jugement rendu dans le premier appel que si elle est absolument convaincue que ce jugement est erroné; *Symington v. Symington*, L.R. 2 H.L. Sc. 415.

C'est là la règle suivie en cette Cour et récemment encore appliquée dans *Pelletier v. Shykofsky*. Ainsi donc, pour intervenir dans cette cause, il faudrait être clairement satisfait que le jugement de la Cour d'appel est erroné, soit quant à la raison motivant son intervention ou quant à son appréciation de la preuve au dossier.

Quant aux critères d'intervention d'une première cour d'appel dans les déterminations de fait d'un juge de première instance, quelle que soit, à mon avis, l'incertitude de la règle en regard de certaines de nos décisions ces dernières années (*Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78; *Stein c. Le navire "Kathy K"*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Lewis c. Todd et McClure*, [1980] 2 R.C.S. 694; *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2; *Rubis c. Gray Rocks Inn Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 452; *Doerner c. Bliss & Laughlin Industries Inc.*, [1980] 2 R.C.S. 865; *Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 363; *Liverpool & London & Globe Ins. Co. c. Canadian General Electric Co.*, [1981] 1 R.C.S. 600), la règle est certaine en ce qui a trait aux

appellate court should not intervene unless it is certain that its difference of opinion with the trial judge is the result of an error by the latter. As he had the benefit of seeing and hearing the witnesses, such certainty will only be possible if the appellate court can identify the reason for this difference of opinion, in order to be certain that it results from an error and not from his privileged position as the trier of fact. If the appellate court cannot thus identify the critical error it must refrain from intervening, unless of course the finding of fact cannot be attributed to this advantage enjoyed by the trial judge, because nothing could have justified the judge's conclusion whatever he saw or heard; this latter category will be identified by the unreasonableness of the trial judge's finding (*Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371; *Latour v. Grenier*, [1945] S.C.R. 749; *Workmen's Compensation Board v. Greer*, [1975] 1 S.C.R. 347; *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, *supra*).

In the case at bar, this Court may intervene in the findings of fact of the Court of Appeal because I consider, with respect, that Paré J.A. erroneously intervened in the findings and conclusions of fact of the trial judge.

The facts that must be taken into consideration in determining whether there was a partnership, and if so, what it covered and when it commenced, are primarily the following: the signature of the purchase offer by Mrs. Daigneault, the absence of her signature on the deed of sale, and finally, the respective contributions for the purchase and subsequently the operation of the farm.

Tôth J. concluded, based on the parties' past conduct, daily behaviour and actions, and after reviewing these facts, that a partnership was created just before the farm was purchased and that it was still in existence at the time of the purchase: this explains his conclusion that Mr. Richard signed the deed of sale as the mandatary of the partnership.

He came to this conclusion despite the fact that only Mr. Richard's signature appeared on the deed of sale. He did so, *inter alia*, because he believed

déterminations mettant à contribution la crédibilité des témoins: une cour d'appel ne doit pas intervenir à moins d'être certaine que sa divergence d'opinions avec le premier juge résulte d'une erreur de celui-ci. Comme il a eu l'avantage de voir et d'entendre les témoins, cette certitude ne sera possible que si la Cour d'appel peut identifier la raison de cette divergence d'opinions afin de pouvoir s'assurer qu'elle tient d'une erreur et non pas de sa position privilégiée de juge des faits. Si la Cour d'appel ne peut ainsi identifier l'erreur déterminante elle doit s'abstenir d'intervenir à moins, bien sûr, que la détermination de fait ne puisse tenir de cet avantage parce que quoi qu'ait pu voir et entendre le juge, rien n'aurait pu justifier sa conclusion; elle identifiera cette dernière catégorie du fait que la conclusion du premier juge sera déraisonnable (*Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371; *Latour v. Grenier*, [1945] R.C.S. 749; *Workmen's Compensation Board c. Greer*, [1975] 1 R.C.S. 347; *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, précité).

En l'espèce cette Cour peut intervenir dans les conclusions de fait de la Cour d'appel parce que je suis d'avis, avec respect, que le juge Paré est erronément intervenu dans les déterminations et conclusions de fait du premier juge.

Les faits dont on doit tenir compte dans la détermination de savoir s'il y a eu société et, si oui, son objet et à compter de quel moment, sont principalement les trois suivants: la signature de l'offre d'achat par M<sup>me</sup> Daigneault, l'absence de signature par elle de l'acte de vente et, enfin, les apports respectifs pour l'achat et par après l'exploitation de la ferme.

Le juge Tôth, à partir d'un vécu des parties, a conclu, suite à une rétrospection de ces faits, qu'une société est née dès avant l'acquisition de la ferme, qu'elle existait toujours au moment de cette acquisition, ce qui explique sa conclusion à l'effet que M. Richard signait l'acte de vente à titre de mandataire de la société.

Il a conclu ainsi nonobstant le fait que seule la signature de M. Richard apparaissait à l'acte de vente. Ceci tient du fait, entre autres, qu'il a cru

Mrs. Daigneault when she explained why her signature was not on the deed of sale, and she said that she had not refused to sign or be a party to the purchase.

Paré J.A., on the other hand, concluded, on the basis of the fact that Mrs. Daigneault had not signed the deed of sale, that she had refused to be a party to the purchase. His conclusion was based on the same facts in the record. Indeed, Paré J.A. himself (with the concurrence of Lajoie J.A.) cites in his opinion the only evidence in the record on this point. It consists of passages from the testimony of the two parties:

[TRANSLATION]

Dame Aline Daigneault:

Q. So after that, was a purchase contract signed?

A. There was a contract signed before the notary Genest, and I did not sign the mortgage; the notary asked me if I was willing to help out, because it was not always easy to have land and keep it up, and I said yes, but in my opinion I did not need to sign the mortgage in order to be an owner as he was.

Q. If I understand correctly, the signature of the purchase offer was sufficient so far as you were concerned?

A. It was sufficient to make me an owner.

Q. When you decided to buy the farm you signed the document known as a purchase offer, and you said a moment ago that when the time came to sign the contract the notary asked you if you wanted to sign and you refused?

A. No, I did not say I refused to sign.

Q. What happened, then?

A. The notary simply asked me to see if I was willing to help, to assist him in his task, and I simply said yes.

Q. Was there any question at that time of your signing a contract?

A. No, in my opinion I did not need to sign, I had signed the purchase offer, I trusted him, I did not need any other papers, any other evidence besides that.

M<sup>me</sup> Daigneault lorsqu'elle expliqua pourquoi sa signature n'apparaissait pas à l'acte de vente, qu'elle ne refusait pas de signer ni de participer à l'achat.

a

Au contraire, le juge Paré a conclu, à partir de l'absence de la signature de madame à l'acte de vente, qu'elle avait refusé de participer à l'achat.

b Sa conclusion repose sur les mêmes faits au dossier. D'ailleurs c'est le juge Paré (avec l'accord du juge Lajoie) lui-même qui cite dans son opinion la seule preuve au dossier touchant à cette question. Il s'agit de passages des témoignages des deux c plaideurs:

Dame Aline Daigneault:

d Q. Alors à la suite de ça, est-ce qu'il y a eu un contrat d'achat signé?

R. Il y a eu un contrat de signé devant le notaire Genest et je n'ai pas signé l'hypothèque, le notaire m'a demandé si j'étais prête à le seconder parce que ce n'était pas toujours bien facile d'avoir une terre et l'entretien de ça et j'ai dit que oui mais dans mon jugement moi j'avais pas besoin de signer l'hypothèque pour être propriétaire au même titre que lui.

f Q. Si je comprends bien la signature de l'offre d'achat pour vous c'était suffisant?

R. C'était suffisant pour être propriétaire.

g Q. Quand vous avez décidé d'acheter la ferme vous avez signé à l'acte qui s'appelle offre d'achat et vous avez dit tout à l'heure que quand est venu le temps de signer le contrat le notaire vous avait demandé si vous vouliez signer et vous aviez refusé?

h R. Non je n'ai pas dit que j'ai refusé de signer.

Q. Qu'est-ce qui s'est passé d'abord?

R. Le notaire m'a simplement demandé pour voir si j'étais prête à l'aider, à le seconder dans sa tâche et j'ai dit oui tout simplement.

Q. Est-ce qu'il a été question à ce moment-là que vous signiez un contrat?

R. Non, dans mon jugement à moi je n'avais pas besoin de signer, j'avais signé l'offre d'achat, je lui faisais confiance, je n'avais pas besoin d'autres papiers, d'autres preuves que ça.

Q. Had there been any previous discussion between the two (2) of you in any way about the farm being bought for both of you?

A. Naturally, we never discussed it because it was mine as much as his.

P. E. Richard:

Q. Was there any question at that time with Mrs. Daigneault that the purchase would be co-proprietorship or that she would have any share in it whatever?

A. No, never.

Q. It was never mentioned?

A. Never.

In order to conclude that Mrs. Daigneault did not intend to be a party to the purchase, Paré J.A. would have had to disregard her testimony because he did not believe it.

The trial judge was entitled to believe Mrs. Daigneault, the conclusion that she did not refuse to be a party to the purchase of the farm is not unreasonable, is based on the evidence, and the Court of Appeal did not indicate on what error it was relying in order to substitute its opinion — that she had refused to be a party to the purchase — for that of the trier of fact. This is sufficient to justify the intervention of this Court. The trial judge having believed Mrs. Daigneault, the conclusion that they purchased the farm together must be restored by this Court on the facts on record, before proceeding to consider the judge's other conclusions.

It is worth recalling here the approach taken by this Court when, justified in intervening because of an error by the Court of Appeal, it reviews the findings of fact of a trial judge or considers the evidence as a whole. This Court will only vary a conclusion of the trial judge if it can with certainty identify a determinative error. Furthermore, having regard to the evidence taken as a whole, that is, whether there is a preponderance of proof or not, this court has always refrained from reconsidering the evidence and substituting its opinion for that of the trial judge, unless his conclusion is unreasonable.

Q. Est-ce qu'il a déjà été question entre vous deux (2), de quelque façon que ce soit, que la ferme soit achetée pour les deux (2)?

R. Automatiquement, on n'a jamais discuté de ça parce que c'était autant à moi qu'à lui.

P. E. Richard:

Q. Est-ce qu'il a été question à ce moment-là avec madame Daigneault que l'achat soit en co-propriété ou qu'elle ait des parts quelconques?

R. Non, jamais.

Q. Il n'a jamais été question?

R. Jamais.

Pour conclure que M<sup>me</sup> Daigneault n'a pas voulu participer à l'achat il a fallu que le juge Paré écarte son témoignage parce qu'il ne la croyait pas.

Il était loisible au juge du fond de croire M<sup>me</sup> Daigneault et la conclusion qu'elle n'a pas refusé de participer à l'acquisition de la ferme n'est pas déraisonnable, repose sur de la preuve, et la Cour d'appel n'a pas indiqué de quelle erreur elle s'autorisait pour substituer son opinion à l'effet qu'elle avait refusé de participer à l'achat à celle du juge du fond. Ceci suffit à justifier l'intervention de cette Cour. Le juge du fond ayant cru M<sup>me</sup> Daigneault, cette conclusion doit être rétablie par cette Cour à même les faits du dossier avant de procéder à considérer les autres conclusion du juge.

Il est bon de rappeler ici l'attitude de notre Cour lorsque, justifiée d'intervenir à cause de l'erreur de la Cour d'appel, il s'agit de revoir les déterminations de fait du juge de première instance ou encore de considérer la preuve dans son ensemble. Cette Cour ne modifiera une conclusion du premier juge que si elle peut identifier avec certitude une erreur déterminante. De plus, en regard de la preuve prise dans son ensemble, c.-à-d. la question de savoir s'il y a ou pas prépondérance de preuve, cette Cour s'est toujours abstenue de revoir la preuve et de substituer son opinion à celle du premier juge, sauf si la conclusion du juge des faits est déraisonnable.

The appellate judges did not find that Tôtth J. made any specific error of law, as to his understanding of what is a tacit partnership, except, for all practical purposes, to say that they felt that the weight of evidence was not in favour of its existence. The appellate judges were of the view that plaintiff was not able to discharge the burden of proof placed upon her. This I feel is understandable, for I consider, as did Paré J.A., that a refusal by appellant to be a party to the purchase of the farm would be crucial in determining whether the latter was done as part of a partnership, and such a refusal is a significant negative factor in identifying the *affectio societatis* which should exist between the partners. Had it not been for the Court of Appeal's error in substituting its conclusion for that of the trial judge, to the effect that appellant refused to be a party to the purchase of the farm, I would have been of the opinion that this Court should refrain from intervening in the overall view taken of the evidence by the Court of Appeal, although I consider that an appellate court should only do so in exceptional circumstances.

In his submission respondent challenged two points in the reasons of Tôtth J.:

[TRANSLATION] We submit that the trial judge exaggerated the facts and attributed to the parties intentions which they never had, and that the evidence did not disclose at all that a *de facto* partnership was created between the parties.

The three judges of the Quebec Court of Appeal properly held that the facts presented in evidence, taken individually and as a whole, did not disclose any intention by the parties to create a partnership within the meaning of the Civil Code, with all its consequences.

These arguments were further clarified later in his submission:

[TRANSLATION] I think that we should not confuse mutual assistance between the parties and a partnership between them: for, if we followed the reasoning of appellant and of the trial judge, anyone helping another person in any kind of work whatever would become that person's partner and could share in whatever the work produced.

If the Court admits, as readily as did the trial judge, that a partnership can exist between two parties who cohabit, it risks creating grave uncertainty in the minds of the public, who will no longer know where they stand

Les juges d'appel ne reprochent au juge Tôtth rien de précis en droit en ce qui a trait à sa notion de société tacite, sauf, à toutes fins pratiques, pour dire qu'il n'y a pas eu prépondérance de preuve de son existence. Les juges d'appel sont d'avis que la demanderesse n'a pas réussi à satisfaire le fardeau de preuve qui lui incombait. En cela je les comprends, car pour moi, tout comme pour le juge Paré, un refus de l'appelante de participer à l'acquisition de la ferme aurait été capital dans la question de savoir si celle-ci fut faite dans le cadre d'une société, et un tel refus est un facteur négatif important dans la recherche de l'*affectio societatis* qui doit animer des sociétaires. N'eût été l'erreur de la Cour d'appel de substituer sa conclusion à celle du premier juge à l'effet que l'appelante a refusé de participer à l'achat de la ferme, j'aurais été d'avis que cette Cour s'abstienne d'intervenir dans l'appréciation globale de la preuve par la Cour d'appel, encore que je sois d'avis qu'une cour d'appel ne devrait le faire que dans des circonstances exceptionnelles.

Quant à l'intimé son mémoire énonce deux griefs en regard des motifs du juge Tôtth:

Nous soumettons que le juge de première instance a exagéré les faits et attribué aux parties des intentions qu'ils n'ont jamais eues et que la preuve n'a pas non plus révélées pour créer une société de fait entre les parties (*sic*).

Les trois juges de la Cour d'appel du Québec ont eu raison de déclarer que les faits mis en preuve tant pris individuellement que dans leur ensemble ne révélaient pas une intention des parties de créer une société au sens du code civil avec toutes ses conséquences.

Ces griefs sont précisés plus loin dans son mémoire:

Je pense qu'il ne faut pas confondre entre aide mutuelle des parties et association des parties; car, si on suivait le raisonnement de l'appelante et du Juge de première instance, toute personne qui aide une autre personne dans un travail quelconque deviendrait associée de ladite personne et pourrait partager le fruit de ce travail.

Si la Cour admet, aussi facilement que l'a fait le Juge de première instance, qu'une société puisse exister entre deux personnes qui cohabitent, elle risque de créer une grave incertitude dans l'esprit de la population qui ne



and whom the constant threat of having to share property they own with a third person will make very insecure. [sic]

He went on to say:

[TRANSLATION] In our opinion, if the parties really wanted to create a partnership, these facts should appear explicitly and expressly and the demonstration of this intent should be unequivocal and consistent with what really occurred, and was represented by the parties, which is definitely not the case here.

Tôth J. was well aware of the risk of concluding that a partnership existed merely because there had been cohabitation. At the very beginning of his opinion, the judge said:

[TRANSLATION] The mere fact of cohabitation does not *ipso facto* create an ownership right in property acquired by the other concubinary during the cohabitation. Mayrand J.A. recently observed (*Lebrun v. Rodier*, [1978] C.A. 380, 381):

In the present state of the law, the labour of two spouses may enrich only one of them, without a proportionate compensation for the other. This is the foreseeable risk which spouses separate as to property assume, and which only a legislative amendment or an agreement between the spouses could remove.

This observation by Mayrand J.A. applies *a fortiori* to persons living together.

On this point it is worth citing the remarks of Bernard Demain, *La liquidation des biens des concubins*, L.G.D.J., Paris, 1968, at p. 29:

[TRANSLATION] ... cohabitation cannot of itself give rise to a partnership: independently of such cohabitation, the conditions of a contract of partnership must be met in themselves, for in its present form cohabitation cannot have any legal effects peculiar to itself; as Nast observes: "concubinage itself, which may have been accompanied by a common household, does not itself create a community of property, even a *de facto* community, any more than a brother and sister, or two friends living together, does". Thus, the mere fact of concubinage and the resulting pooling of property does not suffice to create a *de facto* partnership between the parties concerned, for while the property so confused can be regarded as contributions, it definitely does not follow that the concubinaries intended to make a profit; moreover, the confusion of this same property could equally be regarded as constituting a simple co-proprietorship, loan or gift. Conversely, however, the fact of concubinage does not prevent the two lovers in

saura plus à quoi s'en tenir et sur qui la menace constante de devoir partager avec une tierce personne les biens qu'elle possède rendra grandement insécure. (sic)

Et ensuite:

<sup>a</sup> En effet, il est de notre opinion, que si les parties veulent réellement créer une société, que ces faits doivent apparaître de façon explicite et expresse, que la manifestation de cette volonté soit sans détour et conforme à ce qui est réellement vécu et représenté par les parties, ce qui n'est nullement le cas dans la présente cause.

<sup>b</sup> Le juge Tôth était bien au fait du danger de conclure à l'existence d'une société du seul fait d'un concubinage. Au tout début de son opinion, le juge nous dit:

<sup>c</sup> Le seul fait du concubinage ne procure pas *ipso facto* un droit de propriété dans les biens acquis par l'autre concubin durant le concubinage. M. le juge Mayrand (*Lebrun c. Rodier*, [1978] C.A. 380, 381) rappelait récemment:

<sup>d</sup> Dans l'état actuel du droit, le labeur des deux époux peut n'enrichir que l'un d'eux sans récompense proportionnelle pour l'autre. C'est là le risque prévisible que les époux séparés de biens assument et que seul un amendement législatif ou une convention entre époux pourrait faire disparaître.

<sup>e</sup> Cette constatation de M. le juge Mayrand s'applique *a fortiori* aux concubins.

<sup>f</sup> Sur ce point il est utile de citer les propos de Bernard Demain, *La liquidation des biens des concubins*, L.G.D.J., Paris, 1968, à la p. 29:

<sup>g</sup> ... la cohabitation ne saurait à elle seule engendrer une société; il faut que, indépendamment de cette cohabitation, les conditions du contrat de société soient remplies en elles-mêmes car l'union libre ne saurait, dans la conception actuelle, avoir d'effets juridiques propres; comme le dit Nast: «le concubinage même, qui aurait été accompagné de communauté d'habitation, ne crée pas lui-même une communauté de biens, ni même une communauté de fait, pas plus que la cohabitation d'un frère et de sa sœur ou de deux amis». Ainsi, le seul fait du concubinage et de l'union de biens qui en résulte, ne suffit pas à créer, entre les intéressés, une société de fait car, si les avoirs ainsi confondus sont susceptibles d'être considérés comme des apports, il n'en résulte nullement que les concubins aient en vue la réalisation de bénéfices; d'ailleurs, la confusion de ces mêmes avoirs pourrait, tout aussi bien, s'analyser comme constitutive d'une simple indivision, d'un prêt ou d'une donation. Mais, inversement, le fait du concubinage n'empêche pas, dans

some cases from having a less immediate purpose in mind and seeking a future gain.

Each case must therefore be examined with great care; if it is found to contain the ingredients of a partnership contract, there is no reason to deny the concubinaries, who remain subject to the ordinary law, what is given to all other persons: as noted above, the law disregards concubinage, whether as the source of positive effects or of a civil disability. It is therefore superfluous, and even dangerous, to use the existence of extra-marital relations between the partners to justify the existence of a partnership, for such relations are beside the point: the cohabitation must be disregarded and a decision based on the acts of the persons concerned as if they were the acts of persons not cohabiting.

One should note that while there are facts in the statement of the facts of the trial judge that are not relevant to the determination of whether a partnership existed or not, his twofold conclusion indicates that he was well aware of it:

[TRANSLATION] From the foregoing the Court concludes that a partnership existed between the parties relating to the farm, which besides serving as their dwelling-place was a business in addition to their respective employments.

(Emphasis added.)

The other objection to the reasons of Tôt J. is equally without foundation. He had to decide whether the weight of evidence was against the existence of a partnership between the two parties. In Quebec the existence of a partnership is not subject to any formal requirement: this was not true in France, where the creation of a partnership was long subject to a rigid formalism. It is for this reason that *de facto* partnerships were created in France, in particular partnerships described as “created *de facto*”, which were not legal partnerships although they had legal effects.

In France, an express verbal partnership was a partnership created *de facto*, as was a tacit partnership. In Quebec — and this was already the case when the Code came into effect — any form of express partnership, written or verbal, or even a tacit partnership, is legal. Thus, Tôt J. properly (unlike some of his brother judges in other decisions dealing with partnerships) did not make any use of the expression “*de facto* partnership” or, as

certain cas, les deux amants de poursuivre un but moins immédiat et de rechercher un gain futur.

Chaque espèce nécessite par conséquent un examen attentif; si l'on y découvre réunis les éléments constitutifs du contrat de société, il n'y a aucune raison de refuser aux concubins, qui demeurent soumis au droit commun, ce qui est accordé à toutes autres personnes: la loi—nous l'avons-dit—ignore le concubinage, que ce soit pour lui faire produire effet ou pour y attacher une incapacité civile. Il est donc superflu, et même dangereux, de constater l'existence de relations hors mariage entre les associés pour justifier celle de la société car ces relations sont en dehors de la question: Il faut faire abstraction de l'union libre et se baser sur l'activité des intéressés comme si elle émanait de personnes ne vivant pas en concubinage.

Il est bon de rappeler que si dans la narration des faits du premier juge on retrouve quelques éléments sans pertinence à la recherche de l'existence d'une société, sa double conclusion nous révèle qu'il en était bien conscient:

De ce qui précède, le Tribunal conclut qu'il a existé entre les parties une société dont l'objet était la ferme qui, en plus de leur servir d'habitation, était une entreprise en marge de leurs emplois respectifs.

(C'est moi qui souligne.)

L'autre grief que l'on fait au juge Tôt est tout autant sans fondement. Il s'agissait pour lui de décider s'il y avait preuve prépondérante de l'existence d'une société entre les deux plaideurs. L'existence d'une société n'est au Québec assujettie à aucune formalité, ce qui n'était pas le cas en France où la constitution de la société a longtemps été soumise à un formalisme rigide. C'est pourquoi la France a connu la création de sociétés de fait et plus particulièrement de sociétés dites «créées de fait» qui n'étaient pas des sociétés de droit quoique ayant des effets de droit.

En France, la société verbale expresse était une société créée de fait tout comme l'était la société tacite. Au Québec, et c'était déjà le cas lors de l'avènement du Code, toute forme de société expresse écrite ou verbale, ou encore tacite, en est une de droit. Aussi, est-ce à bon droit que le juge Tôt, (à la différence de certains de ses collègues dans d'autres décisions traitant des sociétés) n'a pas eu recours à l'expression «société de fait», ou

is sometimes the case, “*sui generis* partnership”. The legal partnership constituted by a tacit partnership, including that which may arise between concubinaries, is governed by arts. 1830 *et seq.* of the *Civil Code*, like any other form of partnership.

Because tacit, the partnership can only be revealed by a factual situation, a retrospect of the partners’ behaviour. From retrospection the trial judge must be satisfied, first, that each partner has made contributions to the common fund either in money or property, or by his work. It is also clear that, in the case of concubinaries, what is put in must not simply be the contribution to the common household, such as pooling of furniture or running the household.

Secondly, their past conduct must also disclose how losses and gains were distributed. In the case of a partnership between concubinaries, this division is usually by the use of earnings for the support of the partners. Similarly, each concubinary contributes to losses to the extent that these affect the household’s standard of living.

Finally, by their actions the two partners must have shown that they were motivated by the *affectio societatis*, the mental factor which Pic and Kréher (*Des sociétés commerciales*, t. 1, 3rd ed., 1940, Nos. 72 *et seq.*) described as follows, at p. 38:

[TRANSLATION] ... when the actions of the partners are such that they indicate the existence of an active and deliberate mutual effort—which distinguishes a partnership from a co-proprietorship—on an equal footing—which distinguishes a partnership contract from a work contract—for a particular purpose, namely the division of earnings.

(For a more complete analysis of the point, reference may also be made to Bernard Demain, *supra*, or *inter alia* to Henri Temple, *Les sociétés de fait*, L.G.D.J., Paris, 1975.)

This is where the unassailable conclusion of the trial judge regarding the lack of a signature by the woman on the sale contract becomes important.

As only the signature by Mr. Richard appears on the contract of sale, and in view of the testimony by Mrs. Daigneault attempting to explain this,

encore, comme c’est parfois le cas, «société *sui generis*». La société de droit qu’est la société tacite, y compris celle qui peut naître entre concubins, est régie par les art. 1830 *et suiv.* du *Code civil* tout autant que n’importe quelle autre forme de société.

Tacite, elle ne se constate qu’à partir d’une situation de fait, d’un vécu des associés. De ce vécu le juge du fond doit se satisfaire, en premier lieu, que chaque associé a fait des apports au fonds commun soit en argent ou en biens, soit par son travail. Aussi il est clair que l’apport, lorsqu’il s’agit d’un concubin, ne doit pas être simplement sa contribution à la vie commune, tel le fait de fournir des meubles ou encore d’assumer le train de la maison.

Le vécu doit aussi, en second lieu, révéler un partage des pertes et des bénéfices. Dans le cas d’une société entre concubins, ce partage est effectué ordinairement par l’affectation des bénéfices à la subsistance des associés. De même, chacun des concubins contribue aux pertes dans la mesure où celles-ci affectent le niveau de vie du ménage.

Enfin, les deux associés, par leur comportement, doivent démontrer qu’ils étaient animés de l’*affectio societatis*, cet élément psychologique que Pic et Kréher (*Des sociétés commerciales*, t. 1, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1940, nos 72 *et suiv.*) décrivaient comme suit, à la p. 38:

... lorsqu’il ressort de l’attitude des associés entre eux une collaboration active et consciente—ce qui distingue la société de l’indivision—, sur un pied d’égalité—ce qui distingue le contrat de société du contrat de travail—, intéressée, c’est-à-dire en vue de partager des bénéfices.

(Pour une analyse plus complète de la question on peut aussi se référer à Bernard Demain, *précité*, ou encore, entre autres, à Henri Temple, *Les sociétés de fait*, L.G.D.J., Paris, 1975.)

C’est ici que l’intouchable conclusion du premier juge en regard de l’absence de la signature de la femme au contrat de vente trouve toute son importance.

En regard de la seule signature de M. Richard au contrat de vente et du témoignage de M<sup>me</sup> Daigneault qui cherchait à l’expliquer, il fallait

it was incumbent upon the trial judge to consider all the other facts, including Mrs. Daigneault's signature on the purchase offer, as a Lyons court did in a decision mentioned by Joseph Hémard (*Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 2nd ed., Paris, 1926, No. 161), where the business was in the name of the male concubinary only, and the Court held that, to determine whether there was an *affectio societatis*, it had to establish whether from the facts it could be said that there was [TRANSLATION] "a collection of presumptions precluding any serious objection, even though each one of them taken separately might give rise to some doubt".

Respondent invited the Court to consider the aspects of the evidence that might negate the *affectio societatis*, but did not in so doing establish that they were ignored by the trial judge.

Among other facts, respondent in speaking of the contributions emphasized what he considered to be their flagrant inequality. Respondent properly did not argue that the contribution should be equal or almost equal. And I agree with respondent that if the contribution of one partner is out of proportion to that of the other, the trial judge must take it into account and consider that this fact weighs greatly against the existence of the *affectio societatis*. Article 1848 of the *Civil Code of Lower Canada* states that:

**1848.** [When there is no agreement concerning the shares of the partners in the profits and losses of the partnership, they share equally.]

It is of the essence of a tacit partnership that the partners made absolutely no provision as to what each partner's share would be. It follows that, in determining whether their past behaviour supports a conclusion that a partnership existed, each one's contribution becomes all the more important since the partition will always be made equally.

There is no basis in the record for saying that Tôth J. disregarded the evidence mentioned by respondent, to then say, as says respondent, [TRANSLATION] "that no comparison was possible between the amounts contributed" by each partner.

que le juge du fond considérât tous les autres faits, y compris la signature de M<sup>me</sup> Daigneault à l'offre d'achat, comme l'a fait un tribunal de Lyon dans une décision que nous cite Joseph Hémard (*Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1926, n<sup>o</sup> 161), où le commerce était au seul nom du concubin, alors que le tribunal disait qu'il fallait rechercher, pour s'assurer qu'il y a *affectio societatis*, s'il résulte des faits qu'il y a «un ensemble de présomptions interdisant toute contestation sérieuse, encore bien que chacun d'entre eux pris isolément puisse laisser place à un certain doute».

L'intimé nous a invités à considérer les éléments de preuve qui étaient de nature à nier l'*affectio societatis* mais ne nous a pas démontré pour autant que le premier juge les a ignorés.

Entre autres faits, l'intimé traitant des apports insiste sur leur inégalité qu'il dit flagrante. L'intimé, à bon droit, ne prétend pas que l'apport doit être égal ou à peu près. Je suis d'accord avec l'intimé que si l'apport de l'un est hors de proportion avec celui de l'autre le juge du fond doit en tenir compte et considérer que ce fait pèse grandement à l'encontre de l'existence de l'*affectio societatis*. En effet, l'article 1848 du *Code civil du Bas Canada* dit que:

**1848.** [Lorsqu'il n'y a pas de stipulation relativement à la part de chaque associé dans les bénéfices et les pertes de la société, ils se partagent également.]

Il est de l'essence d'une société tacite que les associés n'ait point stipulé relativement à la part de chaque associé. Il en découle que l'apport de chacun dans la détermination de savoir si le vécu justifie de conclure à l'existence d'une société prend une importance d'autant accrue que le partage se fera toujours à part égale.

Rien au dossier ne permet de dire que le juge Tôth a ignoré les éléments de preuve que souligne l'intimé pour prétendre «qu'il n'y a aucune commune mesure entre l'apport apporté» par l'un et l'autre.

Bearing in mind the law as to partition and the evidence presented before him, unless we are shown the contrary, the trial judge's conclusion as to the existence of a partnership assumes that he found that there was not such a disparity between the contribution made by one party and that made by the other as to constitute a bar to interpreting the history of the couple as a tacit partnership.

The only suggested proof of an error consists in saying to us that he must to some extent have been in error, since, on the evidence, he should have reached another conclusion.

Where the conclusion is not unreasonable, this Court does not intervene, and the conclusion reached by the trial judge regarding the contributions made is not unreasonable.

Finally, I feel it is appropriate to issue a caution against the danger of concluding too readily to the existence of tacit partnerships, for the admittedly admirable purpose of compensating for the injustice resulting from the situation in which concubines are often placed.

A review of pre-1946 French cases shows clearly that it is easy to be too liberal and to distort the rules governing the formation of contracts. Thus, as Demain properly observed (*op. cit.*, p. 36), [TRANSLATION] "cohabitation should not make the proof of a partnership contract easier, so that a concubinary when he wishes to plead legal authority must be subject to the ordinary law".

In the case at bar, it seems clear to me from reading the trial judgment that Tôth J. was fully aware of the legal principles applicable to the matter, and that he avoided the temptation of relaxing the law in a moment of compassion. I saw no indication that his conclusion resulted from an error. I would allow the appeal and, of his conclusions, restore the following:

[TRANSLATION] The Court FINDS that a partnership existed between the parties for the purchase and operation of the farm known as:

Lot No. NINETEEN "B" in the plan and book of reference for range TWO (Rg. II) of EATON TOWNSHIP;

Conscient de la loi quant au partage et de la preuve qui fut faite devant lui, à moins que l'on ne nous démontre le contraire, sa conclusion quant à l'existence d'une société suppose qu'il a conclu que l'apport de l'un par rapport à celui de l'autre ne présentait pas une disparité telle que celle-ci constituait une fin de non-recevoir à une interprétation du vécu dans le sens d'une société tacite.

La seule preuve d'une erreur que l'on nous offre consiste à dire qu'il a bien fallu qu'il se soit trompé en quelque part puisqu'en regard de la preuve il eut fallu conclure autrement.

À part une conclusion déraisonnable, cette Cour n'intervient pas et la conclusion du premier juge en regard des apports n'est pas déraisonnable.

En dernier lieu, je crois opportun de faire une mise en garde contre le danger de conclure trop facilement à l'existence d'une société tacite dans le but louable, j'en conviens, de réparer l'injustice qui résulte de la situation dans laquelle se trouvent souvent placées les concubines.

Une revue des arrêts français antérieurs à 1946 illustre bien qu'il est facile de faire preuve d'un libéralisme excessif et de dénaturer les règles qui gouvernent la naissance des contrats. Aussi, comme le disait fort à propos Demain, (*op. cit.*, p. 36) «le concubinage ne doit pas rendre plus facile la preuve du contrat de société, de telle sorte qu'un concubin, lorsqu'il veut invoquer des dispositions légales, doit être soumis au droit commun».

En l'espèce, à la lecture du jugement de première instance, il m'apparaît clairement que le juge Tôth était bien conscient des exigences du droit en la matière, et qu'il s'était prémuni contre la tentation de relaxer la loi en un moment de compassion. On ne m'a pas démontré que sa conclusion résulte d'une erreur. Je serais d'avis d'accueillir le pourvoi, de rétablir à même ses conclusions les suivantes:

Le Tribunal DECLARE qu'il a existé une société entre les parties pour l'achat et l'exploitation de la ferme connue comme étant:

Le lot numéro DIX-NEUF «B» au plan et livre de renvoi pour le rang DEUX (rg II) du CANTON EATON.

The said lot measuring fourteen (14) chains, fifty (50) links wide by seventy-four (74) chains long, containing a surface area of one hundred and seven and one-quarter acres English measure, more or less;

Subject to a passive servitude in favour of the Stanstead Electricity Cooperative, registered on February 21, 1961, as No. 75318;

Further subject to an active servitude for spring rights over lot 19 "A", range TWO (Rg. II) for EATON TOWNSHIP, according to Rg. B Vol.

The whole with buildings and appurtenances constructed thereon.

the property of the said partnership to include all things pertaining to the farm, such as animals, agricultural implements, a truck and so on;

APPROVES the dissolution of the said partnership by the parties;

EXEMPTS plaintiff from the need to render an account.

I would also declare the seizure of movables and immovables as ordered at first instance to be valid; order partition and, should the parties not agree as to its terms, order that a liquidator be appointed by Tôth J.

The whole with costs against respondent throughout.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Bessette & Gauthier, Sherbrooke.*

*Solicitors for the respondent: Morissette, Laroche & Associés, Sherbrooke.*

Tel lot mesurant quatorze chaînes (14) et cinquante (50) chaînons de front par soixante-quatorze (74) chaînes de profondeur, contenant une superficie de cent sept acres et un quart (107¼) mesures anglaises, plus ou moins.

Sujet à une servitude passive en faveur de la Coopérative d'Électricité de Stanstead, enregistrée le 21 février 1961, sous le numéro 75318;

Sujet également à une servitude active de droit de sources sur le lot 19 «A» rang DEUX (rg II) pour le CANTON EATON, suivant Rg B Vol.

Le tout avec bâtisses dessus construites, circonstances et dépendances.

les biens de ladite société comprenant tous les accessoires de la ferme tels animaux, instruments aratoires, camion, etc.;

DONNE ACTE aux parties de la dissolution de ladite société;

DISPENSE la demanderesse de rendre compte.

Et je déclarerais bonne et valable la saisie mobilière et immobilière pratiquée en la première instance; j'ordonnerais le partage, et à cette fin, ordonnerais que, à moins d'entente entre les parties quant aux modalités de ce partage, un liquidateur soit nommé par le juge Tôth.

Le tout avec dépens contre l'intimé dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Bessette & Gauthier, Sherbrooke.*

*Procureurs de l'intimé: Morissette, Laroche & Associés, Sherbrooke.*

**Lauréanne Harvey Desgagné, executrix of the estate of the late Léonce Desgagné** *Appellant*;

and

**La Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida** *Respondent*.

and

**La Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida** *Appellant*;

and

**Lauréanne Harvey Desgagné, executrix of the estate of the late Léonce Desgagné, Les Immeubles Murdock Limitée, Ernest Dauphinais and Guy Bélanger** *Respondents*.

File No: 15607.

1982: March 17; 1984: February 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Prescription — Lease and hire of work — Liability of architect, engineers and contractor — Construction defect — Gradually revealed — Starting point of prescription — Civil Code, arts. 1688, 1689, 2259 — Fabrique Act, 1965 (Qué.), c. 76 (now R.S.Q. 1977, c. F-1), ss. 18(b), 26(g) — Code of Civil Procedure, art. 56.*

In September 1971, seven years after acceptance of the work by the architect, the Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida brought an action for damages against the architect, the engineers and the general contractor responsible for building the parish church. The Fabrique held them responsible for the presence of construction defects which resulted in loss of the walls and dome of the building. The two losses were entirely separate and independent of each other. The manufacture and installation of the dome were the subject of a separate contract between the Fabrique and a second contractor (not concerned in the case at bar). The engineers and the general contractor did not participate in this part of the work, their functions being limited to building the base supporting the dome. At trial the Superior Court, having found that the partial loss of the building occurred in the fall of 1964, applied the first paragraph of art. 2259 C.C. and held that the action

**Lauréanne Harvey Desgagné, exécutrice à la succession de feu Léonce Desgagné** *Appelante*;

et

**La Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida** *Intimée*.

et

**La Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida** *Appelante*;

et

**Lauréanne Harvey Desgagné, exécutrice à la succession de feu Léonce Desgagné, Les Immeubles Murdock Limitée, Ernest Dauphinais et Guy Bélanger** *Intimés*.

N° du greffe: 15607.

1982: 17 mars; 1984: 2 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Prescription — Louage d'ouvrage — Responsabilité de l'architecte, des ingénieurs et de l'entrepreneur — Vice de construction — Manifestation graduelle — Point de départ de la prescription — Code civil, art. 1688, 1689, 2259 — Loi des fabriques, 1965 (Qué.), chap. 76 (maintenant L.R.Q. 1977, chap. F-1), art. 18(b), 26g) — Code de procédure civile, art. 56.*

En septembre 1971, soit sept ans après l'acceptation des travaux par l'architecte, la Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida a intenté une action en dommages-intérêts contre l'architecte, les ingénieurs et l'entrepreneur général responsables de la construction de l'église paroissiale. La Fabrique leur reproche la présence de vices de construction qui ont entraîné la perte des murs et du dôme de l'édifice. Les deux pertes sont entièrement distinctes et indépendantes l'une de l'autre. La fabrication et l'installation du dôme ont fait l'objet d'un contrat séparé entre la Fabrique et un deuxième entrepreneur (non poursuivi en l'espèce). Les ingénieurs et l'entrepreneur général n'ont pas participé à cette partie des travaux, leur travail se limitant à construire la base qui supporte le dôme. En première instance, la Cour supérieure, ayant conclu que la perte partielle de l'édifice a eu lieu à l'automne 1964, a appliqué le premier alinéa de l'art. 2259 C.c. et déclaré l'action

based on art. 1688 C.C. had been prescribed in respect of defendants. The Court of Appeal, though it agreed with the Superior Court as to prescription of the action based on art. 1688 C.C., cited the system of contractual liability for which the prescription period is thirty years, and by a majority reversed the judgment of the Superior Court, allowing the action of the Fabrique against the architect. The Court of Appeal found no fault in the acts of the engineers and the general contractor: hence the appeal by the Fabrique—to place the starting point for prescription at the expiry of the five years mentioned in art. 1688 C.C., when the total or partial loss of the building is discovered within five years following completion of the work, and that loss results from a defect which has appeared gradually—and the appeal of the architect to restore the Superior Court judgment.

*Held:* The appeal of the architect should be dismissed. The appeal of the Fabrique should be allowed.

The action of the Fabrique based on art. 1688 C.C. was not prescribed. In all cases where a construction defect is gradually revealed, it is the second paragraph of art. 2259 C.C. which should be applied. The five-year prescription mentioned in that article therefore only began to run from expiry of the five years mentioned in art. 1688 C.C. In the case at bar, as the architect did not accept the work until August 1964, some months after the work had terminated, the Fabrique had until 1974 to take action. Accordingly, as provided in art. 1688, the architect, the engineers and the contractor must be found jointly and severally liable to the Fabrique, without the latter having to prove fault by any of them. However, only the architect, who acted as architect for the dome as well as the rest of the building, should be held liable for loss of the dome. The liability of the engineers and the contractor should be limited to the work in which they took part.

*Hôpital Laval Ltée v. Roberge*, [1942] C.S. 166; *Wardle v. Bethune* (1872), 16 L.C.J. 85; *McMeekin v. Daoust*, [1947] C.S. 216; *Chevalier v. Thompkins* (1915), 48 C.S. 53; *Gingras v. Cité de Québec*, [1948] Que. K.B. 171; *Gauthier v. Séguin*, [1969] Que. Q.B. 913; *Laverdière v. Dorval*, [1955] Que. Q.B. 367; *Construction St-Hilaire Ltée v. Michaud*, [1975] C.S. 651; *Donolo Inc. v. St-Michel Realities Inc.*, [1971] C.A. 536; *Hill-Clark-Francis Ltd. v. Northland Grocers (Quebec) Ltd.* (1940), 69 Que. K.B. 281; *Hill-Clark-Francis, Ltd. v. Northland Groceries (Quebec) Ltd.*, [1941] S.C.R. 437; *Archambault v. Curé et marguilliers de la Paroisse de St-Charles de Lachenaie* (1902),

fondée sur l'art. 1688 C.c. prescrite vis-à-vis les défendeurs. La Cour d'appel, quoique d'accord avec la Cour supérieure sur la prescription du recours fondé sur l'art. 1688 C.c., a invoqué le régime de responsabilité contractuelle pour lequel la prescription est de trente ans, et a infirmé majoritairement le jugement de la Cour supérieure pour accueillir le recours de la Fabrique contre l'architecte. La Cour d'appel ne trouve aucune faute dans la conduite des ingénieurs et de l'entrepreneur général. D'où le pourvoi de la Fabrique pour fixer le point de départ de la prescription à l'expiration du délai de cinq années mentionnées dans l'art. 1688 C.c. lorsque la perte totale ou partielle de l'édifice est constatée à l'intérieur des cinq années qui ont suivi l'acceptation des travaux et que cette perte est imputable à un vice qui s'est manifesté de façon graduelle, et le pourvoi de l'architecte pour rétablir le jugement de la Cour supérieure.

*Arrêt:* Le pourvoi de l'architecte est rejeté. Le pourvoi de la Fabrique est accueilli.

Le recours de la Fabrique fondé sur l'art. 1688 C.c. n'est pas prescrit. Dans tous les cas où un vice de construction se manifeste graduellement, c'est le second alinéa de l'art. 2259 C.c. qui doit s'appliquer. La prescription de cinq ans prévue à cet article ne commence donc à courir qu'à l'expiration du délai de cinq années mentionnées à l'art. 1688 C.c. En l'espèce, l'architecte n'ayant accepté les travaux qu'en août 1964, soit quelques mois après la fin des travaux, la Fabrique avait donc jusqu'en 1974 pour prendre action. Par conséquent, comme le prévoit l'art. 1688, l'architecte, les ingénieurs et l'entrepreneur doivent être trouvés conjointement et solidairement responsables vis-à-vis la Fabrique sans que celle-ci ait à prouver la faute de l'un ou l'autre d'entre eux. Toutefois, seul l'architecte qui a agi en sa qualité d'architecte pour l'ensemble de l'édifice doit être tenu responsable de la perte du dôme. La responsabilité des ingénieurs et de l'entrepreneur doit en effet être limitée aux travaux auxquels ils ont participé.

Jurisprudence: *Hôpital Laval Ltée c. Roberge*, [1942] C.S. 166; *Wardle v. Bethune* (1872), 16 L.C.J. 85; *McMeekin c. Daoust*, [1947] C.S. 216; *Chevalier c. Thompkins* (1915), 48 C.S. 53; *Gingras c. Cité de Québec*, [1948] B.R. 171; *Gauthier c. Séguin*, [1969] B.R. 913; *Laverdière c. Dorval*, [1955] B.R. 367; *Construction St-Hilaire Ltée c. Michaud*, [1975] C.S. 651; *Donolo Inc. c. St-Michel Realities Inc.*, [1971] C.A. 536; *Hill-Clark-Francis Ltd. c. Northland Grocers (Quebec) Ltd.* (1940), 69 B.R. 281; *Hill-Clark-Francis, Ltd. v. Northland Groceries (Quebec) Ltd.*, [1941] R.C.S. 437; *Archambault c. Curé et marguilliers de la Paroisse de St-Charles de Lachenaie* (1902), 12 B.R.



12 Que. K.B. 349; *Canadian Electric Light Co. v. Pringle* (1920), 29 Que. K.B. 26; *Lemarié v. Corporation de Sainte-Angèle* (1920), 26 R. de J. 317, referred to.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1979] C.A. 198, which reversed in part a judgment of the Superior Court. Appeal of Lauréanne Harvey Desgagné, executrix of the estate of the late Léonce Desgagné, dismissed. Appeal of the Fabrique allowed.

*Jean-Louis Baudoin, Q.C., Jean-Pierre Depelteau and Chantal Perreault*, for the appellant-respondent the Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida.

*J. Vincent O'Donnell, Q.C., and Daniel Alain Dagenais*, for the appellant-respondent Lauréanne Harvey Desgagné, executrix of the estate of the late Léonce Desgagné.

*Richard Dufour*, for the respondent Les Immeubles Murdock Limitée.

*Marc Lesage*, for the respondents Ernest Dauphinais and Guy Bélanger.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—

I—The proceedings, judgment of the Superior Court and judgment of the Court of Appeal

After the construction of the Saint-Philippe d'Arvida church, the Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida ("the *Fabrique*") brought an action in damages for \$530,000 against the architect Léonce Desgagné, now deceased, who is represented by his widow Lauréanne Harvey Desgagné ("the *Architect*"), the structural engineers Ernest Dauphinais and Guy Bélanger ("the *Engineers*") and the general contractor Les Immeubles Murdock Limitée ("the *Contractor*"). The *Fabrique* attributed a number of specific faults to defendants, and held them responsible for the presence of construction defects which allegedly appeared gradually and resulted in the loss of the walls and dome of the church. The *Fabrique* asked that a condemnation be pronounced against

349; *Canadian Electric Light Co. c. Pringle* (1920), 29 B.R. 26; *Lemarié c. Corporation de Sainte-Angèle* (1920), 26 R. de J. 317.

<sup>a</sup> POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1979] C.A. 198, qui a infirmé en partie un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi de Lauréanne Harvey Desgagné, exécutrice à la succession de feu Léonce Desgagné, rejeté. Pourvoi de la Fabrique accueilli.

*Jean-Louis Baudoin, c.r., Jean-Pierre Depelteau et Chantal Perreault*, pour l'appelante-intimée la Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida.

*J. Vincent O'Donnell, c.r., et Daniel Alain Dagenais*, pour l'appelante-intimée Lauréanne Harvey Desgagné, exécutrice à la succession de feu Léonce Desgagné.

*Richard Dufour*, pour l'intimée Les Immeubles Murdock Limitée.

<sup>e</sup> *Marc Lesage*, pour les intimés Ernest Dauphinais et Guy Bélanger.

Le jugement de la Cour a été rendu par

<sup>f</sup> LE JUGE BEETZ—

I—Les procédures, le jugement de la Cour supérieure et l'arrêt de la Cour d'appel

<sup>g</sup> Après la construction de l'église Saint-Philippe d'Arvida, la Fabrique de la Paroisse de Saint-Philippe d'Arvida, (la «*Fabrique*»), a intenté une action en dommages-intérêts de 530 000 \$ à l'architecte Léonce Desgagné maintenant décédé et représenté par sa veuve Lauréanne Harvey Desgagné, (l'«*Architecte*»), aux ingénieurs en charpente Ernest Dauphinais et Guy Bélanger (les «*Ingénieurs*») ainsi qu'à l'entrepreneur général Les Immeubles Murdock Limitée, (l'«*Entrepreneur*»). La *Fabrique* impute un certain nombre de fautes spécifiques aux défendeurs et elle leur reproche la présence de vices de construction qui se seraient manifestés graduellement et qui ont entraîné la perte des murs et du dôme de l'église. La *Fabrique* conclut à la condamnation conjointe et solidaire

defendants jointly and severally, as provided for in arts. 1688 and 1689 of the *Civil Code*:

**1688.** If a building perish in whole or in part within five years, from a defect in construction, or even from the unfavorable nature of the ground, the architect superintending the work, and the builder are jointly and severally liable for the loss.

**1689.** If, in the case stated in the last preceding article, the architect do not superintend the work, he is liable for the loss only which is occasioned by defect or error in the plan furnished by him.

In a very elaborate but unfortunately unreported judgment, Gabrielle Vallée J. of the Superior Court, as she then was, dismissed the action of the *Fabrique* on the ground that it is prescribed under art. 2259 of the *Civil Code*:

**2259.** The action for indemnity under article 1688 must be taken within five years from the date of the loss.

If, however, the defect is one which is only gradually revealed, prescription shall begin to run from the expiration of the five years mentioned in article 1688.

By a majority judgment published *sub nom. Fabrique de la paroisse de St-Philippe d'Arvida v. Desgagné*, [1979] C.A. 198, the Court of Appeal reversed in part the judgment of the Superior Court and allowed the action of the *Fabrique* against the *Architect* in an amount of \$313,374.99; but it dismissed the action against the *Engineers* and the *Contractor*. Bélanger and Bernier J.J.A. agreed with the trial judge as to prescription of the action based on art. 1688, but they held that the system of liability created by that provision does not supersede that of contractual responsibility, the prescription for which is thirty years in this case. They upheld the finding of contractual fault against the *Architect*, which the trial judge did not discuss, but they found no fault in the acts of the *Engineers* and the *Contractor*. Monet J.A., dissenting, would have affirmed the trial judgment.

By her appeal, appellant Lauréanne Harvey Desgagné is asking this Court to restore the judgment of the Superior Court on the ground that the system of liability provided for by art. 1688 supersedes that of contractual responsibility, and that the action based on art. 1688 is prescribed, as was

des défendeurs comme le prévoient les art. 1688 et 1689 du *Code civil*:

**1688.** Si l'édifice périt en tout ou en partie dans les cinq ans, par le vice de la construction ou même par le vice du sol, l'architecte qui surveille l'ouvrage et l'entrepreneur sont responsables de la perte conjointement et solidairement.

**1689.** Si, dans le cas de l'article précédent, l'architecte ne surveille pas l'ouvrage, il n'est responsable que de la perte occasionnée par les défauts ou erreurs du plan qu'il a fourni.

Dans un jugement fort élaboré mais malheureusement inédit, le juge Gabrielle Vallée de la Cour supérieure, plus tard Juge en chef associé, rejette l'action de la *Fabrique* au motif qu'elle est prescrite vu l'art. 2259 du *Code civil*:

**2259.** L'action en indemnité en vertu de l'article 1688 doit être introduite dans les cinq ans de la perte.

Si cependant le vice en est un qui se manifeste graduellement, la prescription commence à courir à l'expiration des cinq années mentionnées dans l'article 1688.

Par un arrêt majoritaire publié *sub nom. Fabrique de la paroisse de St-Philippe d'Arvida c. Desgagné*, [1979] C.A. 198, la Cour d'appel infirme en partie le jugement de la Cour supérieure et accueille le recours de la *Fabrique* contre l'*Architecte* pour un montant de 313 374,99 \$; mais elle rejette ce recours contre les *Ingénieurs* et l'*Entrepreneur*. Les juges Bélanger et Bernier sont d'accord avec le premier juge relativement à la prescription du recours fondé sur l'art. 1688, mais ils tiennent que le régime de responsabilité légale établi par cette disposition ne supprime pas celui de la responsabilité contractuelle pour lequel dans ce cas la prescription est de trente ans. Ils retiennent la faute contractuelle de l'*Architecte*, dont le premier juge ne discute pas, mais ils ne trouvent aucune faute dans la conduite des *Ingénieurs* et de l'*Entrepreneur*. Le juge Monet, dissident, aurait confirmé le jugement de première instance.

Par son pourvoi, l'appelante Lauréanne Harvey Desgagné nous demande de rétablir le jugement de la Cour supérieure au motif que le régime de responsabilité légale prescrit par l'art. 1688 écarte celui de la responsabilité contractuelle et que le recours fondé sur l'art. 1688 est prescrit comme l'a

found by the trial judge and affirmed by the unanimous opinion of the Court of Appeal.

As to the *Fabrique*, it submits in its appeal that its action based on art. 1688 is not prescribed. Alternatively, it argues that there was contractual fault both by the *Engineers* and the *Contractor* and by the *Architect*, and that their liability, based on art. 1065 of the *Civil Code*, is also joint and several. It is accordingly asking that the appeal of Lauréanne Harvey Desgagné be dismissed and a joint and several condemnation pronounced against defendants.

## II—The question

The trial judge identified the principal question for decision as follows:

[TRANSLATION] The question raised by the case at bar is what starting point the Court should take when the total or partial loss of the work is discovered within five (5) years following completion of the work, and that loss results from a defect which has appeared gradually: should the Court in such a case apply the first (1st) or the second (2nd) paragraph of art. 2259?

I accept this to be in fact the question before the Court.

In the opinion of the trial judge it should be answered by applying the first paragraph of art. 2259, and the starting point for prescription placed at the day of the loss and the time it became known to the *Fabrique*. As the trial judge found that the partial loss of the building occurred in the fall of 1964, and that this loss had become apparent to the *Fabrique* at that time, or at the latest in the spring of 1965, she held that the action brought on September 23, 1971 had been prescribed for nearly two years.

With respect for the opposite opinion, I consider rather that it is the second paragraph of art. 2259 which should be applied and that "prescription shall begin to run from the expiration of the five years mentioned in article 1688", that is, from the expiry of five years following acceptance of the work, or perhaps—it is not necessary to decide the point—from the expiry of five years following completion of the work. The work was accepted on August 4, 1964 and had terminated some months

décidé le premier juge confirmé sur ce point par l'opinion unanime de la Cour d'appel.

Quant à la *Fabrique*, elle soutient dans son pourvoi que son recours fondé sur l'art. 1688 n'est pas prescrit. Elle soutient alternativement qu'il y a faute contractuelle des *Ingénieurs* et de l'*Entrepreneur* comme de l'*Architecte* et que leur responsabilité, fondée sur l'art. 1065 du *Code civil*, serait également conjointe et solidaire. Elle demande donc le rejet du pourvoi de Lauréanne Harvey Desgagné et la condamnation conjointe et solidaire des défendeurs.

## c II—La question

Voici comment le premier juge identifie la question principale qu'il s'agit de trancher:

La question que soulève le présent litige est de savoir quel point de départ le Tribunal doit prendre lorsque la perte totale ou partielle de l'œuvre est constatée à l'intérieur des cinq (5) années qui ont suivi la fin des travaux et que cette perte est consécutive à un vice qui s'est manifesté de façon graduelle: le Tribunal, en ce cas, doit-il appliquer le premier (1<sup>er</sup>) ou le deuxième (2<sup>e</sup>) paragraphe de l'article 2259?

Je reconnais que telle est en effet la question.

Le premier juge est d'avis qu'il faut y répondre en appliquant le premier alinéa de l'art. 2259 et situer le point de départ de la prescription au jour de la perte et de la connaissance qu'en avait la *Fabrique*. Comme le premier juge conclut que la perte partielle de l'édifice a eu lieu à l'automne 1964 et que dès cette époque ou, au plus tard au printemps 1965, cette perte était devenue manifeste pour la *Fabrique*, il décide que l'action, intentée le 23 septembre 1971, était prescrite depuis près de deux ans.

Je suis plutôt d'avis, avec égard pour l'opinion contraire, que c'est le second alinéa de l'art. 2259 qui doit s'appliquer et que «la prescription commence à courir à l'expiration des cinq années mentionnées dans l'article 1688», c.-à-d. à l'expiration des cinq années qui suivent l'acceptation des travaux, ou peut-être,—il n'est pas nécessaire de le décider,—à l'expiration des cinq années qui suivent la fin des travaux. Les travaux ont été acceptés le 4 août 1964 et avaient pris fin quelques mois

earlier. Accordingly, the *Fabrique* had until 1974 to bring an action. I therefore conclude, unlike the trial judge and the Court of Appeal, that the action of the *Fabrique*, based on art. 1688 of the *Civil Code*, is not prescribed and that, as the article provides, defendants should be held jointly and severally liable to the *Fabrique* without the latter having to prove fault by any of them.

In view of this conclusion, it is not necessary for me to decide whether any of the defendants is at fault or to discuss the question of whether the system of liability created by art. 1688 supersedes that of contractual responsibility.

### III—Facts

The trial judge gave a detailed description of the Saint-Philippe d'Arvida church and the circumstances giving rise to the case. I feel it is necessary to cite substantial extracts from this description: while I accept all the trial judge's findings of fact without reservation, I cannot share her opinion as to the way in which some of these should be characterized with regard to the gradual emergence of the construction defects.

The trial judge observed:

[TRANSLATION] The building is of an original design consisting of three (3) walls each in the form of an arc: these walls are arranged in a triangular manner, the concave sides of the walls on the outside and the convex sides on the inside; the inner sheathing of the walls is eight inches (8") and consists of two (2) thicknesses of juxtaposed bricks; the outer sheathing of the walls consists of a single four-inch (4") brick layer; all these bricks are joined by mortar joints of the type commonly known as "weeping joints"; between the inner and outer sheathings of the walls there is insulating material two inches (2") thick, and there is a one-inch (1") wide space; the three (3) walls are one hundred and twenty feet (120') long respectively and have no longitudinal reinforcing steel.

Seen from inside the church the three (3) walls, at their most convex point and in their upper section, slope to form an arch; the incline or effect of the arch diminishes and disappears the further one gets away

auparavant. La *Fabrique* avait par conséquent jusqu'en 1974 pour prendre action. J'arrive donc, contrairement au premier juge et à la Cour d'appel, à la conclusion que le recours de la *Fabrique*, fondé sur l'art. 1688 du *Code civil*, n'est pas prescrit et que, comme le prévoit cet article, les défendeurs doivent être trouvés conjointement et solidairement responsables vis-à-vis la *Fabrique* sans que celle-ci ait à prouver la faute de l'un ou l'autre d'entre eux.

Vu cette conclusion, il ne me sera pas nécessaire de décider si l'un ou l'autre des défendeurs est en faute non plus que de discuter de la question de savoir si le régime de responsabilité légale établi par l'art. 1688 écarte celui de la responsabilité contractuelle.

### III—Les faits

Le premier juge a donné une description détaillée de l'église Saint-Philippe d'Arvida et des circonstances qui ont donné lieu au litige. Il me paraît nécessaire de citer des passages substantiels de cette description car, si j'accepte sans réserve toutes les conclusions de fait du premier juge, je ne puis partager son avis quant à la qualification qu'il faut donner à certains d'entre eux à propos du caractère graduel de la manifestation des vices de construction.

Je laisse parler le premier juge:

De conception originale cet édifice est constitué de trois (3) murs en forme d'arc de cercle: ces murs sont disposés à la façon d'un triangle, les côtés concaves de ces murs sont à l'extérieur et les côtés convexes sont à l'intérieur; la paroi intérieure de ces murs est de huit pouces (8") et consiste en deux (2) épaisseurs de briques juxtaposées; la paroi extérieure de ces murs consiste en une seule épaisseur de brique de quatre pouces (4"); toutes ces briques sont liées entre elles par des joints de mortier du type communément appelé "joints baveux"; entre les parois intérieure et extérieure de ces murs, est placé un matériau isolant de deux pouces (2) d'épaisseur, et il existe un espace vide de un pouce (1"); ces trois (3) murs ont cent vingt pieds (120') de long respectivement et n'ont aucun acier d'armature longitudinal.

Vus de l'intérieur de l'église, ces trois (3) murs sont, à leur point le plus convexe et dans la partie supérieure de ceux-ci, inclinés à la façon d'une arche; l'inclinaison ou effet d'arche diminue et disparaît au fur et à mesure que

from these three (3) points and the nearer one gets to the terminating angles.

At each of the points located in the most convex section of the sloping walls a column is concealed: where these three (3) columns are located, the inner sheathing of the wall has a thickness of only one brick; the three (3) columns are topped by a ring on which a geodesic dome rests; this dome covers the entire central portion of the triangle formed by the three (3) arcs and the three (3) angles of the triangle are closed by flat roofs.

The dome has a diameter of seventy-six (76') feet and a height of thirty (30') feet, and it consists of a structure of aluminum, or aluminum components, to which thin panels of plastic are attached at the corners by means of small rivets. The sheets of polyester plastic are joined by honeycombs made of treated paper.

It may be noted here that the structure consisting of the columns and ring of metal and the dome structure are not two (2) linked structures but are in fact two (2) independent things (cf. testimony, Jules Houde, engineer, proof pp. 795 *et seq.*).

The plans and specifications of this church were assigned to the architects Desgagné & Côté, and the latter supervised the construction.

The structural engineers were Dauphinois and Bélanger, and the general contractor was Les Immeubles Murdock Limitée.

A separate contract was concluded between the owner and Long-Sault Woodcraft Inc., for the manufacture and installation of the geodesic dome.

It may be noted at once that the plans and specifications for this dome were not designed by the architects Desgagné and Côté.

(However, it is important to add to this last paragraph what Bélanger J.A. said on the matter in the Court of Appeal, speaking for himself and for Bernier J.A. While it is true that the plans and specifications of the dome were not designed by the *Architect*, [TRANSLATION] "the decision . . . to award the final contract to Long-Sault Woodcraft Ltd. was only taken by [appellant (the *Fabrique*)] on a written acceptance by the architect of the material to be included in his building as 'in accordance with our requirements and the conditions of the project, in quality and appearance'". From this it follows that the *Architect* acted as architect for both the dome and the rest of the

l'on s'éloigne de ces trois (3) points et que l'on s'approche des extrémités angulaires.

A chacun des points situés dans la partie la plus convexe des murs inclinés, est camouflée une colonne; à l'endroit où ces trois (3) colonnes sont placées, la paroi intérieure du mur n'a qu'une seule épaisseur de brique; les trois (3) colonnes sont couronnées d'un anneau qui reçoit un dôme, de forme géodésique; ce dôme couvre toute la partie centrale du triangle formé par les trois (3) arcs de cercle et les trois (3) points angulaires du triangle sont fermés par des toits plats.

Le dôme, d'un diamètre de soixante-seize pieds (76') et d'une hauteur de trente pieds (30') est constitué d'une structure d'aluminium ou de composé d'aluminium à laquelle des panneaux de plastique mince sont retenus aux cornières au moyen de petits rivets. Les feuilles de plastique polyester sont unies par des nids d'abeilles faits de papier traité.

Notons ici que la structure formée des colonnes et de l'anneau de métal et la structure du dôme ne sont pas deux (2) systèmes structuraux conjugués et qu'il s'agit, en fait, de deux (2) choses indépendantes (Cf. témoignage Jules Houde, ingénieur, preuve p. 795 et ss.).

Les plans et devis de cette église ont été confiés aux architectes Desgagné & Côté et ces derniers ont surveillé les travaux d'exécution.

Les ingénieurs en charpente étaient Dauphinois et Bélanger alors que l'entrepreneur général était Les Immeubles Murdock Limitée.

Un contrat distinct est intervenu entre le propriétaire et la compagnie Long-Sault Woodcraft Inc. concernant la fabrication et l'installation du dôme géodésique.

Notons immédiatement que les plans et devis de ce dôme n'ont pas été dessinés par les architectes Desgagné et Côté.

(Il importe cependant de compléter ce dernier alinéa par ce qu'en dit le juge Bélanger en Cour d'appel, tant pour lui-même qu'au nom du juge Bernier. S'il est exact que les plans et devis du dôme n'ont pas été dessinés par l'*Architecte*, «la décision . . . d'en confier le contrat définitif à la société Long-Sault Woodcraft Ltd., ne fut prise par [l'appelante (la *Fabrique*)] que sur acceptation écrite par l'architecte du matériau devant entrer dans sa construction comme «conforme à nos exigences et aux conditions de l'œuvre, comme qualité et comme apparence». Il faut en conclure que l'*Architecte* a agi comme architecte tant pour le dôme que pour le reste de l'édifice. D'ailleurs c'est

building. It was also apparently he who conceived the idea of a church with a translucent geodesic dome.)

The trial judge went on:

[TRANSLATION] Construction of the project began in summer 1963.

On September 10, 1963 the owner appointed Mr. Roland Tremblay its project supervisor.

Possession was taken of the church some months before the architect accepted the work.

The architects accepted the work on August 4, 1964.

Defects appeared in the walls of the building before and after the work was accepted, and other defects appeared in the dome during the first few months following the acceptance, perhaps even some days before it.

The public was forbidden to use the building at the end of November 1971.

Proceedings were begun on September 23, 1971 and plaintiff sought complete reconstruction of the building, which was on the point of collapse.

Let us now consider how the defects appeared and when the total or partial loss of the building occurred.

To do this, it is first necessary to distinguish defects and losses, for in the case under consideration two (2) entirely different defects existed, which both caused a partial loss of the building: first, loss of the walls; second, loss of the dome.

#### THE WALLS:

The expert testimony heard for both plaintiff and defendant was unanimous on two (2) points, at least:

- (a) the defect vitiating the walls of the church was one of design: the lack of expansion joints;
- (b) the phenomenon of shrinkage in the masonry occurred in the first year following the end of the work.

I hold the lack of expansion joints in unreinforced masonry as the sole design defect capable of causing total or partial loss of the walls of the building at issue.

lui, à ce qu'il semble, qui a conçu l'idée d'une église comportant un dôme géodésique translucide).

*a* Le premier juge continue:

La construction de l'œuvre a débuté au cours de l'été mil neuf cent soixante-trois (1963).

*b* Le dix (10) septembre mil neuf cent soixante-trois (1963), le propriétaire a nommé monsieur Roland Tremblay son surveillant des travaux.

La prise de possession de l'église a précédé de quelques mois l'acceptation des travaux par l'architecte.

*c* Les architectes ont accepté les travaux le quatre (4) août mil neuf cent soixante-quatre (1964).

*d* Des vices se sont manifestés dans les murs de l'édifice avant et après l'acceptation des travaux alors que d'autres vices se sont manifestés dans le dôme dès les premiers mois qui ont suivi cette acceptation et peut-être même dans les jours qui ont précédé celle-ci.

L'accès de l'édifice a été condamné au public fin novembre mil neuf cent soixante et onze (1971).

*e* La procédure a été intentée le vingt-trois (23) septembre mil neuf cent soixante et onze (1971) et la demande demande la réfection complète de l'édifice en puissance de s'écrouler.

*f* Voyons maintenant de quelle façon se sont manifestés les vices et quand la perte totale ou partielle de l'édifice est survenue.

*g* Pour ce faire, il nous faut distinguer, préalablement, les vices et les pertes car, dans le cas sous étude, deux (2) vices entièrement différents existent, lesquels tous deux entraînent perte partielle de l'édifice: l'un, perte des murs; l'autre, perte du dôme.

#### QUANT AUX MURS:

*h* Les témoignages d'experts entendus, tant en demande qu'en défense, sont unanimes sur deux (2) points, tout au moins:

- i* a) le défaut qui vicie les murs de l'église en est un de conception: absence de joints de dilatation;
- b) le phénomène de retrait dans la maçonnerie se manifeste dès la première année qui suit la fin des travaux.

*j* Seule l'absence de joints de dilatation, dans une maçonnerie non armée, est retenue comme vice conceptuel pouvant entraîner perte totale ou partielle des murs de l'édifice dont il s'agit.

On Good Friday, in late March or early April 1964, that is nearly four (4) months before the work was accepted by the architect, the break in the wall occurred on the side facing St-Denis Street. It was an opening which some people referred to as "cracks", others as "large fissures". This opening, which caused one parishioner to remark that "the veil of the temple was ripped", is vertical, from top to bottom, stretches right across the inner sheathing of eight inches (8"), appeared suddenly and divides the wall into two (2) sections  $\frac{1}{8}$  to  $\frac{1}{2}$  inch apart.

Finally, it should be noted that this break is not in step form, that is, it did not take the easy route of the mortar joining the bricks, but broke the latter from top to bottom (cf. Fr. Gravel, proof, April 24, 1974; Roland Tremblay, examination on discovery, March 30, 1972; photos filed jointly as Nos. S-1 to S-4 and P-60 to P-62).

On that day, the parish priest Fr. Gravel noticed what had happened and contacted the churchwardens and architects.

The break in the second (2nd) wall occurred in late summer or early fall 1964, according to Fr. Gravel, and in the third (3rd) wall in early spring 1965.

According to the testimony of Mr. Roland Tremblay (examination on discovery, March 30, 1972), these two (2) breaks appeared earlier, and all occurred during 1964. Each of these "cracks" or openings is the same size and all three (3) are symmetrically located (cf. examination on discovery, March 30, 1972; Fr. Gravel, proof, April 24, 1974).

In the spring of 1965, the exterior sheathing of the walls broke exactly where the "inner cracks" were located. During all this time and subsequently, as months and years passed, smaller fissures appeared in the divided walls.

#### THE DOME:

There is no doubt, and this was amply demonstrated by the evidence, that the defect which caused its loss was one of the choice of material. The chemical expert, George-Charles Hawley, both in his expert report, in the form of a letter to the architects Desgagné and Côté dated September 8, 1969, and in his testimony at the hearing, was categorical on this point, and there was no cross-examination by the co-defendants. The materials used in making the plastic panels of the dome do not withstand the force of the sun and other atmospheric

Au jour du Vendredi Saint, fin mars début avril 1964, soit près de quatre (4) mois avant l'acceptation des travaux par l'architecte, la rupture du mur, situé côté rue St-Denis, se produit. Il s'agit d'une déchirure que certains appellent «lézardes», d'autres «fissures d'importance». Cette déchirure, qui fera dire à un paroissien que «le voile du temple s'est déchiré», est verticale, de haut en bas, traverse toute la paroi intérieure de huit pouces (8"), apparaît subitement et sectionne le mur en deux (2) parties qu'elle distance de  $\frac{1}{8}$  à  $\frac{1}{2}$  pouce.

Enfin, remarquons-le, cette rupture n'est pas en forme d'escalier, c'est-à-dire qu'elle n'a pas pris le chemin facile du mortier de liaison des briques, mais a cassé ces dernières de haut en bas. (Cf. curé Gravel, preuve 24 avril 1974; Roland Tremblay, examen au préalable, 30 mars 1972; photos produites en liasse sous les cotes S-1 à S-4 et P-60-P-62).

Dès ce jour, monsieur le curé Gravel prend connaissance de cette manifestation et communique avec les marguilliers et architectes.

La rupture du deuxième (2<sup>e</sup>) mur survient fin été, début automne 1964 d'après monsieur le curé Gravel et celle du troisième (3<sup>e</sup>), tôt le printemps 1965.

Ces deux (2) ruptures, d'après le témoignage de monsieur Roland Tremblay (examen au préalable du 30 mars 1972), seraient apparues plus tôt et toutes au cours de l'année 1964. Chacune de ces «lézardes» ou déchirures est de même importance et toutes trois (3) sont situées de façon symétrique (Cf. examen au préalable du 30 mars 1972; curé Gravel; preuve du 24 avril 1974).

Au printemps 1965, rupture des parois extérieures des murs à l'endroit précis où sont situées «les lézardes intérieures». Pendant tout ce temps et par la suite, avec les mois et les années des fissures de moindre importance sont apparues dans les murs sectionnés.

#### QUANT AU DÔME:

Il est incontestable, et la preuve l'a amplement démontré, que le vice qui est cause de sa perte en est un de choix de matériau. L'expert chimiste, George-Charles Hawley, tant dans son rapport d'expertise, sous forme de lettre adressée aux architectes Desgagné et Côté, daté du huit (8) septembre 1969 qu'au cours du témoignage rendu à l'audience, est catégorique sur ce point qui n'a fait, d'ailleurs, l'objet d'aucun contre-interrogatoire de la part des co-défendeurs. Les matières employées dans la fabrication du plastique des panneaux du dôme ne

conditions, they break up, they disintegrate and the damage is permanent.

The first signs of this defect appeared in June, July or more probably August 1964 (cf. examination on discovery, Fr. Gravel, March 30, 1972). This is when the first drops began falling almost directly above the altar. Before these drops appeared, Fr. Gravel had already noticed spots on the dome which he attributed to condensation. In fall 1964 he was obliged to mop the floor of the church, and subsequently to mop various other parts of the building (cf. examination on discovery, March 30, 1972, and proof, April 24, 1974).

When the first shadows or spots appeared on the dome, Fr. Gravel informed the churchwardens and architects, who from then on were aware that the dome was defective (cf. proof, April 24, 1974).

In the case at bar, there is no question that the defect appeared gradually—shadows, spots, drops and so on—as all these developments were interdependent, interrelated, followed one from the other.

#### IV—Gradual appearance of construction defects

For the second paragraph of art. 2259 of the *Civil Code* to apply, the essential conditions which it prescribes must occur, namely that the defect is one “which is only gradually revealed”.

That the defect which led to the loss of the dome appeared gradually there is no doubt, as the trial judge found, and this point was not disputed by anyone, at least not in this Court.

It is otherwise with regard to the appearance of the defect which resulted in the loss of the walls. In the opinion of the trial judge, in this case the defect appeared suddenly rather than gradually. The following are some extracts from her reasons in this regard:

[TRANSLATION] Can it be said that because there are three (3) breaks, each in a different wall, the defect appeared gradually? The Court does not think so. This would appear to have been a repetitive, not gradual, process. For the defect to appear gradually, surely its early signs should be interrelated, interdependent or developed one from another. Here, in the case at bar,

résistent pas à l'attaque du soleil et des autres conditions atmosphériques, elles se décomposent, se désagrègent et la détérioration est irréversible.

Les premières manifestations de ce vice sont apparues en juin, juillet plus probablement en août 1964 (Cf. examen au préalable, curé Gravel, 30 mars 1972). C'est à cette époque que les premières gouttes se sont mises à tomber presque au-dessus de l'autel. Avant que ces gouttes n'apparaissent, monsieur le curé Gravel avait déjà décelé, dans le dôme, des taches qu'il attribuait au phénomène de condensation. Dès l'automne 1964 il se voyait dans l'obligation d'éponger le plancher de l'église pour, par la suite, éponger à plusieurs autres endroits de l'édifice. (Cf. examen au préalable du 30 mars 1972 et preuve du 24 avril 1974).

Dès l'apparition des premières ombres ou taches dans le dôme, monsieur l'abbé Gravel a informé les marguilliers et architectes qui sont, dès lors, au courant que ce dôme est défectueux. (Cf. preuve du 24 avril 1974).

Dans le présent cas, il est incontestable que la manifestation du vice s'est faite de façon graduelle: ombres, taches, gouttières, etc., car toutes ces manifestations sont interdépendantes, interreliées, suite d'évolution.

#### e IV—Caractère graduel de la manifestation des vices de construction

Pour que s'applique le second alinéa de l'art. 2259 du *Code civil* il faut que soit réalisée la condition essentielle qu'il prescrit savoir, que le vice en soit un «qui se manifeste graduellement».

Le caractère graduel de la manifestation du vice qui a entraîné la perte du dôme ne fait aucun doute, comme le constate le premier juge, et il n'a été contesté par personne, du moins devant cette Cour.

Il en va différemment pour ce qui est de la manifestation du vice qui a entraîné la perte des murs. Le premier juge est d'avis que le vice dans ce cas s'est manifesté soudainement plutôt que graduellement. Voici quelques extraits de ses motifs à ce sujet:

Peut-on dire que parce qu'il y a trois (3) ruptures, chacune dans un mur différent, qu'il y a manifestation graduelle? Le Tribunal ne le croit pas. Il semble qu'il y ait répétition et non gradation. Pour qu'il y ait gradation dans la manifestation, ne faut-il pas que les signes avant-coureurs soient interreliés ou interdépendants ou encore évolutifs? Ici, dans le présent cas, la deuxième



the second (2nd) break was not dependent on the first (1st), and the third (3rd) on the first two (2).

These three (3) "cracks", according to the eyewitness Roland Tremblay, who was project supervisor for the owner, did not develop, did not worsen (cf. examination on discovery, March 30, 1972).

Further, this observation can be verified from the many photos entered in the record, taken at different times during 1966 (P-60 and P-62, S-1 to S-4).

Can it be argued that the other fissures, which appeared after these breaks, had the effect of making appearance of the defect gradual? Here again, the Court does not think so. They did not result from the design defect, they resulted from tensions due to breaking the arch, which changed the lines of force. This is how the Court understands the testimony of the expert witness Paul Roberge (proof, June 11 and 12, 1974) and Jules Houde (proof, May 26, 1975). These fissures appear to indicate the progress of the collapse, not an evolution of the manifestation of the defect.

It may be argued that when the legislator used the phrase "the defect is one which is only gradually revealed", he had in mind only gradual progress in time, not in becoming apparent. The Court is prepared to accept this interpretation, which does not assist plaintiff in the case at bar.

Like the trial judge, I would agree that the secondary cracks which appeared after the first three cracks can be regarded as the "progress of the collapse, not an evolution of the manifestation of the defect".

However, with respect, I cannot agree that the first three cracks which appeared at different times do not constitute a gradual emergence of the construction defect, for each of these three cracks revealed one after the other exactly the same defect which caused them and which resulted in the loss of the walls, just as the various stages in the deterioration of the dome gradually revealed the defect which led to loss of the dome. A crack does not necessarily indicate a defect likely to lead to the loss of a wall. It was only gradually, by the appearance of other cracks, similar and located symmetrically in separate walls, that the nature and extent of the defect was revealed, finally

(2<sup>e</sup>) rupture n'est pas dépendante de la première, et la troisième (3<sup>e</sup>) des deux (2) premières.

Ces trois (3) «lézardes», d'après le témoin visuel Roland Tremblay, qui était le surveillant des travaux pour le propriétaire, n'ont pas évolué, ne se sont pas aggravées. (Cf. examen au préalable du 30 mars 1972).

D'ailleurs cette constatation peut être vérifiée grâce aux nombreuses photos déposées au dossier, lesquelles ont été prises à différentes époques et ce, dès l'année 1966. (P-60 & P-62, S-1 à S-4).

Peut-on prétendre que les autres fissures, qui sont apparues après ces ruptures, ont pour effet de rendre la manifestation graduelle? Encore ici le Tribunal ne le croit pas. Celles-ci ne découlent plus du vice de conception, elles sont la conséquence des tensions dues à la brisure d'effet d'arche, qui a changé les lignes de force. C'est en ce sens que le Tribunal comprend les témoignages de l'expert Paul Roberge (preuve 11 et 12 juin 1974) et Jules Houde (preuve du 26 mai 1975). Ces fissures semblent être une progression dans la ruine plutôt qu'une évolution dans la manifestation du vice.

Certains pourront prétendre que lorsque le Législateur emploie l'expression «vice qui se manifeste de façon graduelle», il n'envisage la gradualité que dans le temps et non pas dans la manifestation. Le Tribunal est prêt à accepter une telle interprétation laquelle, dans le cas sous étude, n'améliore pas la situation de la demanderesse.

Comme le premier juge, je suis prêt à accepter que les fissures secondaires qui sont apparues après les trois lézardes principales peuvent être considérées comme une «progression dans la ruine plutôt qu'une évolution dans la manifestation du vice».

Mais je ne puis accepter, soit dit avec égard, que les trois lézardes principales apparues à des dates différentes, ne constituent pas une manifestation graduelle du vice de construction car chacune de ces trois lézardes manifeste l'une après l'autre exactement le même vice dont elles dépendent et qui a entraîné la perte des murs, tout comme les divers progrès dans la détérioration du dôme manifestent graduellement le vice qui a entraîné la perte du dôme. Une lézarde n'est pas nécessairement l'indication d'un vice tel que la perte d'un mur doive en résulter. Ce n'est que graduellement, par l'apparition d'autres lézardes, situées de façon symétrique dans des murs distincts mais sembla-

reaching a point where it became apparent to the owner that such a serious defect might result in loss of the walls. Until that moment, the owner might fear such a loss without being certain of it, and all the more, as in the case at bar the architect may continue to assert that they are minor defects which can easily be corrected, and did not hesitate to accept the work despite the appearance of the first crack.

Using the apt language of Bissonnette J.A. in *Gingras v. Cité de Québec*, [1948] Que. K.B. 171, at pp. 181-82, the coincidence of these three successive cracks resulted not in [TRANSLATION] "periodic or recurring damage, or damage repeated as a result of the same cause, a constant or persisting cause", but rather [TRANSLATION] "progressive damage, that is, damage which starts, becomes noticeable and develops in a sort of progression deriving all its destructiveness from the same cause, and all the deleterious effects of which are not yet apparent . . .".

However, even if I had any doubt in this regard, it would be removed by the fact that each of the three principal cracks took some time to completely break each wall, to the point where finally daylight could be seen through each one. The trial judge relied on the testimony of an expert witness:

[TRANSLATION] As mentioned above, the defect in the masonry could be seen in the first year after work ended, and the expert witness Jules Houde stated that when this phenomenon occurred, it did so quickly and suddenly (cf. proof, May 26, 1975, p. 812).

In fact, this expert witness stated that unreinforced masonry breaks suddenly, without warning, because of the phenomenon of shrinkage, and transforms a wall into wall panels, but he pointed out that there have to be fissures which completely break through the wall.

I agree in this respect with the observations of Pratte J. in *Gauthier v. Séguin*, [1969] Que. Q.B. 913, at p. 919:

[TRANSLATION] When a foundation wall is split in two from top to bottom, right to its base, it is divided into sections: you then no longer have a single wall, but sections of walls. In such a case, the owner is not

bles que la nature et l'ampleur du vice se révèlent, cette ampleur atteignant finalement un point tel qu'il devient apparent pour le propriétaire qu'un vice aussi grave menace d'entraîner la perte des murs. Jusqu'à ce moment, le propriétaire pouvait appréhender la perte sans en avoir la certitude, d'autant plus que, comme dans le cas présent, l'architecte peut continuer à affirmer qu'il s'agit de défauts mineurs et faciles à corriger, et n'a pas hésité à accepter les travaux malgré l'apparition de la première lézarde.

Selon les expressions heureuses du juge Bissonnette dans *Gingras c. Cité de Québec*, [1948] B.R. 171, aux pp. 181 et 182, la conjugaison de ces trois lézardes successives fait qu'il s'agit, non pas de «dommages périodiques ou récurrents, ou encore répétés en raison d'une même cause, d'une cause constante ou persistante» mais plutôt «de dommages progressifs, c'est-à-dire d'un préjudice qui naît, se dessine et se développe par une sorte d'évolution qui tire toute sa force nuisible dans une même cause et où ne se révèle pas encore tous ses effets pernicieux . . .».

Mais même si j'éprouvais un doute à ce point de vue, ce doute serait dissipé par le fait que chacune des trois lézardes principales a mis un certain temps à fracturer chaque mur de part en part au point que l'on pouvait à la fin voir le jour à travers chaque lézarde. Le premier juge s'appuie sur le témoignage d'un expert:

Comme il est dit plus haut, la manifestation de ce vice dans la maçonnerie se fait dès la première année qui suit la fin des travaux et l'expert Jules Houde affirme que lorsque ce phénomène se produit, la manifestation est subite et soudaine. (Cf. preuve 26 mai 1975, p. 812).

Effectivement, cet expert affirme qu'une maçonnerie non armée casse soudainement, sans avertissement, à cause du phénomène de retrait et transforme alors un mur en panneaux de mur, mais il précise qu'il doit s'agir de fissures qui sectionnent le mur de part en part.

Je suis d'accord à ce sujet avec ce qu'écrivait le juge Pratte dans *Gauthier c. Séguin*, [1969] B.R. 913, à la p. 919:

Lorsqu'un mur de fondation est lézardé de part en part et de haut en bas, jusque sous sa semelle, c'est qu'il se divise en parties: on n'a plus un seul mur, mais des parties de murs. En pareil cas, le propriétaire n'est pas

required to wait for the worst to happen before making use of article 1688 C.C.

To the layman, at least, the appearance of this kind of defect is gradual when the crack takes some time to break right through the wall.

Indeed, the trial judge appeared uncertain in this regard when she wrote:

[TRANSLATION] Even if the Court, seeking to give the owner the best possible interpretation, considered that the defect had appeared gradually and gave the owner the benefit of the doubt of loss of the walls, this benefit of the doubt would not go beyond the time when the outer sheathing of the walls had opened and daylight could be seen through the opening. This takes us to spring 1965, at which time if the owner had previously had only doubts he now had to confront an obvious fact.

Counsel for the respondents and appellant Lauréanne Harvey Desgagné argued that the gradual appearance of the construction defects is a question of fact which is within the exclusive province of the trial judge. That is not my view. Rather, I think it is a question of characterization and so considerably more than a simple question of fact. It is necessary to apply to the facts the legal concept of gradual emergence under art. 2259, just as, for example, in a civil liability case the Court has to decide whether a person's act or omission should be characterized as fault within the meaning of art. 1053. This requires making an essentially normative judgment. It therefore does not entail substituting my own view of the evidence for that of the trial judge, but drawing conclusions in law based on the facts which she herself considered to have been established. When an appellate court accepts all the conclusions of fact as such made by the trial judge, as I do, it is in as good a position as he is to characterize those facts.

I conclude that the construction defect which resulted in loss of the walls was one which was gradually revealed, as was the one which resulted in loss of the dome.

#### V—Starting point of prescription

I quoted above the way in which the trial judge identified and formulated the principal question

tenu d'attendre que le pire se produise pour invoquer l'article 1688 C.C.

Pour un profane, à tout le moins, la manifestation de cette sorte de vice est graduelle lorsque la lézarde met un certain temps à fracturer le mur dans toute son épaisseur.

D'ailleurs le premier juge paraît incertain à ce propos puisqu'il écrit:

Même si le Tribunal, voulant laisser la chance au propriétaire, considérait que le vice s'est manifesté de façon graduelle et faisait bénéficier le propriétaire du doute de perte des murs, ce bénéfice du doute ne saurait aller au-delà du temps où les murs sectionnés faisaient jour, leurs parois extérieures s'étant ouvertes. Ceci nous reporterait au printemps 1965, époque où si le propriétaire n'avait antérieurement qu'un doute, il faisait maintenant face à une réalité.

Les procureurs des intimés et de l'appelante Lauréanne Harvey Desgagné ont soutenu que le caractère graduel de la manifestation des vices de construction est une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine du juge de première instance. Ce n'est pas mon avis. Il s'agit plutôt d'une question de qualification et par conséquent de bien plus qu'une simple question de fait. Il faut en effet appliquer aux faits le concept juridique de manifestation graduelle de l'art. 2259, au même titre par exemple que dans une affaire de responsabilité civile, il faut qualifier ou non de faute au sens de l'art. 1053 l'acte ou l'abstention d'une personne. C'est là porter un jugement essentiellement normatif. Il ne s'agit donc pas de substituer ma propre appréciation de la preuve à celle du premier juge, mais de tirer des conclusions en droit à partir des faits qu'il a lui-même considérés comme établis. Lorsqu'une juridiction d'appel accepte toutes les conclusions de fait proprement dites du premier juge, comme je le fais, elle est en aussi bonne position que lui pour qualifier ces faits.

Je conclus que le vice de construction qui a entraîné la perte des murs en est un qui s'est manifesté graduellement, tout comme celui qui a entraîné la perte du dôme.

#### j V—Le point de départ de la prescription

J'ai cité plus haut comment le premier juge identifie et formule la question principale qu'il

for decision. The following is the interpretation of art. 2259 of the *Civil Code* which the trial judge used in answering this question:

[TRANSLATION] We believe that this question should be asked as follows: does the "gradual appearance of the defect" rule take priority over the "loss" rule when the loss appears within the five (5) years mentioned in article 1688, and is the consequence of a defect which appeared gradually?

In order to answer this question, it is, we feel, necessary to look at the intent of the legislator. It appears that the legislator, in enacting article 2259, wished to protect the untrained owner from construction specialists. An owner does not have the knowledge necessary to recognize the existence of a construction defect which threatens the whole or a part of the building. Each time the defect does not result in loss, that is, whenever the loss is not revealed by visible deterioration, the starting point for calculating time is the expiry of five (5) years from completion of the work.

In our view, the legislator did not wish to relieve professionals of their liability for the loss of a building, whether whole or partial, which becomes apparent within ten (10) years of the construction as the result of a defect which began appearing within five (5) years, during which time those professionals were guarantors of their work, as such developments could not have suggested the possibility of loss to the untrained eye.

We feel that this was the legislator's intent, and it is the reason why he appears to have altered the starting point for calculating the time in which an action can be brought.

What did the legislator actually do in the second (2nd) paragraph of article 2259? Did he fix some other starting point for calculation than the one fixed in the preceding sentence of that article?

The Court does not think so. It would appear rather that in the second (2nd) paragraph of that article, the legislator arbitrarily fixed the "supposed" day, the "presumed" day when the loss became apparent in cases where the defect was gradually revealed, and the loss was not yet recognizable by a layman.

This in our opinion is how article 2259 should be interpreted, for in our view it is the only meaning which complies with the twofold five-year rule: first, regarding the liability of architects and contractors, and second, regarding the time in which an action must be brought;

faut trancher. Voici maintenant par quelle interprétation de l'art. 2259 du *Code civil* le premier juge répond à cette question:

<sup>a</sup> Nous croyons que cette question devrait être posée de la manière suivante: le critère «manifestation graduelle du vice» l'emporte-t-il sur le critère «perte» lorsque celle-ci est manifeste à l'intérieur des cinq (5) années mentionnées à l'article 1688 et est la conséquence d'un vice qui s'est manifesté graduellement?

<sup>b</sup> Pour répondre à cette question, nous croyons nécessaire de rechercher l'intention du Législateur. Il nous semble que le Législateur, en édictant l'article 2259 ait voulu protéger le propriétaire profane contre les spécialistes de la construction. En effet, le propriétaire n'a pas les connaissances voulues pour connaître l'existence d'un vice de construction qui menace la stabilité de tout ou partie de l'édifice. Chaque fois que le vice ne se fait pas connaître dans la perte, c'est-à-dire chaque fois où les manifestations visibles ne révèlent pas de perte, le point de départ du calcul du temps est l'expiration des cinq (5) années de la fin des travaux.

<sup>c</sup> Le législateur, selon nous, n'a pas voulu dégager les professionnels de leur responsabilité pour la perte, soit totale ou partielle de l'édifice qui devient manifeste dans les dix (10) ans de la construction par suite d'un vice qui a commencé à se manifester à l'intérieur des cinq (5) années pendant lesquelles ces professionnels étaient garants de leur œuvre alors que ces manifestations, à l'œil profane du propriétaire, ne pouvaient laisser présager la perte.

<sup>d</sup> Nous croyons que telle était l'intention du Législateur et que là repose la raison pour laquelle il semble avoir déplacé le point de départ du calcul du temps utile pour intenter action.

<sup>e</sup> De fait, qu'a fait le Législateur dans le deuxième (2<sup>e</sup>) paragraphe de l'article 2259? A-t-il fixé un autre point de départ du calcul que celui qu'il a fixé dans la phrase précédente de cet article?

<sup>f</sup> Le Tribunal ne le croit pas. Il lui semble plutôt que dans le deuxième (2<sup>e</sup>) paragraphe de cet article, le Législateur fixe arbitrairement le jour «supposé», le jour «présupposé» où la perte est devenue manifeste dans le cas où la manifestation du vice a été graduelle et que la perte n'est pas encore, aux yeux du profane, connue.

<sup>g</sup> C'est en ce sens, selon nous, que doit être interprété l'article 2259 car, à notre avis, c'est le seul sens qui respecte à la fois la double règle des cinq (5) ans: la première relative à la responsabilité des architectes et entrepreneurs, la seconde relative au temps utile pour

and it is an interpretation which both protects the lay owner and does not harm the interests of construction professionals.

If the legislator had not enacted the second (2nd) paragraph of article 2259, a lay owner who discovers the loss, whole or partial, of his building after five (5) years, during which time professional experts are still responsible for it, whereas the first warning signs of the defect appeared within these five (5) years, could have brought an action for indemnity and been met by a plea of the professional experts based on the fact that the loss was known or became apparent when they were no longer responsible for their work.

This in our view is the reason why the legislator in this case, and only in this case, assumes that the loss became apparent to the layman on the fifth (5th) anniversary of completion of the work, and the starting point for calculating the time necessary for prescription is "the expiration of the five (5) years mentioned in article 1688".

In our opinion, the last sentence of article 2259 applies only in cases where the loss becomes apparent to the layman after five (5) years have expired from completion of the work, and the first indications of the defect have developed within these five (5) years.

Assuming that a bridge collapses in the second (2nd) year after completion of the work, and there was no prior indication of such a catastrophe, the owner in such a case would have five (5) years from the date of the collapse to bring an action for indemnity against the persons responsible for construction, whereas in the case given if we modify the way in which the defect appeared (gradually), the owner would have eight (8) years from the date of the collapse.

The Court feels that the legislator did not intend such a situation, for which in our view there is no logical or legal basis.

What, in the latter case, would be the interest of the owner in waiting to file his claim? Would construction professionals be liable for damage occasioned by the collapse in addition to that resulting from the loss? How could the Court distinguish the one from the other?

The law requires that a right of action arise out of the loss however the latter occurred. In our opinion, all that is necessary for the owner is knowledge of that loss, and once such knowledge is acquired, he must act quickly

intenter action, interprétation qui protège en même temps le propriétaire profane et ne préjudicie pas aux professionnels de la construction.

Si le Législateur n'avait pas édicté le deuxième (2<sup>e</sup>) alinéa de l'article 2259, le propriétaire profane qui constate la perte, totale ou partielle, de son édifice après cinq (5) années pendant lesquelles celui-ci est encore sous la responsabilité des professionnels alors que les premiers signes avant-coureurs du vice ont apparu à l'intérieur de ces cinq (5) ans, aurait pu voir opposer à son action en indemnité, un plaidoyer des professionnels basé sur le fait que la perte a été connue ou est devenue manifeste alors même qu'ils ne répondaient plus de leur œuvre.

Voilà, selon nous, la raison pour laquelle le Législateur dans ce cas, et dans ce cas seulement, suppose que la perte est devenue manifeste, aux yeux du profane, au jour du cinquième (5<sup>e</sup>) anniversaire de la fin des travaux et que le point de départ du calcul du temps nécessaire à la prescription est «l'expiration des cinq (5) années mentionnées à l'article 1688».

Quant à nous, la dernière phrase de l'article 2259 ne trouve son application que dans le cas où la perte devient manifeste, à l'œil profane, après l'expiration des cinq (5) années qui suivent la fin des travaux et que les premières manifestations du vice ont pris naissance à l'intérieur de celles-ci.

A supposer que la chute d'un pont survienne dans la deuxième (2<sup>e</sup>) année de la fin des travaux et qu'aucune manifestation ne pouvait laisser présager une telle catastrophe, le propriétaire, dans ce cas, aurait cinq (5) ans du jour de cette chute pour intenter une action en indemnité contre les responsables alors que si l'on modifie, dans l'hypothèse donnée, la façon dont le vice est apparu (de façon graduelle) le propriétaire aurait huit (8) ans de la chute.

Le Tribunal croit que le Législateur n'a pas voulu d'une telle situation qui, selon nous, ne reposerait sur aucune base logique et légale.

Quel est, dans ce dernier cas, l'intérêt du propriétaire à attendre pour produire sa réclamation? Les professionnels de la construction seraient-ils responsables des dommages occasionnés par la ruine en plus de ceux découlant de la perte? Comment le Tribunal pourrait-il distinguer les uns des autres?

La Loi veut que le droit d'action naisse dans la perte et ce, quelle que soit la façon dont celle-ci survient. Seule, selon nous, la connaissance de cette perte est nécessaire au propriétaire qui, dès cette connaissance

and promptly, must bring an action within five (5) years from the date of the loss.

Furthermore, this interpretation satisfies two (2) other rules applied by the legislator, namely that when a right of action arises, litigants must act promptly and the case must be submitted to the courts within a reasonable time, where no deadline has been set by law. Knowledge is the starting point for calculating the prescription period for Paulian actions, defamatory libel, redhibitory actions, and so on.

With all due respect for the opposite view, the Court cannot subscribe to the interpretation that every time a defect appears gradually, even if loss of the building has become apparent, the starting point of the time is the day after the fifth (5th) anniversary of completion of the work. In our opinion, the legislator did not, in protecting the owner, extend the deadline for expiry of the right, nor did he delay exercise of the right, which originates on the day the loss becomes known.

The proponents of this view, faced with the difficulty of determining when the loss was apparent or became apparent, the day on which the defect became apparent to the eyes of a lay owner (prescription is reckoned by days—article 2240 C.C.) considered that, in the second (2nd) paragraph of art. 2259, the legislator moved the starting point for the time limit on an action for indemnity.

The Court is instead of the view that the legislator left on the judges the heavy burden of weighing the evidence of knowledge and determining the time when the loss was apparent. This is also what the Court does whenever it has to decide a Paulian or redhibitory action, a defamatory libel, and so on.

Counsel for the *Fabrique* argued that this is a new interpretation, suggesting that it is contrary to precedent and academic opinion. This interpretation is indeed new, for to the best of my knowledge it is the first time it has been expressly formulated and discussed with supporting reasons, by any judge or writer, and adopted by two courts of law. It cannot therefore be said to be contrary to earlier precedent and academic opinion, which in general does not appear to have clearly considered either the possibility of a conflict between the first and second paragraphs of art. 2259 of the *Civil Code*, or a specific solution to this conflict as suggested

acquise, se doit d'agir avec célérité et promptitude, se doit d'intenter action dans les cinq (5) ans de la perte.

Cette interprétation d'ailleurs rencontre deux (2) autres principes qu'applique le Législateur savoir: lorsqu'un droit d'action est né, les justiciables doivent agir avec célérité et le litige doit être présenté aux Tribunaux dans un délai raisonnable lorsqu'aucun délai n'a été fixé par la loi.—La connaissance est le point de départ du calcul du temps utile à prescrire en matière d'action paulienne, libelle diffamatoire, action rédhitoire, etc.

Avec tout le respect pour l'opinion contraire, le Tribunal ne peut abonder dans le sens de l'interprétation qui veut qu'à chaque fois où il y a manifestation graduelle du vice, même si la perte de l'édifice est devenue manifeste, le point de départ du temps est au lendemain du jour du cinquième (5<sup>e</sup>) anniversaire de la fin des travaux. En protégeant le propriétaire le Législateur, selon nous, n'a pas étendu le délai de déchéance non plus qu'il n'a retardé l'exercice d'un droit qui prend naissance au jour de la perte connue.

Les tenants de cette école, devant la difficulté de déterminer le jour où la perte a été manifeste ou est devenue manifeste, le jour où le vice est devenu manifeste aux yeux du propriétaire profane, (la prescription se compte par jour. Article 2240 C.C.) ont cru que le Législateur, dans le deuxième (2<sup>e</sup>) alinéa de l'article 2259 avait déplacé le point de départ du calcul du délai de déchéance de l'action en indemnité.

Le Tribunal est plutôt d'opinion que le Législateur a laissé aux Juges le lourd fardeau d'apprécier la preuve de la connaissance et de déterminer le jour où la perte a été tenue pour manifeste. C'est d'ailleurs ce que le Tribunal fait chaque fois qu'il a à décider d'une action paulienne, rédhitoire, libelle diffamatoire, etc.

Les procureurs de la *Fabrique* ont plaidé que cette interprétation est nouvelle, laissant entendre par là qu'elle entre en conflit avec la jurisprudence et la doctrine. Cette interprétation est nouvelle en effet car, au meilleur de ma connaissance, c'est la première fois qu'elle est formulée, discutée et motivée par qui que ce soit, de façon explicite, juge ou auteur, et adoptée par deux cours de justice. On ne peut donc dire qu'elle soit contraire à la jurisprudence antérieure et à la doctrine qui, de façon générale, ne paraissent avoir clairement entrevu ni la possibilité d'un conflit entre le premier et le second alinéa de l'art. 2259 du *Code civil*, ni d'une

by Vallée J., a solution which would be discussed and then adopted or rejected.

Counsel for the *Fabrique* referred this Court to decisions and judgments such as *Laverdière v. Dorval*, [1955] Que. Q.B. 367, and *Construction St-Hilaire Ltée v. Michaud*, [1975] C.S. 651.

However, *Laverdière v. Dorval* and *Construction St-Hilaire Ltée v. Michaud* are cases in which the construction defect appeared gradually before expiry of the five years mentioned in art. 1688 of the *Civil Code* and led to a loss occurring after those five years, such that the application of the second paragraph of art. 2259 did not give rise to the same difficulties as the case at bar.

Counsel for the *Fabrique* also referred the Court to a passage from the opinion of Brossard J.A. in *Donolo Inc. v. St-Michel Realities Inc.*, [1971] C.A. 536, where after citing the second paragraph of art. 2259 of the *Civil Code* Brossard J.A., writing the unanimous judgment of the Court of Appeal, wrote at p. 543:

[TRANSLATION] In my opinion, these provisions mean that the right of action for which this article provides a prescription period commences to exist, within the five-year period following completion of the work, from the date on which a defect capable of leading to the complete or partial loss of the building begins to be apparent, and is only prescribed five years after the five-year period following completion of the work.

However, *Donolo Inc. v. St-Michel Realities Inc.* did not turn on prescription and, although this passage from the reasons of Brossard J.A. can perhaps be read as incompatible with the interpretation given to art. 2259 by the trial judge in the case at bar, it is clearly an *obiter dictum*.

*Hill-Clark-Francis Ltd. v. Northland Grocers (Quebec) Ltd.* (1940), 69 Que. K.B. 281, merits closer examination. The trial judge cited a passage from it which all parties relied on as supporting their case. The action concerned a warehouse completed in 1928 and subject to a soil defect which appeared gradually between 1929 and 1933, when access to the building was prohibited. In a unanimous judgment, the Court of Appeal held that the

solution spécifique à ce conflit comme celle qu'expose le juge Vallée, solution que l'on discuterait pour l'adopter ou l'écarter.

Les procureurs de la *Fabrique* nous ont référés à des arrêts et jugements tels *Laverdière c. Dorval*, [1955] B.R. 367, et *Construction St-Hilaire Ltée c. Michaud*, [1975] C.S. 651.

Mais *Laverdière c. Dorval* et *Construction St-Hilaire Ltée c. Michaud* sont des affaires où le vice de construction s'est manifesté graduellement avant l'expiration des cinq ans mentionnés dans l'art. 1688 du *Code civil* pour se solder par une perte survenue après ces cinq ans si bien que l'application du second alinéa de l'art. 2259 n'a pas donné lieu aux mêmes difficultés que la présente affaire.

Les procureurs de la *Fabrique* nous ont également cité un passage de l'opinion du juge Brossard dans *Donolo Inc. c. St-Michel Realities Inc.*, [1971] C.A. 536, où après avoir cité le second alinéa de l'art. 2259 du *Code civil* le juge Brossard, qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour d'appel, écrit à la p. 543:

Ces dispositions impliquent, à mon avis, que le droit d'action dont cet article prévoit la prescription commence à exister, en dedans de la période de cinq ans qui suit la fin des travaux, à compter de la date où le vice susceptible d'entraîner la perte totale ou partielle de l'édifice commence à se manifester et ne se prescrit alors que cinq ans après la période de cinq ans qui suit la fin des travaux.

Mais l'arrêt *Donolo Inc. c. St-Michel Realities Inc.* ne porte pas sur la prescription et, quoique ce passage des motifs du juge Brossard puisse peut-être se lire comme incompatible avec l'interprétation que le premier juge en l'espèce donne à l'art. 2259, il s'agit clairement d'un *obiter dictum*.

L'arrêt *Hill-Clark-Francis Ltd. c. Northland Grocers (Quebec) Ltd.* (1940), 69 B.R. 281, mérite d'être étudié de plus près. Le premier juge en cite un passage que toutes les parties invoquent en leur faveur. Il s'agissait dans cette affaire d'un entrepôt terminé en 1928 et affecté par un vice du sol qui s'était manifesté graduellement de 1929 à 1933 alors que l'accès à l'édifice a été condamné. Par un arrêt unanime, la Cour d'appel juge que l'action

action begun in 1936 was not prescribed. Bond J.A., writing the reasons of the Court, said at pp. 294-95:

As to the plea of prescription. It is true that art. 2259 C.C. fixes a prescriptive period of five years, but the starting point does not appear to be the completion of the building, but the date when the loss occurs. This article provides, that if the defect is one which is only gradually revealed, prescription shall begin to run from the expiration of the five years mentioned in art. 1688; and this latter article refers to a building perishing in whole or in part within five years.

It was only in 1933 that the building was condemned by the Town Engineer, though the defect leading up to this result had been gradually manifesting itself. I do not consider, therefore, that the starting point for the prescriptive period can be carried back farther than that year (1933), when the serious nature of the subsidence was first definitely established, and the action was instituted in 1936. The loss of the building consequently occurred within five years of its construction, and the action was instituted in 1936, that is to say, within five years from the happening of the loss.

As a result, the plea of prescription cannot avail.

Vallée J. observed that Bond J.A. [TRANSLATION] "seems" to have taken the loss as the starting point of prescription, although the defects appeared gradually. This is possible, but the point is not clear. In any event, in that case the year 1933 was both the time when the loss became apparent and when the deadline mentioned in art. 1688 expired. It therefore did not matter whether the first or the second paragraph of art. 2259 was applied: in either case, the plea of prescription would fail.

Indeed, this plea was withdrawn when the case was brought to this Court: *Hill-Clarke-Francis, Ltd. v. Northland Groceries (Quebec) Ltd.*, [1941] S.C.R. 437. Taschereau J., as he then was, wrote the unanimous reasons of the Court. He limited himself to observing, at pp. 443 and 446:

[TRANSLATION] There is no doubt that the building perished in part within five years from completion of the work. The latter was completed towards the end of 1928. The damage appeared in 1929, 1930, 1931, 1932, 1933 and so on.

intentée en 1936 n'est pas prescrite. Le juge Bond qui rédige les motifs de la Cour écrit aux pp. 294 et 295:

[TRADUCTION] Cela nous amène au plaidoyer de prescription. Il est vrai que l'art. 2259 C.C. fixe un délai de prescription de cinq ans, mais celui-ci paraît avoir pour point de départ non pas l'achèvement de l'édifice, mais la date de la perte. Suivant cet article, si le vice ne se manifeste que graduellement, la prescription commence à courir à l'expiration des cinq années mentionnées dans l'art. 1688 qui parle des édifices qui périssent en totalité ou en partie dans les cinq ans.

Ce n'est qu'en 1933 que l'ingénieur municipal a condamné l'édifice, bien que le vice motivant cette décision se soit manifesté graduellement. J'estime donc que le point de départ du délai de prescription ne remonte pas plus loin que 1933, année où la gravité de l'affaissement a été établie avec certitude, et l'instance a été engagée en 1936. Il s'ensuit que la perte de l'édifice a eu lieu dans les cinq années de sa construction et on a introduit l'action en 1936, c'est-à-dire dans les cinq années de la perte.

Par conséquent, le plaidoyer de prescription ne peut être retenu.

Le juge Vallée observe que le juge Bond «semble» avoir pris comme point de départ de la prescription la perte, quoique les vices se soient manifestés de façon graduelle. C'est possible mais ce n'est pas clair. Quoi qu'il en soit, dans cette affaire là, l'année 1933 était à la fois celle où la perte a été constatée et celle qui marquait l'expiration du délai mentionné dans l'art. 1688. Il n'importait donc pas que l'on applique le premier ou le second alinéa de l'art. 2259; dans les deux hypothèses, le plaidoyer de prescription devait échouer.

Ce plaidoyer fut d'ailleurs abandonné lorsque l'affaire fut portée devant cette Cour: *Hill-Clarke-Francis, Ltd. c. Northland Groceries (Quebec) Ltd.*, [1941] R.C.S. 437. Le juge Taschereau, qui n'était pas encore Juge en chef, rédige les motifs unanimes de cette Cour. Il se contente d'observer aux pp. 443 et 446:

Il n'y a pas de doute que l'édifice a péri en partie dans les cinq ans de la fin des travaux. Ceux-ci ont été terminés vers la fin de 1928. Les dommages se sont manifestés en 1929, 1930, 1931, 1932, 1933, etc.



A word on the question of prescription mentioned in the pleadings as the last line of defence. Counsel for the appellant properly withdrew this argument at the hearing, for it seems clear that at the time the action was brought, article 2259 C.C. could not be applied.

In my view this decision is not determinative, both because of the ambiguity of the reasons and the particular nature of the circumstances giving rise to the case.

Of all the writers who have commented on art. 2259 of the *Civil Code*, only one to my knowledge has expressly dealt with the specific question before this Court. This is Thérèse Rousseau-Houle, who examined the matter in detail in *Les contrats de construction en droit public et privé*, a text published in 1982 after the judgment of the Court of Appeal in the case at bar. At pages 394 to 397, in particular, she comments on the judgments of the Superior Court and of the Court of Appeal and adopts the interpretation given by Vallée J. to art. 2259 of the *Civil Code*. In her opinion, this interpretation is in accordance with academic opinion in Quebec in general and with precedent.

I have already indicated that earlier judicial authority does not seem to me to be conclusive on the point. I think that this is generally also true for academic opinion.

In his *Droit civil canadien*, v. 9, 1916, at p. 516, Mignault aptly observes with regard to the second paragraph of art. 2259:

[TRANSLATION] If, however, this defect is such that it is gradually revealed, so that it would be difficult to determine just when it first could have been noticed, the starting point for prescription is the expiry of ten years [reduced to five in 1927] after completion of the work.

In the *Traité de Droit civil du Québec*, v. 15, 1958, at p. 336, W. Rodys observes, like Mignault:

[TRANSLATION] The starting points for prescription are the time of the loss or the expiry of five years from completion of the work, depending on whether the loss could have been noticed at once, or whether the defects in construction or in the ground were only gradually revealed, so that it would be difficult to determine the time exactly.

Un mot de la question de prescription invoquée dans les plaidoiries comme dernier moyen de défense. Avec raison, le procureur de l'appelante y a renoncé lors de l'audience, car, il semble clair qu'au moment où l'action a été instituée, l'article 2259 C.C. ne pouvait trouver son application.

Cet arrêt, tant à cause de l'ambiguïté des motifs que du caractère particulier des circonstances qui ont donné naissance au litige, n'est à mon avis aucunement déterminant.

De tous les auteurs qui ont commenté l'art. 2259 du *Code civil*, un seul à ma connaissance s'est expressément concentré sur la question spécifique à laquelle il nous faut répondre. Il s'agit de Thérèse Rousseau-Houle. Elle étudie la question de façon détaillée dans *Les contrats de construction en droit public et privé*, ouvrage paru en 1982, après l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce. Aux pages 394 à 397, en particulier, elle commente le jugement de la Cour supérieure et l'arrêt de la Cour d'appel et fait sienne l'interprétation que le juge Vallée a donnée à l'art. 2259 du *Code civil*. À son avis, cette interprétation serait conforme à la doctrine québécoise, en général, ainsi qu'à la jurisprudence.

J'ai déjà laissé entendre que la jurisprudence ne me paraît pas concluante à ce sujet. Je pense qu'il en va généralement de même pour la doctrine.

Dans son *Droit civil canadien*, t. 9, 1916, p. 516, Mignault écrit à propos du second alinéa de l'art. 2259:

Si cependant ce vice est tel qu'il se manifeste graduellement, de sorte qu'il serait difficile de déterminer le temps où il a pu être découvert d'abord, le point de départ de la prescription est l'expiration des dix années [réduites à cinq en 1927] à compter de la fin des travaux.

Dans le *Traité de Droit civil du Québec*, t. 15, 1958, à la p. 336, W. Rodys s'exprime comme Mignault:

Les points de départ de la prescription sont: le temps de la perte ou l'expiration des cinq années depuis la fin des travaux, selon que la perte a pu être constatée d'un seul coup, ou que les vices de construction ou du sol ne s'étaient manifestés que graduellement, de sorte qu'il serait difficile d'en déterminer le temps.

I consider that these two writers do not purport to state the rule, but the reason which underlies it in most cases, although the rule applies in all cases covered by it.

In *The Joint and Several Responsibility of Architects, Engineers, and Builders*, 1955, W. S. Johnson commented on art. 2259 of the *Civil Code*, at pp. 190-91:

There are two possibilities:

1. The actual loss occurs within five years—from completion of the work, marked by delivery and acceptance. If so, the action must be brought within five years *from the date of the loss*. Assuming a loss at the end of the fourth year, for example, the action must be brought within five years of the loss.

2. Within the five years an actual loss may not occur, but there are indications of a possible defect that can end in an actual loss; the indications must be watched, the defect, if there be one, being only gradually revealed. Thus cracks may appear in a stone pier, and may be due to a more or less serious subsidence beginning.

In that case, the prescription of the possible action begins to run from the end of the first five-year period fixed by article 1688—the limit of the warranty. So that if a defect can be proved to have begun to reveal itself within five years from completion, it must have finally revealed itself as causing an actual loss, within the five years counting from the end of the five-year warranty of article 1688: and the action must be brought within the same five years. So that, again, there is a total prescriptive period of ten years from completion.

(My underlining.)

The interpretation suggested by this writer is, as formulated, in keeping with that adopted by Vallée J., although the writer does not provide further explanation.

On the other hand, in “The Responsibility of the Architect, Engineer and Builder”, (1963) 5 C. de D. 12, G. Challies, who was Associate Chief Justice of the Superior Court, said the following at p. 14:

Je crois que ces deux auteurs ne prétendent pas énoncer la règle mais plutôt la raison qui la motive dans la majorité des cas quoique la règle s'applique dans tous les cas qu'elle prévoit.

Dans *The Joint and Several Responsibility of Architects, Engineers, and Builders*, 1955, W.S. Johnson commente l'art. 2259 du *Code civil* aux pp. 190 et 191:

[TRADUCTION] Deux possibilités se présentent:

1. La perte a lieu dans les cinq ans de l'achèvement des travaux, la livraison et l'acceptation en constituant la preuve. Dans cette hypothèse, l'action doit être intentée dans les cinq ans *de la perte*. À supposer que la perte survienne à la fin de la quatrième année, par exemple, c'est à partir de ce moment-là que le délai commence à courir.

2. Il peut ne pas y avoir de perte véritable dans les cinq ans, mais des indices d'un vice qui risque d'aboutir à une perte peuvent se manifester; ces indices doivent être surveillés, car le vice, si vice il y a, ne se manifeste que graduellement. Ainsi, les lézardes qui peuvent apparaître dans une jetée de pierre sont peut-être attribuables au commencement d'un affaissement plus ou moins grave.

Dans ce cas, l'action qui pourra en découler se prescrit à compter de la fin du délai de cinq ans fixé par l'article 1688, ce qui constitue la durée de la garantie. Alors, si on peut prouver qu'un vice a commencé à se manifester dans les cinq ans de l'achèvement des travaux, ce vice doit avoir fini par causer une perte véritable dans les cinq ans de l'expiration de la garantie de cinq ans prévue à l'article 1688, et l'action doit être engagée dans ce même délai de cinq ans. Répétons donc qu'il y a une prescription totale de dix ans à partir de l'achèvement des travaux.

(C'est moi qui souligne.)

L'interprétation proposée par cet auteur est, dans sa formulation, en harmonie avec celle qui est adoptée par le juge Vallée, quoique l'auteur ne s'en explique pas autrement.

D'autre part, dans «The Responsibility of the Architect, Engineer and Builder», (1963) 5 C. de D. 12, G. Challies, qui fut Juge en chef adjoint de la Cour supérieure, s'exprime comme suit à la p. 14:

If perishing begins within five years (and this does not mean total loss must occur within that time) the action must be instituted within a varying time limit. If damage occurs all at once within five years the action must be taken within five years of loss. However, if loss only reveals itself gradually the action may be taken at any time within ten years of delivery.

Professor John W. Durnford, in an article titled "The liability of the builder, architect and engineer for perishing and other defects in construction", (1967) 2 R.J.T. 161, wrote at p. 175:

While the perishing must occur within five years of the delivery of the building (article 1688) for the architect and the builder to be liable, the action is not required to be taken within that same period. Article 2259 provides for a separate and distinct prescriptive period under which the action must be taken within five years *from the date of the loss*. The article continues by providing that should the defect be one which only gradually reveals itself, prescription begins to run from the expiration of the five year delay of article 1688, so that under such circumstances there is a total delay of ten years. It is to be noted that so long as the defect has manifested itself within the five year period of article 1688, it is not necessary that the actual perishing have occurred within that same period.

Professor Durnford added, however, at p. 176:

While the builder and architect will be liable for a perishing that occurs within five years, this does not mean that where a defect clearly reveals itself as one likely to lead to a perishing if left unattended that owner may simply watch it grow and do nothing about it until the point is reached where the building does collapse. He may find himself faced with a successful plea that the perishing was caused by his fault.

(It is important to note that, in the latter case, dismissal of the action would result not from prescription but from the absence of any causal link. The failure of the owner to mitigate his damage can also lead to reduction of the latter. This is what should happen in the case at bar, as we will see below.)

Finally, Professor Pierre Martineau states in his text *La prescription*, 1977, at pp. 278-79:

[TRADUCTION] Si l'édifice commence à périr dans les cinq ans (et il ne faut pas entendre par là que la perte doit survenir en totalité au cours de cette période), les délais de prescription applicables à l'action varient. Si le dommage arrive tout d'un coup dans les cinq ans, l'action doit être entamée dans les cinq ans de la perte. Toutefois, si la perte ne se manifeste que graduellement, l'instance peut être introduite à n'importe quel moment dans les dix ans de la livraison.

Quant au professeur John W. Durnford, dans un article intitulé «The liability of the builder, architect and engineer for perishing and other defects in construction», (1967) 2 R.J.T. 161, il écrit à la p. 175:

[TRADUCTION] Quoique l'édifice doive avoir péri dans les cinq ans de sa livraison (article 1688) pour que l'architecte et l'entrepreneur soient responsables, il n'est pas nécessaire que l'action soit intentée dans le même délai. L'article 2259 prévoit une prescription tout à fait distincte grâce à laquelle l'action doit être engagée dans les cinq ans *de la perte*. Il dispose en outre que, si le vice ne se manifeste que graduellement, la prescription commence à courir à l'expiration du délai de cinq ans établi par l'article 1688, de sorte qu'en de pareilles circonstances le délai total est de dix ans. Il est à noter que, pour peu que le vice se manifeste dans le délai de cinq ans prévu à l'article 1688, point n'est besoin que l'édifice périsse dans ce même délai.

Le professeur Durnford ajoute cependant à la p. 176:

[TRADUCTION] Bien que l'entrepreneur et l'architecte soient responsables si l'édifice périt dans les cinq ans, cela ne veut pas dire que, lorsqu'il est évident qu'un vice entraînera vraisemblablement la perte s'il n'est pas réparé, le propriétaire peut se contenter de regarder le vice s'aggraver et de ne rien y faire jusqu'à ce que l'édifice s'écroule. En effet, il pourrait alors se voir débouter parce que l'édifice a péri par sa faute.

(Il importe d'observer que, dans ce dernier cas, le rejet de l'action ne serait pas causé par la prescription mais par l'absence de lien de causalité. La négligence du propriétaire à minimiser ses dommages peut également entraîner la réduction de ceux-ci. C'est ce qui doit se produire en l'espèce, comme nous le verrons plus bas.)

Enfin, le professeur Pierre Martineau enseigne dans son ouvrage *La prescription*, 1977, aux pp. 278 et 279:

[TRANSLATION] Under article 2259 C.C., an action against the architect and contractor is prescribed after five years from loss of the building, which must itself occur within five years from completion of the work.

If the destruction occurs gradually and began within five years from completion of the work, but has not ended at the end of that period, the starting point of prescription is the expiry of this five-year period following completion of the work. The architect and contractor may accordingly be held liable for a maximum period of ten years after completion of the work.

(My underlining.)

This interpretation, like that of W. S. Johnson, in its conciseness seems to correspond with that of Vallée J., although the writer gives no further explanation than does W. S. Johnson.

The opinion of these writers is of considerable weight but as, on the question before the Court, it is ambiguous or unsupported by reasons, I think that, with respect, it is no more conclusive than the precedents.

Articles 1688 and 2259 of the *Civil Code* have been amended several times since 1866.

In 1866 they read as follows:

**1688.** If a building perish in whole or in part within ten years, from a defect in construction, or even from the unfavorable nature of the ground, the architect superintending the work, and the builder are jointly and severally liable for the loss.

**2259.** After ten years, architects and contractors are discharged from the warranty of the work they have done or directed.

In *Archambault v. Curé et marguilliers de la Paroisse de St-Charles de Lachenaie* (1902), 12 Que. K.B. 349, the Court of Appeal held—I quote the headnote:

[TRANSLATION] Prescription of the action against the contractor or architect, as a result of the total or partial loss of a building built by them within ten years, begins to run from the time the defect in construction or in the ground becomes apparent within the ten years, and this action continues to be available for thirty years from the time such defect became apparent.

In 1907, article 2259 was replaced by the following:

Aux termes de l'article 2259 C.C., l'action contre l'architecte et l'entrepreneur se prescrit par cinq ans à compter de la perte de l'édifice, laquelle doit elle-même survenir dans les cinq ans de la fin des travaux.

*a* Si la destruction s'opère graduellement et qu'elle a commencé à se faire dans les cinq ans de la fin des travaux sans toutefois être complétée à la fin de cette période, le point de départ de la prescription est l'expiration de cette période de cinq ans consécutive à la fin des travaux. L'architecte et l'entrepreneur peuvent donc être poursuivis en responsabilité dans un délai maximum de dix ans depuis la fin des travaux.

(C'est moi qui souligne.)

*c* Comme celle de W.S. Johnson, cette interprétation paraît rejoindre, dans sa concision, celle du juge Vallée, quoique l'auteur ne s'en explique pas plus que W.S. Johnson.

*d* L'opinion de ces auteurs est d'un poids considérable mais comme, sur la question qui nous intéresse, elle est soit ambiguë, soit non motivée, je pense, soit dit avec égard, qu'elle n'est pas plus concluante que la jurisprudence.

*e* Les articles 1688 et 2259 du *Code civil* ont été plusieurs fois modifiés depuis 1866.

Voici ce qu'ils prescrivait en 1866:

*f* **1688.** Si l'édifice périt en tout ou en partie dans les dix ans, par le vice de la construction ou même par le vice du sol, l'architecte qui surveille l'ouvrage et l'entrepreneur sont responsables de la perte conjointement et solidairement.

*g* **2259.** Après dix ans, les architectes et entrepreneurs sont déchargés de la garantie des ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés.

*h* Dans *Archambault c. Curé et marguilliers de la Paroisse de St-Charles de Lachenaie* (1902), 12 B.R. 349, la Cour d'appel décide,—je cite le sommaire:

*i* La prescription de l'action contre l'entrepreneur ou l'architecte, à raison de la perte totale ou partielle, dans les dix ans de l'édifice construit par eux, a pour point de départ la manifestation, dans les dix ans, du vice de construction ou de celui du sol, et cette action dure pendant trente ans à compter de la manifestation de tel vice.

*j* En 1907, l'article 2259 est remplacé par le suivant:

2259. The action for indemnity under article 1688 must be taken within ten years from the date of the loss.

If, however, the defect is one which is only gradually revealed, prescription shall begin to run from the expiration of the ten years mentioned in article 1688.

S.Q. 1907, c. 55, s. 1.

Finally, in 1927 the ten-year periods of arts. 1688 and 2259 were shortened to five years, and these two articles then assumed their present form: 1927 (Que.), c. 68, ss. 1 and 2.

I do not consider that this legislative history throws any light on the matter, which this Court must decide without its aid, as without the aid of precedent and academic opinion.

The interpretation which Vallée J. gives to art. 2259 of the *Civil Code* is at first sight an attractive one: it is based, first, on the general principles of prescription according to which the starting point of prescription is the time a loss occurs or the time the victim becomes aware of it; second, it makes it possible to avoid the anomalies which a contrary opinion might produce in particular cases, as in the example given by the trial judge, of a bridge collapsing two years after its construction but after the construction defect leading to such loss had been gradually revealed.

Nonetheless, this interpretation is subject to insurmountable obstacles.

The first of these is the actual wording of art. 2259 of the *Civil Code*, the language of which is clear and contains no ambiguity. It is a mistake to resort to interpretation at the expense of the actual wording:

[TRANSLATION] . . . when a statute is clear, when a text is precise, when a contract (a judicial contract in this case) is not open to any uncertainty, the Court should not disregard the letter of it on the pretext of understanding the spirit.

(Sir François Lemieux C.J., in *Lemarié v. Corporation de Sainte-Angèle* (1920), 26 R. de J. 317, at p. 328.)

The trial judge distinguishes the case in which a defect, which appears gradually, leads to a loss which occurs within five years of receipt or com-

2259. L'action en indemnité en vertu de l'article 1688 doit être introduite dans les dix ans de la perte.

Si cependant le vice en est un qui se manifeste graduellement, la prescription commence à courir à l'expiration des dix années mentionnées dans l'article 1688.

L.Q. 1907, chap. 55, art. 1.

Enfin, en 1927, les délais de dix ans des art. 1688 et 2259 furent raccourcis à cinq ans, ces deux articles prenant alors leur forme actuelle: 1927 (Qué.), chap. 68, art. 1 et 2.

Je ne crois pas que cette histoire législative jette grand lumière sur la question qu'il nous faut donc trancher sans son aide, comme sans l'aide de la jurisprudence et de la doctrine.

L'interprétation que le juge Vallée donne à l'art. 2259 du *Code civil* est à première vue séduisante pour l'esprit: elle se fonde, d'une part, sur les principes généraux de la prescription selon lesquels le point de départ de la prescription est le moment du préjudice ou celui de la connaissance qu'en acquiert la victime; elle permet, d'autre part, d'éviter des anomalies qu'une opinion contraire pourrait produire dans des cas particuliers, comme dans l'exemple donné par le premier juge, d'un pont qui s'écroulerait deux ans après sa construction mais après que le vice de construction entraînant cette perte se serait manifesté graduellement.

Cette interprétation se heurte néanmoins à des obstacles insurmontables.

Le premier obstacle, c'est le texte même de l'art. 2259 du *Code civil*, dont les termes sont clairs et ne comportent aucune ambiguïté. C'est une erreur d'avoir recours à l'interprétation pour s'écarter de sa lettre:

. . . quand une loi est claire, qu'un texte est précis, qu'un contrat (ici, c'est un contrat judiciaire) ne prête à aucune équivoque, il ne faut pas en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit.

(Sir François Lemieux, Juge en chef dans *Lemarié c. Corporation de Sainte-Angèle* (1920), 26 R. de J. 317, à la p. 328.)

Le premier juge distingue le cas où le vice qui se manifeste graduellement se solde par une perte qui a lieu en deçà des cinq ans de la réception ou de la

pletion of the work from that in which the defect leads to a loss which occurs after the expiry of five years from receipt or completion of the work. This is a distinction which art. 2259 does not make, and it is not the function of the courts to make a distinction where the law makes none.

Additionally, [TRANSLATION] "a court may not in performing its task of interpretation add to the statute terms not implicit therein": Professor Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 1982, at p. 247. By her distinction and interpretation the trial judge is adding, after the word "gradually" in the second paragraph of art. 2259, some terms such as "but without the loss becoming manifest before the expiry of the five years mentioned in article 1688". In my view, these terms are not implicit in the text.

The trial judge thus makes the application of the second paragraph of art. 2259 depend on two conditions, first the gradual appearance of the defect, and second, a loss occurring after the expiry of five years from receipt or completion of the work. The second paragraph of that article prescribes only one condition for its application: the defect must be one which is gradually revealed.

In adopting article 2259 in its present form, the legislator expressly and clearly indicated his intention in respect of all defects which are gradually revealed, regardless of the day when the loss becomes certain: in all such cases, prescription begins to run at the expiry of the five years mentioned in art. 1688.

The trial judge resorted to interpretation to get around the letter of the provision in order to avoid an anomaly that can in fact occur in particular cases. However, it should be remembered that the provision applies to the majority of cases. The interpretation adopted by the trial judge runs the risk of producing other serious difficulties which the legislator specifically wished to avoid, and it is in conflict with the purposes he was trying to achieve. This is another major obstacle to the interpretation suggested by the trial judge.

As the trial judge acknowledged, the interpretation she adopted would place on the courts [TRANSLATION] "the heavy burden" of determin-

fin des travaux, de celui où ce vice se solde par une perte qui se produit après l'expiration des cinq années de la réception ou de la fin des travaux. C'est là une distinction que l'art. 2259 ne fait pas, et il n'appartient pas aux tribunaux de distinguer là où la loi ne distingue pas.

Au surplus, «un tribunal ne peut, dans sa tâche d'interprétation, ajouter à la loi des termes qui n'y sont pas implicites»: le professeur Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 1982, à la p. 247. Par sa distinction et son interprétation, le premier juge ajoute, après le mot «graduellement» du second alinéa de l'art. 2259, des termes comme «sans toutefois que la perte soit devenue manifeste avant l'expiration des cinq années mentionnées à l'article 1688». À mon avis, il ne s'agit pas là de termes implicites.

Le premier juge fait ainsi dépendre l'application du second alinéa de l'art. 2259 de deux conditions, la manifestation graduelle du vice d'une part et, d'autre part, la survenance de la perte après l'expiration des cinq années de la réception ou de la fin des travaux. Or le second alinéa de cet article ne prescrit qu'une condition à son application: le vice doit en être un qui se manifeste graduellement.

En adoptant l'article 2259 sous sa forme actuelle, le législateur a explicitement et clairement affirmé sa volonté à l'égard de tous les vices qui se manifestent graduellement, sans égard au jour où la perte devient certaine: dans tous ces cas, la prescription commence à courir à l'expiration des cinq années mentionnées dans l'art. 1688.

Si le premier juge a eu recours à l'interprétation pour s'écarter de la lettre de la disposition, c'est pour éviter une anomalie qui peut effectivement se produire dans des cas particuliers. Mais il faut se rappeler que la disposition vise la majorité des cas. Or l'interprétation adoptée par le premier juge risque de produire d'autres inconvénients graves que justement je pense le législateur a voulu éviter et elle va à l'encontre des buts qu'il poursuit. C'est là l'autre obstacle majeur à l'interprétation proposée par le premier juge.

Comme le premier juge le reconnaît, l'interprétation qu'il adopte imposerait aux tribunaux «le lourd fardeau» de déterminer avec précision, et

ing exactly—and in some cases almost to the day, since prescription is counted in days—the time when a defect which began appearing gradually resulted in a loss that had become obvious, or should have been obvious, to the owner.

If such a burden is a heavy one for the court, which usually is assisted by expert witnesses called by all the parties or appointed *ex officio*, and which has the unique advantage of knowing, months and even years after they occurred, the circumstances giving rise to the case and their evolution, this burden is in most cases unbearable for an owner who does not yet know how events are developing or how they will conclude. The owner is a layman. He has hired construction experts or professionals in whom he places his confidence. Noticing construction defects which get progressively worse, he is often unaware for some lengthy time whether these simply represent bad workmanship of a minor nature or are defects which can lead to a partial or complete loss. If he is cautious, and if the trial judge were correct, he should withdraw his confidence from his construction experts or professionals and sue them before he otherwise might, for fear that a court would find *a posteriori* that even a partial loss should have been evident to him at an earlier date and that the prescription period has now elapsed.

In other words, the interpretation adopted by the trial judge allows a court which later hears the case to draw conclusions the practical effect of which, considered subjectively from the standpoint of an owner who does not know the future, risks retroactively reducing the prescription period which he is given by law. This risk will encourage an owner to bring proceedings well before expiry of the time to which he is entitled and which will perhaps be premature. This interpretation also establishes a rule which is uncertain in its application, likely to encourage litigation and to make the resolution of cases difficult.

It seems to me that these are consequences which the legislator specifically sought to avoid by setting the starting point of prescription as exactly as possible in all cases where the construction defect is one which is gradually revealed.

dans certains cas à un jour près, puisque la prescription se compte par jour, le moment où un vice qui a commencé à se manifester graduellement s'est soldé par une perte devenue évidente ou qui aurait dû paraître évidente au propriétaire.

Si le fardeau est lourd pour le tribunal, qui est le plus souvent assisté d'experts appelés par toutes les parties ou désignés d'office et qui a l'avantage unique de prendre connaissance, des mois et même des années après qu'elles se sont produites, des circonstances qui ont donné naissance au litige et de leur évolution, ce fardeau est, dans la majorité des cas, insupportable pour le propriétaire qui ne connaît encore ni le déroulement ni la conclusion des événements. Ce propriétaire est un profane. Il a engagé des experts ou professionnels de la construction auxquels il fait confiance. Constatant des défauts de construction qui vont en s'aggravant, il ignore souvent durant une période de temps prolongée s'il s'agit de simples malfaçons ou de vices susceptibles de produire une perte partielle ou complète. S'il est prudent et si le premier juge a raison, il devrait retirer sa confiance à ses experts ou professionnels de la construction et les poursuivre plus tôt qu'il ne le ferait autrement, de crainte qu'un tribunal ne vienne déclarer à posteriori qu'une perte, même partielle, aurait dû devenir évidente pour lui à une date antérieure et que le délai de prescription est maintenant écoulé.

En d'autres termes, l'interprétation retenue par le premier juge habilite le tribunal qui sera plus tard saisi du litige à tirer des conclusions dont l'effet pratique, considéré du point de vue subjectif du propriétaire qui ne connaît pas l'avenir, risque de réduire rétroactivement le délai de prescription qui lui est accordé par la loi. Ce risque incitera le propriétaire à intenter des procédures bien avant l'expiration du délai auquel il a droit, et peut-être des procédures prématurées. Cette interprétation établit aussi une règle d'application incertaine, de nature à encourager les litiges et à rendre leur solution difficile.

Il me paraît que ce sont là des conséquences que le législateur a justement voulu éviter en fixant de façon aussi précise que possible le point de départ de la prescription pour tous les cas où le vice de construction en est un qui se manifeste graduellement.

Further, and most importantly, the interpretation adopted by the trial judge should in my opinion be rejected in favour of the literal meaning, for in most cases it will place at a disadvantage a lay owner whom, because of his lack of expertise, the second paragraph of art. 2259 is precisely designed to protect.

If the owner delays in taking action but still does so within the prescription deadlines prescribed by law, his negligence clearly cannot have the effect of imposing on the architect, the engineer and the contractor liability for a total ruin or loss rather than a partial loss: his negligence will be penalized by a reduction of the quantum of the damages, or even, in some cases, as Professor Durnford notes, by the dismissal of his action for the lack of any causal link between the loss and the acts of the architect, engineer and contractor. Measurement of the damages which the owner thus neglected to mitigate may sometimes be difficult to establish, but the task is not impossible. As we shall see below, the Court of Appeal in fact reduced the damages sustained by the *Fabrique* on this ground.

I think it is advisable before concluding this subject to refer to *Hôpital Laval Ltée v. Roberge*, [1942] C.S. 166. In that case, according to the allegations of the statement of claim—which must be taken as proven for it was an inscription in law—the building in question had been received by the owner on November 10, 1931. Construction defects began gradually appearing during 1933. The contractor then made certain repairs, but these proved to be insufficient. The building continued deteriorating between 1936 and 1939, requiring the owner to undertake repair work in 1936, 1937, 1938 and 1939. The owner sued the contractor's surety to claim the cost of this work. Its action was served on February 17, 1941. Defendant pleaded prescription, and in particular prescription of a part of the action claiming the reimbursement of expenditures made by the owner in 1933. This plea was dismissed by Prévost J., who after citing art. 2259 and referring to art. 1688, wrote (at p. 176):

Au surplus et surtout, l'interprétation adoptée par le premier juge doit à mon sens être écartée au profit du sens littéral car, dans l'ensemble des cas, elle défavorise le propriétaire profane qu'à cause de son manque d'expertise le second alinéa de l'art. 2259 a précisément pour but de protéger.

Si le propriétaire tarde à prendre action mais qu'il la prend néanmoins en deçà des délais de prescription prévus par la loi, sa négligence ne pourra évidemment pas avoir pour conséquence d'imposer à l'architecte, à l'ingénieur et à l'entrepreneur la responsabilité d'une ruine ou perte totale plutôt que d'une perte partielle: sa négligence sera sanctionnée par une réduction du quantum des dommages ou peut-être même en certains cas, comme l'écrit le professeur Durnford, par le rejet de son action, faute de lien de causalité entre la perte et les actes de l'architecte, de l'ingénieur et de l'entrepreneur. La mesure des dommages que le propriétaire a pu ainsi négliger de minimiser peut parfois être difficile à établir mais ce n'est pas une tâche impossible. Comme nous le verrons plus bas, la Cour d'appel a effectivement réduit pour ce motif, les dommages subis par la *Fabrique*.

Il me paraît utile avant de conclure ce chapitre, de référer à l'affaire *Hôpital Laval Ltée c. Roberge*, [1942] C.S. 166. Dans cette affaire-là, selon les allégations de la déclaration qu'il faut tenir pour avérées car c'est une inscription en droit, il s'agit d'un édifice reçu par le propriétaire le 10 novembre 1931. Au cours de l'année 1933, des vices de construction commencent à se manifester de façon graduelle. L'entrepreneur effectue alors certaines réparations qui s'avèrent cependant insuffisantes. L'édifice continue de se détériorer de 1936 à 1939, obligeant le propriétaire à effectuer des travaux de réparation en 1936, 1937, 1938 et 1939. C'est pour réclamer le coût de ces travaux que le propriétaire poursuit la caution de l'entrepreneur. Son action est signifiée le 17 février 1941. Le défendeur plaide prescription et plus particulièrement, prescription d'une partie de l'action qui réclame le remboursement de dépenses effectuées par le propriétaire en 1933. Ce plaidoyer est rejeté par le juge Prévost qui, après avoir cité l'art. 2259 et s'être référé à l'art. 1688 écrit (à la p. 176):



[TRANSLATION] It is admitted that in the case at bar the work was received on November 10, 1931.

If, as plaintiff alleged in its action, there was a partial loss of the work due to construction defects that were gradually revealed, the combined effect of articles 1688 and 2259 is that its action for indemnity could validly be brought within ten years from delivery of the building (Mignault, *Droit civil* (1916) v. 9, p. 516).

The action was served on defendant on January 17, 1941, and the prescription period did not expire until November 10, 1941. It is therefore not prescribed.

Defendant asked that the Court strike from the action the first item of \$1,520.45, the cost of repairs carried out in 1933, when the construction defects appeared for the first time. He argued that this item of the claim was prescribed after five years, namely in 1938.

If the loss had stopped there, he would be correct; but in May 1936 (and so within the art. 1688 deadline), the same construction defects led to new losses, which necessitated further repairs in 1936 and 1937, thus increasing the damage to plaintiff. The latter could not bring several actions for indemnity. The law gives it only one, but it provides that if the construction defects are gradually revealed, the prescription period shall not be computed from the time of the loss, but from expiry of the time stated in art. 1688.

This first item therefore is not prescribed.

It can be seen that, unlike Vallée J. in the case at bar, Prévost J. gives priority to the "gradual appearance" rule, and applies the second paragraph of art. 2259, which allows plaintiff to sue within ten years for all the damage sustained as a result of construction defects.

It can be assumed that the loss sustained in 1933, though still partial, had become apparent: Prévost J. characterizes it as a loss and the contractor had complied with a notice to repair it.

According to the interpretation of the trial judge in the case at bar, the claim for damages suffered in 1933 in *Hôpital Laval Ltée v. Roberge* would appear to have been prescribed, as the defendant argued. I consider that Prévost J. correctly

Il est admis que dans le présent cas, les travaux ont été reçus le 10 novembre 1931.

Si, comme la demanderesse l'allègue dans son action, il y a eu perte partielle des ouvrages à raison de vices de construction qui se sont manifestés graduellement, il résulte de la combinaison des deux articles 1688 et 2259, que son action en indemnité pouvait être instituée utilement dans les dix ans de la livraison de l'édifice. (Mignault, *Droit civil* (1916) t. 9, p. 516.)

L'action a été signifiée au défendeur le 17 janvier 1941, alors que le délai de la prescription ne devait expirer que le 10 novembre 1941. Elle n'est donc pas prescrite.

Le défendeur demande de rejeter de l'action le premier item de \$1520.45, coût des réparations effectuées en 1933, lorsque des vices de construction se sont manifestés pour la première fois. Il soutient que ce chef de réclamation est devenu prescrit cinq ans après, soit en 1938.

Si la perte s'était arrêtée là, il aurait raison; mais au mois de mai 1936 (par conséquent dans le délai de l'art. 1688), les mêmes vices de construction se sont manifestés par de nouvelles pertes, qui ont nécessité des réparations additionnelles en 1936 et 1937, augmentant ainsi les dommages de la demanderesse. Celle-ci ne pouvait exercer plusieurs actions en indemnité. La loi ne lui en donne qu'une, mais elle prévoit que si les vices de construction se manifestent graduellement, le délai de prescription ne se computera pas à compter de la perte, mais à compter de l'expiration du délai de l'art. 1688.

Ce premier item n'est donc pas prescrit.

On constate que, contrairement au juge Vallée en la présente affaire, le juge Prévost donne priorité au critère «manifestation graduelle» de façon à appliquer le second alinéa de l'art. 2259 qui permet au demandeur de poursuivre, dans les dix ans, pour le dommage entier subi à la suite de vices de construction.

On peut présumer que la perte subie en 1933, quoique encore partielle, était devenue manifeste: le juge Prévost la qualifie de perte et l'entrepreneur avait obéi à une mise en demeure de la réparer.

Selon l'interprétation du premier juge dans la présente affaire, la réclamation des dommages subis en 1933 dans *Hôpital Laval Ltée c. Roberge* aurait semble-t-il été prescrite comme le défendeur le soutenait. C'est à juste titre je pense que le juge

rejected this argument, whether or not plaintiff could have brought several actions for indemnity.

The circumstances of *Hôpital Laval Ltée v. Roberge* are far from unusual. It is very difficult to apply art. 2259 to them if it means what the trial judge said it means in the case at bar, and they illustrate the complications and uncertainty which her interpretation may produce.

#### VI—Liability of Engineers

The *Engineers* made two arguments which are peculiar to them.

First, no contract existed between the *Fabrique* and themselves: they argued that they simply received instructions from the *Architect* to prepare structural plans, which according to the majority decision of the Court of Appeal were in no way at fault.

Second, they argued that the evidence did not show that the *Engineers* were responsible for supervising the work. This was the responsibility of the *Architect*. Accordingly, it is art. 1689 of the *Civil Code*, not art. 1688, which applies to the *Engineers* in such a case, and they are only responsible for defects or errors in the plan which they provided. (The professions of architect and engineer were formerly the same, and although engineers are not mentioned in arts. 1688 and 1689, the two professions are now treated together for the purposes of these provisions: W. S. Johnson, *supra*, pp. 11 to 28; G. Challies, *supra*, p. 13; Durnford, *supra*, p. 170; *Canadian Electric Light Co. v. Pringle* (1920), 29 Que. K.B. 26.)

A majority of the Court of Appeal held that there was a direct contract between the *Engineers* and the *Fabrique*. In the opinion of Monet J.A., no such contract existed. I do not have to decide the point: the liability imposed on the architect and the engineer by arts. 1688 and 1689 is a liability established by law, which does not in any way depend on a contract. For an engineer to be held liable, it is sufficient that he should have in fact acted as engineer, regardless of any contract, and he cannot avoid liability to the owner by establishing that he committed no fault or that the loss is wholly or partly caused by the fault of the archi-

Prévost a rejeté ce moyen, que la demanderesse ait pu ou non exercer plusieurs actions en indemnité.

Les circonstances de l'affaire *Hôpital Laval Ltée c. Roberge* sont loin d'être inusitées. Il est fort difficile de leur appliquer l'art. 2259 s'il a le sens que lui donne le premier juge dans la présente affaire et elles illustrent les complications et l'incertitude que son interprétation peut entraîner.

#### b VI—La responsabilité des Ingénieurs

Les *Ingénieurs* soulèvent deux moyens qui leur sont particuliers.

c D'une part, il n'existerait aucun contrat entre la *Fabrique* et eux: ils auraient tout simplement reçu de l'*Architecte* le mandat de préparer les plans de charpente lesquels, selon l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel, ne seraient aucunement fautifs.

D'autre part, la preuve ne révélerait pas que les *Ingénieurs* avaient la surveillance des travaux. Celle-ci incombait à l'*Architecte*. C'est donc l'article 1689 du *Code civil* et non pas l'art. 1688 qui s'applique dans un tel cas aux *Ingénieurs* et ils ne sont responsables que des défauts ou erreurs du plan qu'ils ont fourni. (La profession d'architecte et celle d'ingénieur ne faisaient qu'une autrefois et, quoique l'ingénieur ne soit pas mentionné dans les art. 1688 et 1689, les deux professions sont maintenant assimilées l'une à l'autre pour les fins de ces dispositions: W.S. Johnson, précité, pp. 11 à 28; G. Challies, précité, p. 13; Durnford, précité, p. 170; *Canadian Electric Light Co. v. Pringle* (1920), 29 B.R. 26.)

La majorité en Cour d'appel juge qu'il y avait un contrat direct entre les *Ingénieurs* et la *Fabrique*. Le juge Monet est d'opinion qu'il n'y en avait pas. Je n'ai pas à en décider: la responsabilité imposée par les art. 1688 et 1689 à l'architecte et à l'ingénieur est une responsabilité établie par la loi et qui ne dépend aucunement d'un contrat. Pour que la responsabilité de l'ingénieur soit engagée, il faut mais il suffit qu'il ait effectivement agi comme ingénieur, abstraction faite de tout contrat, et il ne peut s'en dégager vis-à-vis le propriétaire ne prouvant qu'il n'a commis aucune faute ou que la perte est entièrement ou partiellement causée

tect or the contractor. In the case at bar, the *Engineers* did not dispute that they acted as such with respect to the Saint-Philippe d'Arvida church.

The question of whether the *Engineers* participated in supervision of the work was not mentioned by the Court of Appeal or the Superior Court, which did not have to decide the point. However, the evidence entered in the record shows that the *Engineers* in fact participated in supervision of the work, under [TRANSLATION] "the general direction of the architect".

The record does not contain the text of any direct contract between the *Fabrique* and the *Engineers*; but it contains the text of the contract concluded between the *Contractor* and the *Fabrique*. In the plans and specifications of that contract, there are elaborate specifications relating to the *Engineers* and their functions.

Among the definitions complementing the general conditions, there is that of [TRANSLATION] "structural engineer: Dauphinois & Bélanger, 582 boulevard Lamarche, Chicoutimi". There are also the following provisions:

[TRANSLATION]

<u>Concrete and steel</u>	
(a) Excavations, foundations, all concrete, reinforced or otherwise, and structural steel. (b) All work affecting foundations or structure.  COFFERING: . . . . . At each pouring, and as often as required: (a) Conduct a slump test, with test cones according to instructions. (b) Take 4 samples for compression tests. Cylinders 4" in diameter by 12" high. Pack in boxes of damp sawdust and submit to approved laboratory, which will send the results to the engineer promptly.  The first pouring will only be authorized after test materials have been checked. After structure is erected, conduct load tests if required by engineer.	Responsibility of engineer.       Tests and samples.

par la faute de l'architecte ou de l'entrepreneur. Or en l'espèce, les *Ingénieurs* ne contestent pas qu'ils aient agi en cette qualité relativement à l'église Saint-Philippe d'Arvida.

<sup>a</sup> Quant à la question de savoir si les *Ingénieurs* ont participé à la surveillance des travaux, elle ne fait l'objet d'aucun commentaire de la part de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure qui n'avaient pas à en décider. Mais la preuve versée au dossier démontre que les *Ingénieurs* ont effectivement participé à la surveillance des travaux sous «la supervision générale de l'architecte».

<sup>c</sup> Le dossier ne contient le texte d'aucun contrat écrit entre la *Fabrique* et les *Ingénieurs*. Mais il contient le texte du contrat conclu entre l'*Entrepreneur* et la *Fabrique*. Or ce contrat suivant plans et devis comporte des devis élaborés relatifs aux *Ingénieurs* et à leurs attributions.

Parmi les définitions des compléments aux conditions générales, on trouve celle de l'«ingénieur en charpente»: «Dauphinois & Bélanger, 582, boulevard Lamarche, Chicoutimi». On trouve également les dispositions suivantes:

<u>Béton et acier</u>	
(a) Excavations, fondations, tout le béton, armé ou non, et l'acier de structure.  (b) Tout le travail pouvant affecter les fondations ou la charpente.  COFFRAGES: . . . . . Faire à chaque coulée, et aussi souvent qu'exigé: (a) Un essai d'affaissement (slump test), avec cône d'essais selon instructions. (b) 4 prélèvements d'échantillons pour essais de compression. Cylindres de 4" de diamètre par 12" de hauteur. Empaqueter dans des boîtes de bran de scie humide et expédier à un laboratoire approuvé, qui enverra les résultats à l'ingénieur sans délai.  On n'autorisera la première coulée qu'après vérification du matériel d'essais.  Après l'érection de la charpente, faire des essais de chargements si l'ingénieur l'exige.	Compétence de l'ingénieur.       Essais et prélèvements.

(a) . . .	COFFERING.	a) . . .	COFFRAGES.
(b) . . .		b) . . .	
(c) . . .		c) . . .	
(d) Before reinforcing, have work inspected. Do not contact engineer at the last minute. Keep him informed so that he can schedule inspection date. Re-work, correct and repair to his satisfaction.		d) Avant le ferrailage, faire inspecter. <i>a</i> Éviter de prévenir l'ingénieur à la dernière minute. Le tenir au courant, pour qu'il prévoie la date de l'inspection. Reprendre, redresser, réparer, à sa satisfaction.	
(e) . . .		<i>b e)</i> . . .	
(a) . . .	STEEL.	a) . . .	ACIER.
(b) Order structural steel from a specialized and approved company, which will erect it on-site itself. Prepare, under engineer's direction, concrete bases and starting level for columns and steel girders. For structure and reinforcement, use qualified layers under direction of approved expert. If the engineer finds incompetence or negligence during the work he will change the crew and have the work done over.		b) Commander l'acier de structure d'une compagnie spécialisée et approuvée, qui l'érigera sur place elle-même. Préparer sous direction de l'ingénieur les bases de béton et niveau de départ des colonnes et poutrelles d'acier. <i>c</i> Pour structure et armature, employer des poseurs qualifiés sous la direction d'un expert approuvé. Au cours des travaux, si l'ingénieur découvre incompetence ou négligence il changera l'équipe et fera reprendre l'ouvrage. <i>d</i>	
(c) . . .		c) . . .	
(d) . . .		d) . . .	
(e) . . .		<i>e</i> e) . . .	
(f) In all sections of the work, complete laying and have it approved and inspected before concrete work is done. Inform engineer 24 hours in advance, giving him all the necessary time and co-operation.		f) Dans toute section de l'ouvrage, compléter la pose et la faire approuver et inspecter avant le bétonnage. Avertir l'ingénieur 24 heures à l'avance, lui donner tout le temps et la coopération nécessaires. <i>f</i>	
(g) . . .		g) . . .	
(a) Regard engineer as a necessary adviser and consult him when needed. All concrete work is his responsibility, under the general direction of the architect. Submit all details of work to him, follow his directions on conduct of work, competence of workers, quality of materials and all related matters.	CONCRETE	a) Considérer l'ingénieur comme un conseiller nécessaire et le consulter au besoin. Sous supervision générale de l'architecte, tous les travaux de béton relèvent de son autorité et de sa compétence. Lui soumettre tous les détails de l'ouvrage, se conformer à ses injonctions sur la conduite des travaux, la compétence de la main-d'œuvre, la qualité des matériaux et tout ce qui s'y rapporte. <i>g</i> <i>h</i>	BETONNAGE.
Keeping coffering in place until concrete has solidified. Await authorization before removing props or supports, otherwise contractor will be solely liable for damage, even if other factors are involved.	COFFERING REMOVAL.	<i>i</i>	DECOFFRAGE.
If concrete work has to be stopped before completing a floor, wall and so on, consult to know where and how to make join.	RECLAIMING BED.	<i>j</i>	LITS DE REPRISE.
		S'il était nécessaire d'arrêter le bétonnage avant la terminaison d'un plancher, d'un mur, etc . . . consulter pour savoir où et comment faire le joint.	

As already indicated, these specifications form part of the contract concluded between the *Contractor* and the *Fabrique*, and there is nothing in the evidence to suggest that the *Engineers* or the *Architect* were subject to specifications differing in any material particular. These specifications clearly indicate that the *Engineers* in fact participated in supervision of the work [TRANSLATION] "under the general direction of the architect".

These inferences are borne out by the minutes of a meeting of the ordinary office of the Fabrique de la Paroisse de Saint-Philippe d'Arvida, dated September 10, 1963, after the work had begun, which appointed Mr. Roland Tremblay project supervisor on behalf of the *Fabrique*:

[TRANSLATION] The meeting was told by Mr. Roland Huot that, as supervising churchwarden, submissions had been made to him regarding the need for the Fabrique to have a project supervisor.

The supervising churchwarden recalled the terms of a consultation on the morning of September 9 by the ordinary office with Mr. Guy Bélanger, consulting engineer, and Mr. Léonce Desgagné, architect, as to their view on the Fabrique having a project supervisor. Mr. Guy Bélanger's position was that he did not wish to be in any way responsible to such a supervisor, but wanted to continue being solely responsible to the architect. The position of Mr. Léonce Desgagné, who said he recognized the need for such a supervisor, was as follows: (1) such a supervisor would have authority to make urgent decisions with the necessary speed on minor problems that arose during construction; (2) such a supervisor would not be authorized to make any comments or give any orders to the builders themselves; (3) such a supervisor would deal only with the architect, for the obvious purpose of ensuring that he did not assume the duties of the architect.

Mr. Roland Tremblay was appointed project supervisor, and it was resolved:

[TRANSLATION] That in the discharge of his duties Mr. Roland Tremblay would be guided, so long as this was in accordance with the interests of the Fabrique, by the wishes of Mr. Léonce Desgagné and Mr. Guy Bélanger, as set forth in these minutes.

Ces devis, je l'ai déjà indiqué, font partie du contrat intervenu entre l'*Entrepreneur* et la *Fabrique* et rien dans la preuve ne permet de croire que les *Ingénieurs* ou l'*Architecte* se soient trouvés soumis à des devis différents, pour l'essentiel. Ces devis donnent clairement à entendre que les *Ingénieurs* ont effectivement participé à la surveillance des travaux «sous supervision générale de l'architecte».

Ces inférences sont confirmées par le procès-verbal d'une assemblée du bureau ordinaire de la Fabrique de la Paroisse de Saint-Philippe d'Arvida, en date du 10 septembre 1963, après le début des travaux, qui nomme M. Roland Tremblay surveillant des travaux pour le compte de la *Fabrique*:

L'Assemblée est informée par M. Roland Huot qu'à titre de marguillier en charge, il a reçu des observations sur la nécessité pour la Fabrique d'avoir un surveillant des travaux.

M. le marguillier en charge rappelle les termes d'une consultation prise, le 9 sept. avant-midi, par le Bureau ordinaire auprès de M. Guy Bélanger, ingénieur-conseil, et de M. Léonce Desgagné, architecte, au sujet de leur attitude vis-à-vis d'un surveillant des travaux pour le compte de la Fabrique. La position de M. Guy Bélanger est la suivante: il ne veut pas en aucune manière être responsable envers un tel surveillant, mais continuer de l'être uniquement envers l'architecte. Celle de M. Léonce Desgagné, qui avoue reconnaître l'utilité d'un tel surveillant, est la suivante: 1—Qu'un tel surveillant ait autorité pour prendre, avec la rapidité voulue, les décisions urgentes sur les problèmes mineurs qui se présentent au cours d'une construction; 2—Qu'un tel surveillant ne soit pas habilité à faire aucune observation ni donner aucun ordre aux constructeurs eux-mêmes; 3—Qu'un tel surveillant n'intervienne qu'auprès de l'architecte, dans le but évident qu'il ne se substitue pas à l'architecte.

M. Roland Tremblay est nommé surveillant des travaux et il est résolu:

Que, dans l'exercice de sa charge, M. Roland Tremblay tienne compte, autant que le comporteront les intérêts de la Fabrique des désirs exprimés par M. Léonce Desgagné et M. Guy Bélanger, tels que relatés dans le présent procès-verbal.

Like the rest of the evidence, these minutes establish that the *Engineers* not only provided structural plans but were present on the site and participated in supervising the work [TRANSLATION] "under the general direction of the architect".

I therefore conclude that it is art. 1688 of the *Civil Code* which applies to the *Engineers*, not art. 1689.

#### VII—Special case of the dome

The action brought by the *Fabrique* relates to two losses which are entirely separate and independent of each other, that of the walls of the church, caused by the lack of expansion joints, and that of the dome, caused by the selection of unsuitable materials for making the cap on the dome.

The *Contractor* and the *Engineers* argued that the loss of the dome was unrelated to that of the walls, and that as they were in no way involved in the plans, manufacture and installation of the dome, they should not be held responsible for its loss.

I feel that they are correct in this respect.

The geodesic dome rested on a ring supported by three steel columns, and as the trial judge observed, this basic structure, for which the *Contractor* and the *Engineers* were responsible, [TRANSLATION] and the dome structure are not two (2) linked structures . . . [they] are in fact two (2) independent things.

The loss of the dome is in no way related to the basic structure supporting it or to the loss of the walls, any more than the loss of the walls is related to the loss of the dome.

Further, as the trial judge noted:

[TRANSLATION] A separate contract was concluded between the owner and Long-Sault Woodcraft Inc., for the manufacture and installation of the geodesic dome.

(Long-Sault Woodcraft Inc. was not sued by the *Fabrique* apparently because the company was bankrupt.)

Comme le reste de la preuve, ce procès-verbal montre que les *Ingénieurs* n'ont pas seulement fourni des plans de charpente mais qu'ils ont été présents sur le chantier et qu'ils ont participé à la surveillance des travaux «sous supervision générale de l'architecte».

J'en conclus que c'est l'art. 1688 du *Code civil* qui s'applique aux *Ingénieurs* et non pas l'art. 1689.

#### VII—Le cas particulier du dôme

L'action intentée par la *Fabrique* a pour objet deux pertes entièrement distinctes et indépendantes l'une de l'autre, celle des murs de l'église, causée par l'absence de joints de dilatation, et celle du dôme, causée par le choix de matériaux inadéquats pour la calotte du dôme.

L'*Entrepreneur* et les *Ingénieurs* plaignent que la perte du dôme n'est pas reliée à celle des murs et que, n'ayant été aucunement impliqués dans les plans, la fabrication et l'installation du dôme, ils ne doivent pas encourir de responsabilité pour sa perte.

Je pense qu'il faut leur donner raison sur ce point.

Le dôme géodésique repose sur un anneau supporté par trois colonnes d'acier et, remarque le premier juge, cette structure de base, pour laquelle l'*Entrepreneur* et les *Ingénieurs* sont responsables, et la structure du dôme ne sont pas deux (2) systèmes structureaux conjugués, . . . il s'agit, en fait, de deux (2) choses indépendantes.

La perte du dôme n'est en aucune façon reliée à la structure de base qui le supporte non plus qu'à la perte des murs, pas plus que la perte des murs n'est reliée à la perte du dôme.

Au surplus, comme le constate le premier juge:

Un contrat distinct est intervenu entre le propriétaire et la compagnie Long-Sault Woodcraft Inc. concernant la fabrication et l'installation du dôme géodésique.

(C'est apparemment parce que la compagnie Long-Sault Woodcraft Inc. était en faillite qu'elle n'a pas été poursuivie par la *Fabrique*.)

The contract concluded between the *Contractor* and the *Fabrique* contains the following exclusion:

[TRANSLATION] Excluded work

The complete supplying and installation of the dome, including scaffolding, constitutes a separate contract for which the contractor is not responsible and which is the sole responsibility of the manufacturer.

However, the manufacturer must be accommodated for the delivery of its materials and performance of its work; agreement with the manufacturer will be made regarding the location of anchorage bolts.

Not only did the *Contractor* not assume contractual responsibility for supplying and completely installing the dome, but in accordance with its contract it in fact avoided acting as a contractor in respect of the dome. This is what emerges from the testimony of the parish priest at the time of the work, according to which the *Contractor* had nothing to do with installing the dome, its function being limited to constructing the base on which it would be put. By this testimony, the *Fabrique* admitted that the contractor for this part of the construction was not Les Immeubles Murdock Limitée. The *Contractor* in this case therefore should not incur any responsibility under art. 1688 of the *Civil Code*. I feel that this is a case where the rule stated by G. Challies, *supra*, at p. 16, must be applied:

If there are several independent contractors, each is responsible for his own work.

The same is true for the *Engineers*: the parish priest admitted as to them that they no more than the *Contractor* had anything to do with the dome, except for the supporting structures; according to this admission, Dauphinais and Bélanger were not the engineers for this part of the building.

(As noted above, the position is different for the *Architect*, who acted as architect for the dome as well as the rest of the building.)

It should be noted, before leaving this subject, that the rule adopted in *Wardle v. Bethune* (1872), 16 L.C.J. 85, cannot be applied here to either the *Contractor* or the *Engineers*. According to that rule, the architect, engineer and contractor are responsible under art. 1688 when, in connection

Le contrat conclu entre l'*Entrepreneur* et la *Fabrique* comporte en effet l'exclusion suivante:

Travaux exclus

La fourniture et la pose complète du dôme, y compris les échafaudages, constituent un contrat séparé qui échappe à la responsabilité de l'entrepreneur et incombe uniquement au fabricant.

L'accommoder cependant pour la remise de ses matériaux et l'exécution de son travail. S'entendre avec lui pour la concordance des boulons d'ancrage.

Non seulement l'*Entrepreneur* n'assume-t-il pas de responsabilité contractuelle pour la fourniture et la pose complète du dôme mais, en conformité de son contrat, il s'est effectivement abstenu d'agir comme entrepreneur relativement au dôme. C'est ce qui ressort du témoignage du curé de la paroisse à l'époque des travaux, selon lequel l'*Entrepreneur* n'a rien eu à voir avec l'exécution du dôme, son entreprise se limitant à construire la base qui devait le recevoir. Par ce témoignage la *Fabrique* admet que l'entrepreneur de cette partie de la construction n'est pas Les Immeubles Murdock Limitée. L'*Entrepreneur* ne devrait donc pas dans ce cas encourir de responsabilité en vertu de l'art. 1688 du *Code civil*. Je pense qu'il faut alors appliquer la règle formulée par G. Challies, précité, à la p. 16:

[TRADUCTION] Lorsqu'il y a plusieurs entrepreneurs indépendants, chacun répond de ses propres travaux.

Il en va de même pour les *Ingénieurs* à propos desquels le curé de la paroisse admet que, pas plus que l'*Entrepreneur*, ils n'ont eu quoi que ce soit à voir avec le dôme sauf quant aux structures qui le supportent; selon cette admission, Dauphinais et Bélanger ne sont pas les ingénieurs de cette partie de l'édifice.

(Comme il est dit plus haut, il en va autrement pour l'*Architecte* qui lui, a agi en sa qualité d'architecte tant pour le dôme que pour le reste de l'édifice.)

Il importe de noter, avant de quitter ce sujet, qu'il n'y a lieu d'appliquer ici, ni quant à l'*Entrepreneur* ni quant aux *Ingénieurs*, la règle adoptée dans *Wardle v. Bethune* (1872), 16 L.C.J. 85. Selon cette règle, l'architecte, l'ingénieur et l'entrepreneur sont responsables en vertu de l'art.

with their own work, they have accepted, completed or used the separate but defective work of another construction professional, with the result that there is a loss of both works or of the work regarded as a complete whole. The rule was applied to the collapse of a bell tower which had been built by a contractor on inadequate foundations laid by another contractor (*Wardle v. Bethune*), and when a chimney built on too weak a base collapsed: *McMeekin v. Daoust*, [1947] C.S. 216. (See also *Chevalier v. Thompkins* (1915), 48 C.S. 53.)

The circumstances would be similar to this, and different from the case at bar, if for example it was the structure on which the dome rested which had collapsed, because it was badly built or because the dome was too heavy, and the *Fabrique* had sued the contractor Long-Sault Woodcraft Inc. as well as the *Engineers* and the *Architect*. In such circumstances it might be concluded that, under art. 1688, the contractor Long-Sault Woodcraft Inc. would be liable with the *Engineers* and the *Architect* for using this defective structure as the basis for its own work.

The present circumstances are quite different: no part of the building other than the dome itself was threatened or lost because of the manufacturing defect affecting the cap; and no one used the defective cap to add anything to it or to incorporate it in another work. The manufacturing defect of the cap and the resulting loss of the dome have no connection with the structure or with any other part of the building.

I feel, therefore, that for the loss of the dome the *Architect* is solely responsible under art. 1688 of the *Civil Code*.

#### VIII—Quantum of damages

In their factum, counsel for the *Fabrique* are still claiming \$530,000, but they stated at the hearing that they would be satisfied with the damages awarded by the Court of Appeal, namely \$313,774.99, which according to an expert witness represents the cost of rebuilding the church on the

1688 lorsqu'ils ont accepté, complété ou utilisé, dans le cadre de leur propre ouvrage, l'ouvrage distinct mais vicié d'un autre professionnel de la construction, de telle sorte qu'il y a perte des deux ouvrages ou perte de l'ouvrage considéré comme un ensemble intégré. La règle a été appliquée lorsque s'enforce un clocher construit par un entrepreneur sur les fondations inadéquates construites par un autre entrepreneur (*Wardle v. Bethune*) ou lorsque s'écroule une cheminée construite sur une base trop faible: *McMeekin c. Daoust*, [1947] C.S. 216. (Voir également *Chevalier c. Thompkins* (1915), 48 C.S. 53.)

Nous aurions été en présence d'un cas semblable à ceux-là, et différent du cas présent, si par exemple c'était la charpente sur laquelle le dôme repose qui s'était écroulée parce qu'elle était mal construite ou parce que le dôme était trop lourd et que la *Fabrique* avait poursuivi l'entrepreneur Long-Sault Woodcraft Inc. de même que les *Ingénieurs* et l'*Architecte*. Dans de telles circonstances on pourrait conclure que, selon l'art. 1688, l'entrepreneur Long-Sault Woodcraft Inc. est responsable avec les *Ingénieurs* et l'*Architecte* pour avoir utilisé comme base structurelle de son propre ouvrage cette charpente déficiente.

Les circonstances actuelles sont fort différentes: aucune structure de l'édifice autre que le dôme lui-même n'est mise en péril ou perdue à cause du vice de fabrication qui affecte la calotte. Et personne ne s'est servi de la calotte défectueuse pour la compléter ou pour l'utiliser dans le cadre d'un autre ouvrage. Le vice de fabrication de la calotte et la perte du dôme qui en découle n'ont aucun lien avec la charpente ou avec quelqu'autre partie de l'édifice.

Il m'apparaît donc que, pour la perte du dôme, seule la responsabilité de l'*Architecte* est engagée en vertu de l'art. 1688 du *Code civil*.

#### i VIII—Le quantum des dommages

Dans leur mémoire, les procureurs de la *Fabrique* continuent de réclamer 530 000 \$ mais ils ont déclaré à l'audience être satisfaits des dommages-intérêts accordés par la Cour d'appel, soit 313 774,99 \$ ce qui, selon un expert, représente le coût de reconstruction de l'église sur les mêmes



same foundations, but with vertical walls and a flat roof, plus the cost of new plans and specifications, fees for supervision and expert analyses.

The subject was not discussed at length and this Court was given no convincing reason why it should intervene and alter this quantum.

The *Contractor* and the *Engineers* argued that the *Fabrique* was negligent and delayed unnecessarily in correcting the situation; however, this circumstance was taken into account by the Court of Appeal, since Bélanger J.A. wrote:

[TRANSLATION] . . . contrary to the arguments of appellant [the *Fabrique*], there is no reason to add the rise in prices before the judgment to the estimate of certain damages, since appellant could have acted more promptly.

This reduction of the quantum claimed by the *Fabrique* represented quite a significant amount at the time of the hearing, according to the expert witnesses, and it is certainly no less today.

The amount of \$313,774.99 represents the sum total of the damages awarded against the *Architect* by the Court of Appeal, and which should be awarded against them. From this must be deducted a suitable amount for the *Engineers* and the *Contractor*, who incurred no liability for loss of the dome.

The initial cost of the dome was \$61,000, or a little less than one-fifth of the total initial cost of the church, which was \$327,805, including the cost of the dome. One counsel suggested reducing the award against the *Engineers* and the *Contractor* in the same proportion. I would therefore reduce the award against them by the sum of \$58,000, or a little less than one-fifth of the complete quantum.

A joint and several condemnation should accordingly be pronounced against the *Architect*, the *Engineers* and the *Contractor* in the amount of \$255,774.99, that is, \$313,774.99 less \$58,000, and against the *Architect* there should be an additional condemnation of \$58,000.

Article 469 of the *Code of Civil Procedure* provides that a judgment which contains a joint

fondations mais avec des murs verticaux et un toit plat, plus le coût des nouveaux plans et devis, des honoraires de surveillance et des expertises.

D'ailleurs, le sujet a été fort peu discuté et on n'a fourni aucun argument sérieux pour lequel cette Cour devrait intervenir et modifier ce quantum.

L'*Entrepreneur* et les *Ingénieurs* ont plaidé que la *Fabrique* a été négligente et a tardé indûment à corriger la situation. Mais c'est là une circonstance dont la Cour d'appel tient compte puisque le juge Bélanger écrit:

. . . contrairement aux prétentions de l'appelante [la *Fabrique*] il n'y a pas lieu d'ajouter à l'estimation de certains dommages l'augmentation des prix survenue avant jugement, puisque l'appelante aurait pu agir avec plus de diligence.

Cette réduction du quantum réclamé par la *Fabrique* représentait une somme déjà considérable au moment de l'enquête, selon les experts, et elle n'est sûrement pas moindre aujourd'hui.

Le montant de 313 774,99 \$ représente la somme complète des dommages auxquels la Cour d'appel a condamné l'*Architecte* et auxquels il doit être condamné. Il importe d'en déduire un montant adéquat pour les *Ingénieurs* et l'*Entrepreneur* qui n'encourent aucune responsabilité pour la perte du dôme.

Le coût initial du dôme était de 61 000 \$ soit un peu moins de un cinquième du coût initial total de l'église qui était de 327 805 \$, y compris le coût du dôme. L'un des procureurs a suggéré de réduire la condamnation des *Ingénieurs* et de l'*Entrepreneur* dans la même proportion. Je réduirais en conséquence la condamnation de ceux-ci d'une somme de 58 000 \$, soit un peu moins de un cinquième du quantum complet.

L'*Architecte*, les *Ingénieurs* et l'*Entrepreneur* doivent donc être l'objet d'une condamnation conjointe et solidaire de 255 774,99 \$, soit 313 774,99 \$ moins 58 000 \$, et l'*Architecte*, d'une condamnation additionnelle de 58 000 \$.

L'article 469 du *Code de procédure civile* porte que le jugement qui prononce une condamnation

and several condemnation against the persons responsible for damage shall, if the evidence permits, determine, as between such persons only, the share of each in the condemnation.

If the Court of Appeal is correct, the *Architect* should bear the entire weight of liability alone. However, the joint and several debtors did not ask this Court to determine the share of each in the condemnation as between them only; I feel that attempting to do so in the circumstances would be deciding *ultra petita*, without the representations of the parties.

#### IX—Authorization of bishop

Under sections 18(b) and 26(g) of the *Fabrique Act*, 1965 (Que.), c. 76, a fabrique can be a party to an action only after receiving previous and special authorization from the bishop of the diocese.

The Bishop of Chicoutimi had authorized the *Fabrique* to sue the *Architect* and the *Contractor*, but this authorization did not mention the *Engineers*. Counsel for the *Fabrique* asked the Court of Appeal for leave to file a retroactive authorization against the *Engineers*, to which counsel for the latter objected. The Court of Appeal did not rule on the application, as it dismissed the action against the *Engineers*, but Bélanger J.A. observed:

[TRANSLATION] I would probably have been prepared to allow the application under article 56 C.P. . . .

The question was not raised in this Court, but if it had been, I feel like Bélanger J.A. that it is covered by art. 56 of the *Code of Civil Procedure*. It provides, in its third paragraph:

The irregularity resulting from failure to be represented, assisted or authorized has no effect unless it is not remedied, and this may be done retroactively at any stage of a case, even in appeal.

The Bishop's authorization was also delayed with respect to the *Engineers* at the stage of the application for leave to appeal to this Court, and the *Fabrique* filed two applications, one against the *Architect* and the *Contractor* and the other against the *Engineers*. The latter was allowed on condition that the *Fabrique* [TRANSLATION] "pay

solidaire contre les personnes responsables d'un dommage détermine, pour valoir entre elles seulement, la part de chacune dans la condamnation, si la preuve permet de l'établir.

<sup>a</sup> Si la Cour d'appel a raison, l'*Architecte* devrait porter seul tout le poids de la responsabilité. Cependant, les débiteurs solidaires ne nous ont pas demandé de déterminer, pour valoir entre eux seulement, la part de chacun dans la condamnation; tenter de le faire dans les circonstances serait je pense adjuger *ultra petita*, sans les représentations des parties.

#### <sup>c</sup> IX—L'autorisation de l'évêque

<sup>d</sup> En vertu des art. 18b) et 26g) de la *Loi des fabriques*, 1965 (Qué.), chap. 76, une fabrique ne peut ester en justice qu'avec l'autorisation préalable et spéciale de l'évêque du diocèse.

<sup>e</sup> L'évêque de Chicoutimi avait autorisé la *Fabrique* à poursuivre l'*Architecte* et l'*Entrepreneur* mais cette autorisation ne mentionnait pas les *Ingénieurs*. Les procureurs de la *Fabrique* demandèrent à la Cour d'appel la permission de produire une autorisation rétroactive relative à la poursuite des *Ingénieurs* ce à quoi s'objectèrent les procureurs de ces derniers. La Cour d'appel ne s'est pas prononcée vu le rejet de l'action contre les *Ingénieurs* mais le juge Bélanger observe:

<sup>f</sup> J'aurais probablement été disposé à accueillir la demande aux termes de l'article 56 C.P. . . .

<sup>g</sup> La question n'a pas été soulevée devant cette Cour mais, si elle l'avait été, je pense comme le juge Bélanger que l'art. 56 du *Code de procédure civile* y répond. Il prescrit, en son troisième alinéa:

<sup>h</sup> L'irrégularité résultant du défaut de représentation, d'assistance ou d'autorisation n'a d'effet que s'il n'y est pas remédié, ce qui peut être fait rétroactivement en tout état de cause, même en appel.

<sup>i</sup> L'autorisation de l'évêque s'est également fait attendre relativement aux *Ingénieurs* au stade de la requête en autorisation de pourvoi devant cette Cour et la *Fabrique* a présenté deux requêtes, l'une contre l'*Architecte* et l'*Entrepreneur* et l'autre contre les *Ingénieurs*. Cette dernière fut accordée à charge par la *Fabrique* «de payer les dépens

the costs of a motion for an extension of time and of an application for leave to appeal, whatever the outcome of the case”.

X—Conclusions

In my opinion, the following conclusions should be drawn:

The appeal of Lauréanne Harvey Desgagné, executrix of the estate of the late Léonce Desgagné is dismissed with costs;

The appeal of the Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida is allowed;

The judgment of the Court of Appeal and the judgment of the Superior Court are set aside;

The action by the Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida is allowed in part;

Lauréanne Harvey Desgagné, executrix of the estate of the late Léonce Desgagné, Les Immeubles Murdock Limitée, Ernest Dauphinais and Guy Bélanger are jointly and severally condemned to pay the Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida the sum of \$255,774.99, with interest from the date of service and costs throughout;

Lauréanne Harvey Desgagné, executrix of the estate of the late Léonce Desgagné, is further condemned to pay the Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida the sum of \$58,000, with interest from the date of service and costs throughout.

However, the Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida shall pay the costs of the motion for an extension of time and application for leave to appeal in respect of Ernest Dauphinais and Guy Bélanger.

*Appeal of Lauréanne Harvey Desgagné, executrix of the estate of the late Léonce Desgagné dismissed with costs. Appeal of the Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida allowed.*

*Solicitors for the appellant-respondent the Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida: Geoffrion, Prud'homme, Montreal.*

de la requête en prorogation de délai et de la requête en autorisation d'appeler quelque soit le sort de la cause».

a X—Conclusions

Je suis d'opinion qu'il faut tirer les conclusions suivantes:

b Le pourvoi de Lauréanne Harvey Desgagné, exécutrice à la succession de feu Léonce Desgagné, est rejeté avec dépens;

c Le pourvoi de la Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida est accueilli;

L'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de la Cour supérieure sont infirmés;

d L'action de la Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida est maintenue en partie;

e Lauréanne Harvey Desgagné, exécutrice à la succession de feu Léonce Desgagné, Les Immeubles Murdock Limitée, Ernest Dauphinais et Guy Bélanger sont conjointement et solidairement condamnés à payer à la Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida la somme de 255 774,99 \$ avec intérêts depuis l'assignation et les dépens dans toutes les cours;

f Lauréanne Harvey Desgagné, exécutrice à la succession de feu Léonce Desgagné, est en outre condamnée à payer à la Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida la somme de 58 000 \$ avec intérêts depuis l'assignation et les dépens dans toutes les cours.

h Néanmoins, la Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida payera les dépens de la requête en prorogation de délai et en autorisation de pourvoi visant Ernest Dauphinais et Guy Bélanger.

i *Pourvoi de Lauréanne Harvey Desgagné, exécutrice à la succession de feu Léonce Desgagné, rejeté avec dépens. Pourvoi de la Fabrique de la paroisse Saint-Philippe d'Arvida accueilli.*

j *Procureurs de l'appelante-intimée la Fabrique de la paroisse de Saint-Philippe d'Arvida: Geoffrion, Prud'homme, Montréal.*

*Solicitors for the appellant-respondent Lauréanne Harvey Desgagné, executrix of the estate of the late Léonce Desgagné: Lavery, O'Brien, Montreal.*

*Solicitors for the respondent Les Immeubles Murdock Limitée: Dufour, Côté and Laperrière, Chicoutimi.*

*Solicitors for the respondents Ernest Dauphinais and Guy Bélanger: Gagnon, de Billy, Cantin & Associés, Quebec City.*

*Procureurs de l'appelante-intimée Lauréanne Harvey Desgagné, exécutrice à la succession de feu Léonce Desgagné: Lavery, O'Brien, Montréal.*

<sup>a</sup> *Procureurs de l'intimée Les Immeubles Murdock Limitée: Dufour, Côté et Laperrière, Chicoutimi.*

<sup>b</sup> *Procureurs des intimés Ernest Dauphinais et Guy Bélanger: Gagnon, de Billy, Cantin et Associés, Québec.*

**J. E. Parrot** *Appellant*;

and

**Ronald Thompson and A. R. Monty**  
*Respondents.*

File No.: 16784.

1983: October 31; 1984: February 2.

Present: Dickson, Beetz, Chouinard, Lamer and  
Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Negligence — Delictual liability — Professional liability against third parties — Land surveyor — Error with respect to the surface area of a piece of land in the book of reference — Reduction in the price of the land — Action against land surveyor based on this reduction — Causal link — Civil Code, arts. 1053, 2166, 2167, 2168, 2174, 2175.*

The issue arose out of an error in calculating a surface area that occurred in the technical description of a subdivision of an original lot prepared by appellant in 1956. The description appearing in the book of reference indicated an area of 80,340 sq. ft. The actual area of this subdivided lot was only 73,659.96 sq. ft. In 1973, the respondents bought a piece of land consisting of the subdivided lot and part of two unsubdivided lots. The sale was done without any indication of the area. Respondents, in adding the area shown in the book of reference to that of the two unsubdivided lots, thought they were acquiring a parcel of 102,840 sq. ft. On learning of the error, respondents, who already had undertaken to sell one parcel of at least 40,000 sq. ft. to a first buyer and a second of at least 60,000 sq. ft. to a second buyer, found themselves unable to deliver the promised area. They negotiated the sale of a smaller area with the second buyer and consented by transaction to a reduction of the price per square foot. This reduction represented a loss of \$11,844.83 for the respondents. Respondents then claimed this amount from the appellant. The Superior Court dismissed the action but the Court of Appeal set the judgment aside. This appeal is to determine if the causal link, required if art. 1053 C.C. is to apply, existed between the damages and appellant's fault.

*Held:* The appeal should be allowed.

There was no causal link between the damage claimed and appellant's error. The reduction in the price per square foot agreed on by the transaction was not a damage resulting directly from appellant's error. In

**J. E. Parrot** *Appelant*;

et

**Ronald Thompson et A. R. Monty** *Intimés.*

*a*

N° du greffe: 16784.

1983: 31 octobre; 1984: 2 février.

*b* Présents: Les juges Dickson, Beetz, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*c* *Responsabilité — Responsabilité délictuelle — Responsabilité professionnelle envers des tiers — Arpenteur-géomètre — Erreur quant à la superficie d'un terrain au livre de renvoi — Réduction du prix du terrain — Réclamation contre l'arpenteur-géomètre fondée sur cette réduction — Lien de causalité — Code civil, art. 1053, 2166, 2167, 2168, 2174, 2175.*

Le présent litige trouve sa source dans une erreur de calcul de superficie qui s'est glissée dans la description technique d'une subdivision d'un lot originaire préparée par l'appelant en 1956. Cette description figurant au livre de renvoi indique une superficie de 80 340 pi<sup>2</sup> alors que la superficie réelle du lot subdivisé n'est que de 73 659,96 pi<sup>2</sup>. En 1973, les intimés achètent un terrain composé du lot subdivisé et d'une partie de deux lots non-subdivisés. La vente est faite sans indication de superficie. Toutefois, en additionnant la superficie indiquée au livre de renvoi à celle des deux lots non-subdivisés, ils croient acquérir un terrain de 102 840 pi<sup>2</sup>. Apprenant l'erreur, les intimés, qui se sont déjà engagés à vendre à un premier acheteur une parcelle d'au moins 40 000 pi<sup>2</sup> et à un deuxième un minimum de 60 000 pi<sup>2</sup>, se voient dans l'incapacité de livrer la superficie promise. Ils négocient avec le second acheteur la vente d'une superficie inférieure et consentent par transaction une réduction du prix au pied carré. Cette réduction représente pour les intimés une perte de 11 844,83 \$. C'est cette somme qu'ils réclament de l'appelant. La Cour supérieure rejette l'action mais la Cour d'appel infirme le jugement. D'où ce pourvoi pour déterminer s'il existe entre les dommages réclamés par les intimés et la faute de l'appelant le lien de causalité requis pour qu'entre en jeu l'art. 1053 C.c.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Il n'y a pas de lien de causalité entre le dommage réclamé et l'erreur de l'appelant. La réduction du prix au pied carré consentie lors de la transaction n'est pas un dommage résultant directement de l'erreur de l'appe-

order to succeed in their claim based on this reduction of the price, respondents would have had to establish that but for appellant's error, they would have obtained a higher price per square foot than the one they obtained. No such evidence was presented.

*Alliance Assurance Co. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1970] S.C.R. 168; *J. G. Fitzpatrick Ltd. v. Brett*, [1969] C.S. 144; *Carbonneau v. Godbout* (1920), 31 Que. K.B. 69; *Côté v. McKinnon*, [1959] Que. Q.B. 272, referred to.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal reversing a judgment of the Superior Court dismissing an action in damages for a professional fault. Appeal allowed.

*Richard McLernon and Gilles Fontaine*, for the appellant.

*Hubert Pépin and Stephen Monty*, for the respondents.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—This case concerns the professional liability of a land surveyor, not to the client who retained his services but to third parties. Respondents pleaded his quasi-delictual liability rather than his contractual liability.

It is well established that an act which constitutes contractual fault as against another contracting party may also constitute delictual or quasi-delictual fault as against a third party, and so be a basis for an action under arts. 1053 *et seq.* of the *Civil Code*.

In *Alliance Assurance Co. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1970] S.C.R. 168, Pigeon J. wrote for the Court, at p. 173:

It is true that the existence of contractual relations does in no way exclude the possibility of a delictual or quasi-delictual obligation arising out of the same fact. However, it is necessary for this that all the elements required to give rise to such responsibility should be found. Obviously, a fault is the first of these elements. For a fault to exist, it is essential, as appears from the wording of art. 1053 C.C., that there be either a positive

lant. Pour réussir dans leur réclamation fondée sur cette réduction de prix, les intimés devaient faire la preuve que, n'eût été de l'erreur de l'appellant, ils auraient obtenu pour leur terrain un prix plus élevé au pied carré que celui qu'ils ont obtenu. Cette preuve n'a pas été faite.

Jurisprudence: *Alliance Assurance Co. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1970] R.C.S. 168; *J. G. Fitzpatrick Ltd. c. Brett*, [1969] C.S. 144; *Carbonneau c. Godbout* (1920), 31 B.R. 69; *Côté c. McKinnon*, [1959] B.R. 272.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure rejetant une action en dommages-intérêts pour faute professionnelle. Pourvoi accueilli.

*Richard McLernon et Gilles Fontaine*, pour l'appellant.

*Hubert Pépin et Stephen Monty*, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Il s'agit dans cette affaire de la responsabilité professionnelle d'un arpenteur-géomètre, non pas envers le client qui a retenu ses services, mais envers des tiers. Les intimés invoquent sa responsabilité quasi-délictuelle par opposition à sa responsabilité contractuelle.

Il est reconnu qu'un acte qui constitue une faute contractuelle à l'égard d'un co-contractant peut à la fois constituer une faute délictuelle ou quasi-délictuelle à l'égard d'un tiers et partant, donner ouverture à un recours fondé sur les art. 1053 *et seq.* du *Code civil*.

Dans *Alliance Assurance Co. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1970] R.C.S. 168, le juge Pigeon écrit au nom de la Cour, à la p. 173:

Il est vrai que l'existence de relations contractuelles n'exclut aucunement la possibilité d'une obligation délictuelle ou quasi-délictuelle découlant du même fait. Encore faut-il pour que cela soit possible que se rencontrent tous les éléments requis pour donner naissance à cette dernière responsabilité. Le premier de ces éléments est évidemment une faute. Pour qu'il y ait faute, il est essentiel comme cela découle du texte de l'art. 1053

damaging and non-justifiable act or the omission to perform a duty towards the injured party.

In *J. G. Fitzpatrick Ltd. v. Brett*, [1969] C.S. 144, which concerned the liability of engineers, Mayrand J., as he then was, wrote at p. 149:

[TRANSLATION] No contract exists between plaintiff and defendants, so that it is natural to allege quasi-delictual fault against the latter. However, defendants committed the fault resulting in damage in the course of performing a contract. There is no doubt that with respect to their fellow contracting party, the architect Dickinson, defendants committed a contractual fault. Is plaintiff barred from relying on a contract to which he is not a party as a basis for his action? It is true that a contract is effective only between the parties: a third party cannot derive any benefit from it, except in the case of a third party stipulation. However, the act constituting contractual fault towards another contracting party may at the same time be a delictual fault in respect of a third party who suffers by it.

Mayrand J. then cited the following passage from H. and L. Mazeaud and A. Tunc, *Traité de la responsabilité civile*, 6th ed., 1965, No. 144-3, at p. 179:

[TRANSLATION] Third parties may rely on the existence and non-performance of a contract to which they are strangers, provided they do not in so doing seek to extend to themselves an obligation existing only between the contracting parties. Relying on the fact that someone has entered into a contract and even that the person has not performed it is merely relying on a fact which exists as such, so far as anyone is concerned.

Relying on Planiol and Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2nd ed., v. 11, 1954, No. 947 bis, at p. 188, and H., L. and J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, 2nd ed., v. 3, 1963, No. 1364, at p. 1099, Mayrand J. wrote at p. 150:

[TRANSLATION] The liability of an engineer or architect cannot therefore be limited to the owner with whom he did business; when a professional fault committed in the exercise of his profession affects a third party, the latter can bring an action against him based on art. 1053 of the Civil Code.

#### Facts and Proceedings

In the case at bar, the issue arises out of an unfortunate error in calculating area that occurred

C.C., qu'il y ait soit un fait positif dommageable et non justifiable, soit l'omission d'accomplir un devoir envers la partie lésée.

Dans *J. G. Fitzpatrick Ltd. c. Brett*, [1969] C.S. 144, où il s'agissait de la responsabilité d'ingénieurs, le juge Mayrand, alors juge à la Cour supérieure, écrit à la p. 149:

Aucun contrat ne lie la demanderesse et les défendeurs, de sorte qu'il est naturel d'invoquer contre ces derniers une faute quasi-délictuelle. C'est cependant au cours de l'exécution d'un contrat que les défendeurs ont commis la faute qui a causé le dommage. Il ne fait pas de doute qu'à l'égard de leur cocontractant, l'architecte Dickinson, les défendeurs ont commis une faute contractuelle. Pourrait-on reprocher à la demanderesse de vouloir invoquer un contrat auquel elle n'est pas partie pour fonder son recours? Il est vrai que le contrat n'a d'effet qu'entre les parties: un tiers ne peut en tirer avantage, sauf au cas de stipulation pour autrui. Toutefois, le fait qui constitue une faute contractuelle envers le cocontractant peut être en même temps une faute délictuelle à l'égard d'un tiers qui en subit un préjudice.

Le juge Mayrand cite ensuite le passage suivant de H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité de la responsabilité civile*, 6<sup>e</sup> éd., 1965, n<sup>o</sup> 144-3, à la p. 179:

Il est loisible aux tiers de se prévaloir de l'existence et de l'inexécution d'un contrat auquel ils sont restés étrangers, mais à la condition de ne pas vouloir, par là même, étendre à leur profit une obligation qui n'a été prise qu'envers les cocontractants. Se prévaloir de ce qu'une personne a passé un contrat et même de ce qu'elle ne l'a pas exécuté, c'est se prévaloir d'un pur fait, qui existe en tant que fait, donc à l'égard de tous.

S'appuyant sur Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., t. 11, 1954, n<sup>o</sup> 947 bis, à la p. 188, et H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., t. 3, 1963, n<sup>o</sup> 1364, à la p. 1099, le juge Mayrand écrit à la p. 150:

La responsabilité de l'ingénieur ou de l'architecte ne peut donc être limitée au propriétaire avec qui il a fait affaires; lorsque la faute professionnelle commise dans l'exercice de sa profession atteint un tiers, ce dernier peut l'attaquer sur le terrain de l'article 1053 du Code civil.

#### Les faits et les procédures

En l'espèce, le litige trouve sa source dans une malheureuse erreur de calcul de superficie qui s'est

in the technical description of a subdivision of an original lot prepared by appellant.

The error dated back 17 years, but appellant is no longer relying on prescription, which could only begin to run when the damage occurred.

The facts were not in dispute in this Court. The following summary of the chief relevant facts is taken from the submission of appellant:

[TRANSLATION] On February 10, 1973 respondents Ronald Thompson and A. R. Monty obtained from Henri Mathieu a promise to sell a piece of land consisting of lot 111-11 and of part of unsubdivided lots 111 and 113 of the official cadastre of the township of Orford; as appears from the promise of sale, this land is well described by conterminous properties, its dimensions are accurate and the promise of sale makes no mention of its area, though it mentions a total price of \$100,000.00.

Appellant had prepared the description appearing in the book of reference for lot 111-11 in 1956, when this parcel of land was subdivided. The book of reference contained an erroneous calculation of the area. The plan accompanying the book of reference was accurate. The plan and the book of reference were sent to the Minister of Lands and Forests, who in accordance with the Act retained the originals at the Department and filed a true copy of the documents in the registry office for the division of Sherbrooke, province of Quebec.

Relying on this area, which showed 80,340 square feet in the book of reference—this was not mentioned in the plan—and calculating the area of the rectangle formed by the other u.s. lots 111 and 113 at 22,500 square feet, respondents assumed that the total area of the land was about 102,840 square feet.

The error in area in the book of reference dated back to 1956, when appellant, a land surveyor, at the request of his client Mathieu, respondent's predecessor in title, had prepared, calculated and submitted to the Minister of Lands and Forests the plan and cadastral designation of this lot. Previously, appellant had correctly calculated the area at 1.691 acres; a simple error of calculation undoubtedly occurred in converting to square feet (1.691 acres x 43,560 square feet: 73,659.96 square feet).

Appellant admitted that the book of reference which he had prepared in August 1956 and filed with the

glissée dans la description technique d'une subdivision d'un lot originaire préparée par l'appellant.

L'erreur remontait à 17 ans, mais l'appellant n'invoque plus la prescription qui ne saurait commencer à courir que de la survenance du dommage.

Les faits n'ont pas été l'objet de contestation devant cette Cour. Le résumé suivant des principaux faits pertinents est extrait du mémoire de l'appellant:

Les intimés Ronald Thompson et A. R. Monty obtenaient le 10 février 1973 d'Henri Mathieu une promesse de vente d'un terrain composé du lot 111-11 et de partie des lots 111 non subdivisé et 113 non subdivisé du cadastre officiel du canton d'Orford; tel qu'il appert à la promesse de vente, ce terrain est bien décrit par tenants et aboutissants, ses dimensions sont exactes et la promesse de vente ne fait aucune mention de superficie indiquant cependant un prix global de \$100,000.00.

L'appellant avait préparé la description apparaissant au livre de renvoi du lot 111-11 en 1956 lors du lotissement de cette parcelle de terrain. Au livre de renvoi apparaissait un calcul mathématique erroné de superficie. Le plan accompagnant le livre de renvoi était exact. Le plan et le livre de renvoi ont été transmis au ministre des Terres et Forêts lequel, conformément à la loi, a conservé les originaux au Ministère et déposé copie conforme de ces documents au bureau d'enregistrement de la division de Sherbrooke, province de Québec.

S'étant fiés à cette superficie qui indiquait 80,340 pieds carrés au livre de renvoi—le plan n'en faisait aucune mention—et calculant la superficie du rectangle que forment les autres lots 111 n.s. et 113 n.s. à 22,500 pieds carrés, les intimés ont tenu pour acquis que la superficie totale du terrain était d'environ 102,840 pieds carrés.

L'erreur de superficie au livre de renvoi remontait à 1956 lorsque l'appellant, arpenteur-géomètre, à la demande de son client Mathieu, l'auteur des intimés, avait préparé, calculé et soumis au ministre des Terres et Forêts le plan et la désignation cadastrale de ce lot. Antérieurement, l'appellant avait déjà calculé correctement la superficie à 1.691 acres; c'est sans doute en effectuant la conversion en pieds carrés qu'une simple erreur de calcul s'est glissée (1.691 acres x 43,560 pieds carrés: 73,659.96 pieds carrés).

L'appellant reconnaît que le livre de renvoi, qu'il avait préparé en août 1956 et déposé le 6 auprès du ministère



Department of Lands and Forests on the 6th contained an error. He could not provide a definite explanation of this, for the land itself is well described by its conterminous properties, its irregular geometric shape corresponds to the reality and its linear measurements are accurate. As mentioned, he really could see only one explanation, that this error was due to the arithmetic calculation made to convert an area which was first calculated in acres into square feet. The plan accompanying the book of reference is accurate.

In March 1973, respondents gave purchase options to two other persons and accordingly undertook to dispose of all the land in two parcels as follows:

- (a) by a purchase offer dated March 6, 1973 (accepted on March 9, 1973) from McDonald's Restaurants of Canada Ltd., for a parcel of at least 40,000 square feet, of about 165 feet along King Street, and about 285 feet along Don Bosco Street, for \$2.00 a square foot;
- (b) by an offer of sale to Dr. G. LaSalle or his representatives, dated March 28, 1973 (accepted the following day) for a parcel of at least 60,000 square feet (in fact, the remainder of the land) for a total price of \$79,520.00.

When they bought this land from Mr. Henri Mathieu, respondents had themselves calculated that they were buying 102,840 square feet, since to the aforementioned area of 80,340 square feet for lot 111-11, they added that of u.s. lots 111 and 113, forming a square with 150-foot sides (22,500 square feet).

Subsequently to this purchase offer respondents, who paid \$100,000.00 for the land they bought, offered it for sale as stated above, first to McDonald's Restaurants of Canada Ltd., and second to Dr. G. LaSalle, who was planning to build the Auberge des Gouverneurs on the adjoining lot, determining the total area themselves.

On May 2, 1973, Dr. LaSalle (through his son Jean LaSalle) registered on the lots in question the offer of sale which respondents had made to him on March 28, 1973.

Examining the plans attached to the offers of sale, Jean LaSalle, the son of Dr. LaSalle, realized that the land offered did not have the area mentioned in the offers, and this is why he hastily registered by memorial the offer which his father had received from respondents, as he did not want the latter to sell the larger area to McDonald's, against his own interests.

des Terres et Forêts, contient une erreur. Il ne peut en expliquer la cause de façon certaine, car le terrain lui-même est bien décrit par ses tenants et aboutissants, sa figure géométrique irrégulière est conforme à la réalité et ses mesures linéaires sont exactes. Tel que mentionné, il ne voit vraiment qu'une explication, et cette erreur serait due au calcul mathématique fait pour transposer en pieds carrés une superficie d'abord calculée en acres. Le plan accompagnant le livre de renvoi est exact.

En mars 1973, les intimés ont accordé des options d'achat à deux (2) autres personnes et s'engagèrent ainsi à disposer de l'ensemble du terrain en deux parcelles comme suit:

- a) Par offre d'achat en date du 6 mars 1973 (acceptée le 9 mars 1973) de McDonald's Restaurant of Canada Ltd., d'une parcelle d'au moins 40,000 pieds carrés, d'environ 165 pieds en front de la rue King, et d'environ 285 pieds en front de la rue Don Bosco au prix de \$2.00 le pied carré;
- b) Par offre de vente au docteur G. Lasalle ou ses concessionnaires, en date du 28 mars 1973 (acceptée le lendemain) d'une parcelle d'au moins 60,000 pieds carrés (en fait le résidu du terrain) au prix global de \$79,520.00.

Les intimés, lorsqu'ils ont acheté ce terrain de monsieur Henri Mathieu, ont eux-mêmes fait le calcul qu'ils achetaient 102,840 pieds carrés puisqu'à la superficie déjà mentionnée de 80,340 pieds carrés pour le lot 111-11, ils ajoutaient celle des lots 111 N.S. et 113 N.S. représentant un carré ayant 150 pieds de côté (22,500 pieds carrés).

Subséquemment à cette offre d'achat, les intimés, qui payaient \$100,000.00 pour le terrain qu'ils achetaient, l'offrent en vente comme ci-haut relaté d'une part à McDonald's Restaurant of Canada Ltd., et d'autre part au docteur G. Lasalle qui était à construire l'Auberge des Gouverneurs sur le terrain voisin, établissant eux-mêmes la superficie totale.

Le 2 mai 1973, le docteur Lasalle (par son fils Jean Lasalle) enregistrait sur les lots en question l'offre de vente que les intimés lui avaient faite le 28 mars 1973.

En examinant les plans attachés aux offres de vente, Jean Lasalle, fils du docteur Lasalle, avait réalisé que les terrains offerts n'avaient pas la superficie mentionnée aux offres, et c'est la raison pour laquelle il s'est empressé d'enregistrer par bordereau l'offre que son père détenait des intimés, car il ne voulait pas que ces derniers vendent à McDonald's et à son détriment la plus grande superficie.

Respondents then learned of the existence of the deficiency in area on lot 111-11, amounting to some 6,680.04 square feet. The actual area of this lot was 73,659.96 square feet, instead of 80,340 square feet as indicated in the technical description in the cadastre.

When this registration was made by Mr. Jean LaSalle, the son of Dr. LaSalle, and respondents learned of the deficiency in area, respondents went to their land surveyor Jean-Marc Nadeau, and the check made by the latter established that there was in fact a difference of 6,894.4 square feet between the actual area and that indicated in the plan of lot 111-11.

Respondents then negotiated with McDonald's Restaurants and the LaSalle family, and it was finally agreed that instead of selling 102,840 square feet for a total amount of \$165,787.86, they were in fact selling 95,945 square feet for \$144,668.00.

In fact, the sale to McDonald's was concluded in accordance with the promise of sale made to it, and this sale is not at issue in this appeal.

Bernier J.A., giving the unanimous judgment of the Court of Appeal, explained what happened regarding Dr. LaSalle as follows:

[TRANSLATION] As appellants were unable to deliver the 100,000 square feet which they had undertaken to sell, the area granted to McDonald's being a minimum needed for the latter's purposes, they were obliged to negotiate a compromise with Dr. LaSalle, for whom the new parcel represented only an expansion for the inn he was building on the adjoining lot, which he owned. With the advantage of the promise of sale which he had had registered Dr. LaSalle, after several meetings, indicated through his son that he was willing to accept a parcel reduced by the amount of the deficiency in area, provided that appellants reduced the selling price on the basis of converting their purchase price into a unit price, namely \$1.00 a square foot, plus the expenses incurred up to that time, making a unit price of \$1.096 a square foot, and appellants accepted this.

Accordingly, respondents agreed by a transaction to reduce from \$1.3233 to \$1.096 per square foot the price for the 52,111 square feet which, according to them, they have in fact sold to Dr. LaSalle. This reduction represented \$11,844.83, respondents estimated the damages which they had suffered at this amount, and it was this amount which appellant was ordered to pay them

Les intimés apprirent alors l'existence du déficit de superficie du lot 111-11 de l'ordre de 6,680.04 pieds carrés. La superficie réelle de ce lot était de 73,659.96 pieds carrés au lieu de 80,340 pieds carrés tel qu'indiqué à la description technique au cadastre.

Suite à cet enregistrement de la part de monsieur Jean Lasalle, fils du docteur Lasalle, et suite à la connaissance par les intimés du déficit de superficie, les intimés ont alors recours à leur arpenteur-géomètre Jean-Marc Nadeau, et la vérification de ce dernier établit en effet qu'il y a une différence de 6,894.4 pieds carrés entre la superficie réelle et celle indiquée au plan du lot 111-11.

Les intimés négocient alors avec McDonald's Restaurant et la famille Lasalle pour en arriver finalement au point où au lieu de vendre 102,840 pieds carrés pour une somme globale de \$165,787.86, ils vendent de fait 95,945 pieds carrés pour \$144,668.00.

Au fait, la vente à McDonald's a été conclue suivant les termes de la promesse de vente qui lui avait été consentie et cette vente n'est nullement en cause dans ce pourvoi.

Quant au D<sup>r</sup> LaSalle, le juge Bernier qui a rendu l'arrêt unanime de la Cour d'appel, explique ainsi ce qui s'est passé:

Se voyant incapables de livrer les 100,000 pieds carrés qu'ils s'étaient engagés à vendre, la superficie accordée à MacDonald's étant un minimum pour les fins de cette dernière, il ne restait aux appelants qu'à négocier un compromis avec le docteur LaSalle pour qui la parcelle nouvelle ne constituait qu'une expansion pour l'auberge qu'il construisait sur le terrain adjacent lui appartenant. Fort de la promesse de vente qu'il avait fait enregistrer, le docteur LaSalle, après quelques rencontres, se déclara, par l'intermédiaire de son fils, prêt à accepter une parcelle réduite du déficit de superficie, à condition que les appelants réduisent le prix de vente en le basant sur leur prix d'achat converti en prix unitaire, soit 1,00\$ le pied carré, avec en plus les dépenses jusque là engagées, faisant un prix unitaire de 1,096\$ le pied carré, ce que les appelants acceptèrent.

Par transaction donc, les intimés consentirent à réduire de 1,3233 \$ à 1,096 \$ le pied carré le prix des 52 111 pieds carrés que, selon eux, ils ont de fait vendus au D<sup>r</sup> LaSalle. Cette réduction représente 11 844,83 \$ à quoi les intimés estiment les dommages-intérêts qu'ils ont subis et c'est la somme que l'appelant a été condamné à leur payer par l'arrêt de la Cour d'appel. Je note que, comme

by the judgment of the Court of Appeal. I note, as Bernier J.A. pointed out, that no question was raised about the price determined by this transaction.

It is very doubtful that respondents could have brought an action against their seller Mathieu as a consequence of the shortage in lot 111-11. Articles 1501, 1502 and 1503 C.C. apply in such cases:

**1501.** [If an immovable be sold with a statement, in whatever terms expressed, of its superficial contents, either at a certain rate or by measurement, or at a single price for the whole, the seller is obliged to deliver the whole quantity specified in the contract; if such delivery be not possible, the buyer may obtain a diminution of the price according to the value of the quantity not delivered.]

If the superficial contents exceed the quantity specified, the buyer must pay for such excessive quantity, or he may at his option give it back to the seller.]

**1502.** [In either of the cases stated in the last preceding article, if the deficiency or excess of quantity be so great, in comparison with the quantity specified, that it may be presumed the buyer would not have bought if he had known it, he may abandon the sale and recover from the seller the price, if paid, and the expenses of the contract, without prejudice in any case to his claim for damages.]

**1503.** [The rules contained in the last two preceding articles do not apply, when it clearly appears from the description of the immovable and the terms of the contract that the sale is of a certain determinate thing, without regard to its quantity by measurement, whether such quantity is mentioned or not.]

The sale of lot 111-11 by Mathieu to respondents was made without a statement of superficial contents. When a lot is designated by its cadastral number, as was the case here, there is a sale of a certain determinate thing within the meaning of art. 1503 C.C. See Faribault, *Traité de Droit civil du Québec*, v. 11, p. 223, No. 248; Thérèse Rousseau-Houle, *Précis du droit de la vente et du louage*, Presses de l'Université Laval, Québec City, 1978, at p. 84.

In any case, the relations between respondents and their seller Mathieu are not at issue in the case at bar.

l'a fait observer le juge Bernier, le prix établi par cette transaction n'est pas attaqué.

<sup>a</sup> Il est plus que douteux que les intimés aient pu exercer un recours contre leur vendeur Mathieu par suite de ce déficit de contenance du lot 111-11. Ce sont les art. 1501, 1502 et 1503 C.c. qui s'appliquent en pareil cas:

<sup>b</sup> **1501.** [Si un immeuble est vendu avec indication de sa contenance superficielle, quels qu'en soient les termes, soit à tant la mesure, ou moyennant un seul prix pour le tout, le vendeur est obligé de délivrer toute la quantité spécifiée au contrat; si cette délivrance n'est pas possible, l'acheteur peut obtenir une diminution du prix, suivant la valeur de la quantité qui n'est pas délivrée.]

<sup>c</sup> Si la contenance superficielle excède la quantité spécifiée, l'acheteur doit payer pour tel excédent; ou il peut, à son choix, le remettre au vendeur.]

<sup>d</sup> **1502.** [Dans l'un et l'autre des cas exprimés dans l'article qui précède, si le déficit ou l'excédent de quantité est si considérable eu égard à la quantité spécifiée, qu'il y ait à présumer que l'acheteur n'aurait pas acheté s'il l'avait su, il peut se désister de la vente et recouvrer du vendeur le prix, s'il a été payé, et les frais du contrat, sans préjudice dans tous les cas à son recours en dommages-intérêts.]

<sup>e</sup> **1503.** [Les règles contenues dans les deux derniers articles ne s'appliquent pas lorsqu'il est évident, par la description de l'héritage et les termes du contrat, que la vente est faite d'une chose certaine et déterminée, sans égard à la contenance, soit que cette contenance soit mentionnée ou non.]

<sup>f</sup> La vente du lot 111-11 par Mathieu aux intimés a été faite sans indication de contenance superficielle. Lorsqu'un lot est désigné sous son numéro cadastral, comme ce fut le cas en l'espèce, il y a vente d'une chose certaine et déterminée au sens de l'art. 1503 C.c. Voir Faribault, *Traité de Droit civil du Québec*, t. 11, p. 223, n° 248; Thérèse Rousseau-Houle, *Précis du droit de la vente et du louage*, Presses de l'Université Laval, Québec, 1978, à la p. 84.

<sup>g</sup> De toute façon les rapports entre les intimés et leur vendeur Mathieu ne sont pas en cause en l'espèce.

However, the situation was quite different between respondents and Dr. LaSalle. By their promise to sell of March 28, 1973, respondents had undertaken to sell a lot with a minimum area of 60,000 square feet. Articles 1501 and 1502 C.C. apply here.

Dr. LaSalle could have refused to buy if the shortage was so large that he would not have bought if he had known of it. That is not the case.

He could also have obtained a reduction in price proportional to the quantity which could not be delivered, and this was done for the missing area. This reduction in the price, amounting to some \$9,000, was claimed by respondents at the outset. In the Court of Appeal, they quite properly withdrew this claim, as Bernier J.A. explained, for they could not claim for an area which they had never had.

However, as the general rule of art. 1065 C.C. authorized him to do, Dr. LaSalle also claimed damages. These were fixed by a transaction between respondents and himself in the aforementioned amount of \$11,844.83, representing the reduction in price per square foot for the land in fact sold.

The Court must determine whether these damages which were assumed by respondents can be claimed by them from appellant, and in particular, whether there exists between the damages and the fault of appellant the causal link required if art. 1053 C.C. is to apply.

The Superior Court held that the link does not exist, but its judgment was reversed by the Court of Appeal, which as we have seen ordered appellant to pay respondents \$11,844.83. With respect, I consider that the Superior Court was correct for the reasons which follow.

#### The Official Cadastre and the Land Surveyor

In *Le droit civil canadien*, v. 9, Mignault writes concerning the official plan and book of reference, at p. 304:

[TRANSLATION] The provisions which follow are very important, for they have made a radical change in our legislation on immovables. Formerly, immovables were described by mentioning their conterminous properties.

Entre les intimés et le Dr LaSalle cependant, il en était tout autrement. Par leur promesse de vente du 28 mars 1973, les intimés s'étaient obligés à vendre un lot d'une superficie minimum de 60 000 pieds carrés. Les articles 1501 et 1502 C.c. trouvent ici leur application.

Le Dr LaSalle pouvait refuser d'acheter si le déficit de quantité était si considérable qu'il n'aurait pas acheté s'il l'avait su. Ce n'est pas le cas.

Il pouvait aussi obtenir une diminution du prix proportionnelle à la quantité qui ne pouvait être livrée, ce qui fut fait pour la superficie en moins. Cette diminution du prix de l'ordre de 9 000 \$ fut réclamée au début par les intimés. En Cour d'appel ils ont abandonné cette réclamation et avec raison comme l'explique le juge Bernier car ils ne pouvaient réclamer pour une superficie qu'ils n'avaient jamais possédée.

Cependant, comme l'y autorise la règle générale de l'art. 1065 C.c., le Dr LaSalle a exigé en outre des dommages-intérêts. Ceux-ci ont été fixés par transaction entre lui et les intimés à la somme déjà mentionnée de 11 844,83 \$, représentant la réduction du prix au pied carré pour le terrain effectivement vendu.

Il faut déterminer si ces dommages que les intimés ont assumés peuvent par eux être réclamés à l'appellant et de façon plus particulière s'il y a entre ces dommages et la faute de l'appellant le lien de causalité requis pour qu'entre en jeu l'art. 1053 C.c.

La Cour supérieure a décidé dans la négative mais son jugement a été infirmé par la Cour d'appel qui, comme on l'a vu, a condamné l'appellant à payer aux intimés 11 844,83 \$. Avec égard, je suis d'avis que la Cour supérieure avait raison pour les motifs qui suivent.

#### Le cadastre officiel et l'arpenteur-géomètre

Au sujet du plan et du livre de renvoi officiels, Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 9, écrit à la p. 304:

Les dispositions qui suivent sont très importantes, car elles ont apporté un changement radical à notre législation immobilière. Autrefois on décrivait les immeubles en indiquant leurs tenants et aboutissants. Ce système

This system had the disadvantage of making the identification of an immovable very difficult: adjoining immovables, which formed its conterminous properties, could only be described by their owners' names, and as properties often change hands, and the names of former owners may be forgotten, it was very difficult to follow an immovable through the various transfers affecting it. It was therefore decided in 1860 to give each immovable a distinctive number, and for this it was necessary to prepare the cadastre of all immovables in the province. This cadastre consists of two essential parts. First, there is a plan of each parish, village, town, and sometimes each ward of a town, indicating all immovables found there by series numbers which identify them. Accompanying this plan is a register called a "book of reference", containing a special entry for each number, where the immovable is described by its dimensions and its conterminous properties.

Articles 2166 and 2167 *C.C.* provide:

**2166.** The Ministre de l'énergie et des ressources furnishes each registry office with a copy of a correct plan, made in conformity with the provisions of section 2 of the Cadastre Act, (Revised Statutes, 1941, chapter 320), showing distinctly all the lots of each city, town, village, parish, township, or part thereof, comprised within the division to which such office belongs.

**2167.** Such plan must be accompanied by a copy of a book of reference in which are set forth:

1. A general description of each lot shewn upon the plan;
2. The name of the owner of each lot, so far as it can be ascertained;
3. All remarks necessary to the right understanding of the plan.

Each lot shewn upon the plan is designated thereon by a number, which is one of a single series, and is entered in the book of reference to designate the same lot.

The general description mentioned in para. 1 of art. 2167 consists of [TRANSLATION] "a listing of the boundaries by conterminous properties, dimensions and area in English or French measure". See Paul Laquerre and Jean-Claude Marcotte, "L'enregistrement des droits immobiliers et l'examen des titres immobiliers", *C.F.P.B.Q.*, 1983-84, vol. 6, titre XX, at p. 197.

Paragraph 3 of art. 2174 *C.C.* provides that:

avait l'inconvénient de rendre très difficile l'identification d'un immeuble. Car les immeubles voisins, qui formaient ses tenants et aboutissants, ne pouvaient être désignés que sous le nom de leurs propriétaires, et comme la propriété change souvent de propriétaire, et que les noms des anciens propriétaires peuvent être oubliés, il était très difficile de suivre un immeuble dans les différentes mutations dont il avait été l'objet. On a donc imaginé, en 1860, de donner à chaque immeuble un numéro distinctif, et pour cela il a été nécessaire de préparer le cadastre de tous les immeubles de la province. Ce cadastre se compose de deux parties essentielles. Il y a d'abord le plan de chaque paroisse, village, ville, et quelquefois de chaque quartier de ville, indiquant tous les immeubles qui s'y trouvent par des numéros de série qui les identifient. Ce plan est complété par un registre qu'on appelle "livre de renvoi", contenant une entrée spéciale pour chaque numéro, et là on décrit l'immeuble par ses dimensions et ses tenants et aboutissants.

Les articles 2166 et 2167 *C.c.* stipulent:

**2166.** A la diligence du ministre de l'énergie et des ressources, chaque bureau d'enregistrement est pourvu d'une copie d'un plan correct, fait conformément aux dispositions de l'article 2 de la Loi du cadastre (Statuts refondus, 1941, chapitre 320), indiquant distinctement tous les lots de chaque cité, ville, village, paroisse, canton ou partie d'iceux, compris dans la circonscription du bureau.

**2167.** Ce plan doit être accompagné d'une copie d'un livre de renvoi dans lequel sont insérés:

1. Une description générale de chaque lot porté sur le plan;
2. Le nom du propriétaire de chaque lot autant qu'il est possible de s'en assurer;
3. Toutes remarques nécessaires pour faire comprendre le plan.

Chaque lot sur le plan y est indiqué par un numéro d'une seule série, qui est inscrit dans le livre de renvoi pour y désigner le même lot.

La description générale mentionnée au par. 1 de l'art. 2167 comporte «l'exposé des bornes par les tenants et aboutissants, les dimensions et la superficie en mesures anglaises ou françaises». Voir M<sup>e</sup> Paul Laquerre et M<sup>e</sup> Jean-Claude Marcotte, «L'enregistrement des droits immobiliers et l'examen des titres immobiliers», *C.F.P.B.Q.*, 1983-84, vol. 6, titre XX, à la p. 197.

Le troisième alinéa de l'art. 2174 *C.c.* édicte que:

No right of ownership can be affected by any error in the plan or book of reference, nor can any error of description, dimensions or name be interpreted to give any person any better right to the land than his title gives him.

Marler, *Law of Real Property* (Quebec), Burroughs and Company Limited, Toronto, 1932, writes at p. 566, No. 1138:

**1138. THE CADASTRAL SYSTEM:**—The System of Official Plans and Books of Reference, commonly called the Cadastral System, prevails throughout the greater part of the Province. A plan of a district or city is officially prepared, on which the holding of every proprietor is indicated by a number, and a description of the land corresponding with that number is given in the accompanying book of reference. These descriptions make no pretension to extreme accuracy; no right of ownership is affected by any error in the plan or book of reference, nor is any error of description, dimensions or name to be interpreted to give any person any better right to the land than his title gives him, C.C. 2174. Errors are readily corrected on the application of an interested party, and the necessary alterations made on the plan and book of reference by marginal entries thereon.

Similarly, Marie-Louis Beaulieu, in an article titled "Effets du cadastre", (1936) 38 R. du N. 407, writes at p. 407:

[TRANSLATION] One of the sources of information for a surveyor, as we have said, is the cadastre, the plans and books of reference; but their significance should not be misunderstood. The plans and books of reference serve to identify properties, to give them a name, the cadastral number, to establish their situation in relation to their true neighbours, and to make known their description, but do not in any way determine their contents or fix their boundaries. The cadastre does not create any right of ownership.

Reference is frequently made also to the following passage from the reasons of Sir Mathias Tellier—dissenting, it is true, but not on this point—in *Carbonneau v. Godbout* (1920), 31 Que. K.B. 69, at p. 77:

[TRANSLATION] Just as there is no doubt that an error as to the contents stated in a contract of sale cannot either harm or benefit the buyer, when the immovable is sold as a whole, it is no less certain that a

Le droit de propriété ne peut être affecté par les erreurs qui se rencontrent dans le plan et le livre de renvoi; et nulle erreur dans la description, l'étendue ou le nom, ne peut être interprétée comme donnant à une partie plus de droit à un terrain que ne lui en donne son titre.

Marler, *Law of Real Property* (Québec), Burroughs and Company Limited, Toronto, 1932, écrit à la p. 566, n° 1138:

[TRANSLATION] **1138. LE SYSTÈME CADASTRAL:**—Le système des plans et des livres de renvoi officiels, appelé communément le système cadastral, est appliqué dans la majeure partie de la province. Un plan officiel d'un district ou d'une ville est établi indiquant par un numéro le lot de chaque propriétaire et dans le livre de renvoi qui accompagne le plan est consignée une description du bien-fonds ainsi désigné. Ces descriptions ne se veulent pas d'une exactitude absolue; le droit de propriété n'est pas touché par les erreurs qui se rencontrent dans le plan et le livre de renvoi; et nulle erreur dans la description, l'étendue ou le nom, ne doit être interprétée comme donnant à une partie plus de droit à un terrain que ne lui en donne son titre, art. 2174 C.C. Les erreurs peuvent être corrigées sans aucune difficulté à la demande de toute personne intéressée, les modifications nécessaires étant inscrites en marge sur le plan et dans le livre de renvoi.

De même, M<sup>e</sup> Marie-Louis Beaulieu, dans un article intitulé «Effets du cadastre», (1936) 38 R. du N. 407, écrit à la p. 407:

Une des sources de renseignements de l'arpenteur, avons-nous dit, est le cadastre, les plans et livres de renvoi. Mais il ne faut pas se méprendre sur leur portée. Les plans et livres de renvoi servent à identifier les héritages, à leur donner un nom qui est le numéro cadastral, à établir leur situation par rapport aux véritables voisins, à faire connaître leur description, mais nullement à en déterminer la contenance et fixer les bornes. Le cadastre n'établit aucun droit de propriété.

On cite souvent aussi le passage suivant des motifs, dissidents, il est vrai, mais non sur ce point, de sir Mathias Tellier dans *Carbonneau c. Godbout* (1920), 31 B.R. 69, à la p. 77:

S'il est indiscutable qu'une contenance erronée énoncée dans un contrat de vente ne peut ni nuire ni profiter à l'acheteur, lorsque l'immeuble est vendu comme un tout, il n'est pas moins certain que l'erreur de conte-

mistake in contents in the book of reference of the cadastre does not change anything about the cadastral lot. The cadastre is not prepared to inform people as to the contents of immovables, but to give each immovable a number. The contents are only included in the book of reference as a means of recognizing or identifying a lot.

This is why, as we have seen, as between a seller and his buyer the cadastral description in the book of reference will not have the effect of giving the latter any more or less area than the lot actually contains, and the buyer will have no remedy unless there is some mention of the contents in the deed of sale itself.

It does not follow that the information in the cadastre cannot be relied on.

Under article 2166 C.C., the plan is deemed to be "correct".

In *Côté v. McKinnon*, [1959] Que. Q.B. 272, Pratte J.A. wrote for the Court of Appeal, at p. 275:

[TRANSLATION] Under article 2174 C.C., no right of ownership can be affected by any error in the plan or book of reference, nor can any error of description, dimensions or name be interpreted to give any person any better right to the land than his title gives him; but this does not mean that the information in the cadastre cannot be used to fix the boundary of property. The cadastral plan is deemed to be correct (C.C., art. 2166), and under art. 2168 C.C., properties must be designated by the number given to them on this plan. It should also be noted that, unless there is an error in the plan, a person who acquires an immovable designated by its cadastral number acquires the immovable with the boundaries stated in the plan, except of course the rights which third parties may have acquired by possession or otherwise.

In his text cited above, Marler writes at p. 570, No. 1150:

**1150. DESCRIPTION OF A WHOLE LOT:**—Land to which a whole number has been assigned on the plan is described thus: *Lot Number one hundred and thirty-one (131) on the official plan and in the book of reference for the St. Antoine Ward of the City of Montreal*. This is "its true description" and is "sufficient, as such, in any document whatever", C.C. 2168, although it indicates neither its situation, boundaries, nor measurements. For these, recourse must be had to

nance dans le livre de renvoi du cadastre ne change rien au lot cadastré. Le cadastre n'est pas fait pour renseigner les gens sur la contenance des immeubles, mais pour donner à chaque immeuble un numéro. La contenance ne figure au livre de renvoi que comme moyen de faire reconnaître ou identifier le lot.

C'est pourquoi, comme on l'a vu, entre un vendeur et son acheteur la description cadastrale au livre de renvoi n'aura pas pour effet de procurer à ce dernier plus ou moins de superficie que le lot n'en contient réellement et l'acheteur n'aura pas de recours à moins qu'il y ait dans l'acte de vente lui-même une indication de la contenance.

Il ne s'ensuit pas que l'on ne soit pas justifié de s'appuyer sur les données du cadastre.

Suivant l'art. 2166 C.c. le plan est censé être «correct».

Dans *Côté c. McKinnon*, [1959] B.R. 272, le juge Pratte écrit au nom de la Cour d'appel, à la p. 275:

Aux termes de l'art. 2174 C.C., le droit de propriété ne peut être affecté par les erreurs qui se rencontrent dans le plan et le livre de renvoi, et nulle erreur dans la description, l'étendue ou le nom ne peut être interprétée comme donnant plus de droits à un terrain que ne lui en donne son titre. Mais cela ne signifie pas qu'on ne puisse s'aider des données du cadastre pour délimiter les héritages. Le plan cadastral est censé être exact (C.C., art. 2166) et, d'après l'art. 2168 C.C., les héritages doivent être désignés par le numéro qui leur est donné sur ce plan. Aussi, il faut dire que, à moins qu'il n'y ait erreur dans le plan, celui qui acquiert un immeuble désigné par son numéro cadastral, acquiert l'immeuble tel que délimité par le plan, sauf, bien entendu, les droits que les tiers ont pu acquérir par possession ou autrement.

Dans son ouvrage précité, Marler écrit à la p. 570, n° 1150:

[TRADUCTION] **1150. DESCRIPTION D'UN LOT ENTIER:**—Un terrain auquel a été attribué un nombre entier sur le plan est décrit de la manière suivante: *Lot numéro cent trente et un (131) sur le plan officiel et dans le livre de renvoi pour le quartier St-Antoine de la ville de Montréal*. Cela constitue sa «vraie description» et «suffit dans tout document quelconque», art. 2168 C.C., bien qu'aucune précision ne soit fournie sur l'emplacement, les limites et les dimensions du lot. Pour ces

the plan and book of reference in the registry office, *where alone reliable information is to be obtained.*

In an article titled "La description légale d'un emplacement", (1981) 83 R. du N. 517, Mr. Albert Bélanger writes, at p. 542:

[TRANSLATION] Though it does not constitute evidence as to its contents, and does not in itself confer any title of ownership, the cadastre ordinarily provides accurate information. In establishing the cadastre, the legislator had in view a purpose of an essentially public nature, the protection of rights in immovables and the prevention of frauds.

The profession of land surveyor is one of exclusive exercise. The *Land Surveyors' Act*, in effect in 1956 when appellant prepared the technical description at issue, was R.S.Q. 1941, c. 271. Section 56 states that:

56. No survey, nor any operations coming within the functions of a land surveyor of this Province, as defined by section 58, shall be valid unless performed by a land surveyor duly admitted to practise in the Province by law and the regulations of the Corporation, or made under his immediate personal supervision.

According to the first paragraph of s. 58 of that Act, no one but a land surveyor can, *inter alia*, prepare technical descriptions or calculate the area of property in the province:

58. All surveys of lands, measurements for boundary purposes, setting of boundaries, plotting of plans, plans, copies of plans, *procès-verbaux*, reports, technical descriptions of territories, and all documents or surveying operations connected with the scaling of rivers and lakes, and, generally, all operations whatever connected in any way with the bounding, measuring, laying out and picketing of lots, and the calculation of the area of lands, in the Province and the cadastral division, subdivision, re-division, and re-subdivision of such lands, fall within the attributes of a land surveyor of the Province and shall not be undertaken or executed except by a surveyor as prescribed by section 56.

Appellant prepared for Mr. Mathieu a subdivision of an original lot pursuant to art. 2175 C.C., the first paragraph of which reads as follows:

données, il faut se reporter au plan et au livre de renvoi dans le bureau d'enregistrement, *car là seulement on peut obtenir des renseignements exacts.*

<sup>a</sup> Dans un article intitulé «La description légale d'un emplacement», (1981) 83 R. du N. 517, M<sup>c</sup> Albert Bélanger écrit à la p. 542:

<sup>b</sup> Bien qu'il ne fasse pas preuve de son contenu, qu'il ne confère par lui-même aucun titre de propriété, le cadastre donne des renseignements ordinairement exacts. En instituant le cadastre, le législateur avait en vue une fin essentiellement d'ordre public: protection des droits immobiliers, prévention des fraudes.

<sup>c</sup> La profession d'arpenteur-géomètre est une profession d'exercice exclusif. La *Loi des arpenteurs et des arpentages* en vigueur en 1956 lorsque l'appelant a préparé la description technique en cause, était le chap. 271, S.R.Q. 1941. L'article 56 porte que:

<sup>d</sup> 56. Nul arpentage ni aucune des opérations qui entrent dans les attributions d'un arpenteur de cette province, telles que définies dans l'article 58, ne sont valides à moins qu'ils n'aient été exécutés par un arpenteur autorisé à pratiquer dans cette province, par la loi et les règlements de la corporation, ou faits sous la surveillance immédiate et personnelle de tel arpenteur.

<sup>e</sup> Suivant le premier alinéa de l'art. 58 de la même loi, nul autre qu'un arpenteur-géomètre ne peut notamment préparer des descriptions techniques, ni faire le calcul de superficie des propriétés de la province:

<sup>f</sup> 58. Tous arpentages de terrains, mesurages à fin de borner, bornages, levées des plans, plans, copies de plans, *procès-verbaux*, rapports, descriptions techniques de territoires, et tous documents ou toute opération d'arpentage ayant rapport au relevé des rivières et lacs, enfin toutes opérations quelconques se rapportant de quelque manière que ce soit au bornage, mesurage, lotissement, piquetage de lots, calcul de superficie des propriétés de la province, aux divisions, subdivisions, redivisions et resubdivisions cadastrales, entrent dans les attributions d'un arpenteur de cette province, et ne peuvent être entrepris et exécutés que par un arpenteur, comme déterminé par l'article 56.

<sup>g</sup> L'appelant a préparé pour M. Mathieu une subdivision d'un lot originaire en application de l'art. 2175 C.c. dont le premier alinéa est ainsi rédigé:



2175. Whenever the owner of a property designated upon the plan or book of reference, subdivides the same into town or village lots, he must deposit in the office of the Ministre de l'énergie et des ressources a plan and book of reference certified by himself, with particular numbers and designations, so as to distinguish them from the original lots; and if the Ministre de l'énergie et des ressources find that such particular plan and book of reference are correct, he transmits a copy certified by himself to the registrar of the division, and to the clerk or the secretary-treasurer of the municipality within the limits of which is situated the subdivided property.

As can be seen, such a subdivision is for the owner to undertake. Mr. Jean-Marc Audet, in an article titled "L'article 2168 du Code civil: énigme ou évidence?", [1982] C.P. du N. 25, describes the procedure to be followed at pp. 52 and 53, Nos. 32 to 34:

[TRANSLATION] 32. The plan and book of reference prepared by the land surveyor are sent to the cadastre service of the ministère de l'Énergie et des Ressources. Depending on the territory where the lots are located, the cadastre service has two regional offices, one of which is located in Montreal and the other in Quebec City. The ministère de l'Énergie et des Ressources is the depository of the original of the plan and book of reference which are sent to it. Once they have been approved, the plan and book of reference are dated and kept on file in the department's archives. Here again, the date of this plan is not what gives the lot an official number. It is in fact an internal plan, even though it is approved by the department.

33. The ministère de l'Énergie et des Ressources in its turn sends an authentic and certified copy of the plan and book of reference to the office of the registry division concerned. The date of filing of this plan and book of reference in the registry office is not a date reflecting the lot numbers noted on the plan. It is true that the plan and book of reference are filed and registered, but again, not in such a way as to constitute a public record within the meaning of the *Civil Code*.

34. The registrar is required to prepare an Index of Immovables, listing new lot numbers recorded in the copy of the plan and book of reference sent by the ministère de l'Énergie et des Ressources. The date of an entry in the Index of Immovables is the only true date on which a lot becomes official. A cadastre or a cadastral operation thus becomes official once the lot numbers which are mentioned in the plan and book of reference, and approved by the ministère de l'Énergie et

2175. Lorsqu'un propriétaire subdivise en lots de ville ou de village un terrain marqué aux plan et livre de renvoi, il est tenu d'en déposer, au bureau du ministre de l'énergie et des ressources, un plan et livre de renvoi, par lui certifiés, avec des numéros et désignations particulières de manière à les distinguer des lots primitifs; et si ces plan et livre de renvoi particuliers sont trouvés corrects par le ministre de l'énergie et des ressources il en transmet copie par lui certifiée au régistrateur de la division et au greffier ou au secrétaire-trésorier de la municipalité dans les limites de laquelle est situé le terrain subdivisé.

Comme on peut le constater une telle subdivision relève de l'initiative du propriétaire. M<sup>e</sup> Jean-Marc Audet, sous le titre «L'article 2168 du Code civil: énigme ou évidence?», [1982] C.P. du N. 25, décrit la procédure à suivre aux pp. 52 et 53, n<sup>os</sup> 32 à 34:

32. Les plan et livre de renvoi préparés par l'arpenteur-géomètre sont acheminés vers le service du cadastre du ministère de l'Énergie et des Ressources. Tout dépendant du territoire où les lots sont situés, le service du cadastre dispose de deux bureaux régionaux, dont l'un est situé à Montréal et l'autre est situé à Québec. Le ministère de l'Énergie et des Ressources est le dépositaire de l'original des plan et livre de renvoi qui y sont acheminés. Dès leur approbation, ces plan et livre de renvoi sont datés et demeurent déposés aux archives du ministère. Là encore, ce n'est pas la date de ce plan qui donnera naissance à un numéro officiel de lot. Il s'agit plutôt d'un plan interne même s'il est approuvé par le ministère.

33. Le ministère de l'Énergie et des Ressources achemine à son tour une copie authentique et certifiée des plan et livre de renvoi au bureau de la division d'enregistrement concernée. La date du dépôt de ces plan et livre de renvoi au bureau d'enregistrement n'est pas une date qui donne effet aux numéros de lots constatés sur ce plan. Il est vrai que les plan et livre de renvoi sont déposés et enregistrés mais pas encore d'une façon suffisante pour qu'ils soient opposables et publics au sens du *Code civil*.

34. Le régistrateur a l'obligation de préparer un index des immeubles pour y mentionner les nouveaux numéros de lots qui sont constatés sur la copie du plan et livre de renvoi expédiés par le ministère de l'Énergie et des Ressources. La date d'inscription de l'index des immeubles est la seule vraie date à partir de laquelle un lot devient officiel. Un cadastre ou une opération cadastrale devient donc officiel dès que les numéros de lots mentionnés sur le plan et dans le livre de renvoi et approuvés

des Ressources, are entered in the Index of Immovables.

The plan and technical description prepared by a surveyor at the owner's request are sent to the Minister, who in turn sends them on to the registry office. For the purposes of liability to a third party, if any exists, I do not see how the Minister's intervention could have the effect of breaking the causal link between the surveyor and the third party, as appellant suggested. Even though they must first go through the department, the plan and description of the subdivision prepared by the surveyor are manifestly intended for the registry office, "where alone reliable information is to be obtained", as Marler writes in the passage cited above.

The Superior Court judge wrote:

[TRANSLATION] Once this purchase had been completed with Mr. Mathieu, plaintiffs who had paid \$100,000.00 for land which they believed to be over 100,000 square feet, offered it for sale first to McDonald's Restaurants of Canada Limited, and second, to Dr. G. LaSalle who was planning to build the Auberge des gouverneurs on the adjoining land;

Respondent Monty explained in his testimony that at his first meeting with Mr. Mathieu regarding the purchase of his land, the latter gave him a copy of the description of lot 111-11 prepared by appellant, indicating an area of 80,340 square feet. Adding the easily calculable area, of 150 feet by 150 feet, of the additional parcel taken from unsubdivided lots 111 and 113, respondents believed they were purchasing 102,840 square feet, and they agreed on a price of \$100,000 based on \$1 a square foot, the total price being reduced by \$2,840 due to the fact that Mr. Mathieu intended to remove certain buildings from the premises.

Respondent Monty stated, again in his testimony, that he went further. He went to the registry office to compare the description given to him by Mr. Mathieu with the one on file. It was on the basis of this information that respondents believed they were buying the area in question. It was on the basis of this information also that they undertook to sell 40,000 square feet to McDonald's and

par le ministère de l'Énergie et des Ressources sont inscrits à l'index des immeubles.

Le plan et la description technique préparés par l'arpenteur à la demande du propriétaire sont acheminés au ministre qui à son tour les achemine au bureau d'enregistrement. Pour les fins de la responsabilité envers un tiers, si elle existe, je ne vois pas comment l'intervention du ministre aurait pour effet de rompre le lien de causalité entre l'arpenteur et le tiers comme l'a soumis l'appellant. Même s'ils doivent d'abord passer par le ministère, le plan et la description de la subdivision préparés par l'arpenteur sont manifestement destinés au bureau d'enregistrement, [TRADUCTION] «car là seulement on peut obtenir des renseignements exacts» comme l'écrit Marler dans le passage précité.

d Le juge de la Cour supérieure écrit:

Aussitôt cet achat complété avec monsieur Mathieu, les demandeurs qui avaient payé \$100,000.00 pour un terrain qu'ils croyaient être d'au-delà de cent mille (100,000) pieds carrés, l'offrent en vente d'une part à MacDonald's Restaurants of Canada Limited et d'autre part, au Dr G. LaSalle qui était à construire l'Auberge des gouverneurs sur le terrain voisin;

En effet, l'intimé Monty explique dans son témoignage que dès sa première rencontre avec M. Mathieu au sujet de l'achat de son terrain, ce dernier lui a remis une copie de la description du lot 111-11 préparée par l'appellant, indiquant une superficie de 80 340 pieds carrés. Additionnant la superficie facile à calculer de 150 pieds par 150 pieds de la parcelle additionnelle provenant du lot 111 non subdivisé et du lot 113 non subdivisé, les intimés ont cru se porter acquéreurs de 102 840 pieds carrés et ils ont convenu d'un prix de 100 000 \$ basé sur 1 \$ du pied carré, le prix global étant réduit de 2 840 \$ du fait que M. Mathieu entendait enlever des lieux certaines bâtisses.

L'intimé Monty, toujours selon son témoignage, a fait davantage. Il s'est rendu au bureau d'enregistrement pour comparer la description que lui avait remise M. Mathieu avec celle qui s'y trouvait. C'est sur la foi de ces renseignements que les intimés ont cru acheter la superficie mentionnée. C'est sur la foi de ces mêmes renseignements qu'ils se sont engagés à vendre à McDonald's 40 000

60,000 square feet to Dr. LaSalle with a statement of contents, and that they thus undertook to deliver these contents, otherwise they would incur the consequences resulting from application of the *Civil Code*, including in the case at bar the damages set at \$11,844.83 in favour of Dr. LaSalle.

#### Causal Link

It remains to be seen whether, as between respondents and appellant, these damages are a direct consequence of the wrongful error of the latter, which he has always denied.

To decide this point, the situation must be seen with the error excluded, as if it had not occurred. Knowing that the area was 52,111 square feet, respondents could only have undertaken to sell that area to Dr. LaSalle. Would they in those circumstances have obtained a higher price per square foot from Dr. LaSalle than that which they finally obtained for the same area? If so, the difference in price would presumably represent direct damage caused by the error contained in the cadastre. However, there was certainly no evidence of this and the burden of presenting it lay with respondents, the plaintiffs. The only information in the record, on the contrary, is to the opposite effect, and the Court must conclude from the transaction entered into that the price set by it after the error was discovered was the price per square foot which Dr. LaSalle was prepared to pay for an area of 52,111 square feet. It follows that for Dr. LaSalle, 60,000 square feet were worth \$1.3233 a square foot, but 52,111 square feet had a lower value, of \$1.096. Respondents alleged in para. 15 of their statement of claim:

The "LaSalle interests" could not then accept such a great reduction because it altered their available space for construction and parking for the motel which they or their clients intended to build adjacent to the site they were buying . . .

It is true that respondents also alleged in para. 19:

With this large unexpected difference in footage (60,000 - 52,111: 7,889 square feet), and under the extreme pressure of time and of circumstances, since it

pieds carrés et au D<sup>r</sup> LaSalle 60 000 pieds carrés avec indication de contenance et qu'ils se sont ainsi obligés à livrer cette contenance à défaut de quoi ils encouraient les conséquences découlant de l'application du *Code civil* dont, en l'espèce, les dommages établis à 11 844,83 \$ en faveur du D<sup>r</sup> LaSalle.

#### Le lien de causalité

Il reste à voir si ces dommages sont entre les intimés et l'appellant une conséquence directe de l'erreur fautive de ce dernier, ce qu'il a toujours nié.

Il faut, pour le déterminer, envisager la situation abstraction faite de l'erreur, comme si l'erreur n'avait pas eu lieu. Connaissant la superficie de 52 111 pieds carrés, les intimés n'auraient pu s'engager à vendre au D<sup>r</sup> LaSalle que cette superficie. Auraient-ils, dans ces circonstances, obtenu du D<sup>r</sup> LaSalle un prix supérieur au pied carré à celui qu'ils ont finalement obtenu pour cette même superficie? Dans l'affirmative, la différence de prix constituerait vraisemblablement un dommage direct causé par l'erreur contenue au cadastre. Mais la preuve n'en a certainement pas été faite et c'est aux intimés, les demandeurs, qu'en incombait le fardeau. Les seules indications au dossier sont plutôt à l'effet contraire et il faut conclure de la transaction intervenue que le prix fixé par celle-ci, après la découverte de l'erreur, était le prix au pied carré que le D<sup>r</sup> LaSalle était disposé à payer pour une superficie de 52 111 pieds carrés. Il faut conclure que pour le D<sup>r</sup> LaSalle 60 000 pieds carrés valaient 1,3233 \$ du pied carré, mais que 52 111 pieds carrés avaient une valeur moindre, soit 1,096 \$. Les intimés allèguent d'ailleurs au par. 15 de leur déclaration:

[TRADUCTION] LaSalle et ses ayants cause ne pouvaient alors accepter une aussi forte réduction, car cela diminuait la superficie pouvant être affectée à la construction et au stationnement pour le motel qu'eux ou leurs clients entendaient ériger à côté de l'emplacement qu'ils achetaient . . .

Il est vrai que les intimés allèguent aussi au par. 19:

[TRADUCTION] Compte tenu de cet écart important et inattendu quant à la superficie (60 000 - 52 111: 7 889 pieds carrés), compte tenu également des con-

was Spring and construction was urgent for the buyers, and, in order to mitigate damages, the Plaintiff had no alternative but to bow to the leverage position in which the "LaSalle interests" had found themselves towards Plaintiff, because of Defendant's professional error, and Plaintiff had then to reduce the sale price by way of compromise, and sell to the "LaSalle interests" the remainder of the land for \$1.096 per square foot, or for \$57,000.00.

If this is the case, and Dr. LaSalle took advantage of the situation at the expense of respondents, which I do not have to decide and which I am not suggesting, the damage would be his doing and not a direct consequence of appellant's error.

In order to succeed in their claim based on this reduction of the price per square foot, respondents would have had to establish that, but for appellant's error, they would have obtained a higher price than the one they did obtain for the land owned by them and actually sold. No such evidence was presented.

It does not follow that a surveyor could not be liable to a third party as the result of an error of the type committed in the case at bar. There might be a case where respondents, for example, relying on the technical description, themselves had plans prepared for a building occupying the entire area. In view of the error, the fees spent would have been a total loss. That conceivably could be damage resulting directly from the error, though of course there is no need to decide the point.

However, the reduction in the price per square foot agreed on by the transaction, which the trial judge characterized as a loss of profits, profits which respondents might have expected to realize if they had owned the area which they never had, is not in my view damage resulting directly from appellant's error. There is no causal link between the damage claimed and appellant's error.

For these reasons, I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal, restore the judgment of the Superior Court and

traintes sévères imposées par le temps et les circonstances, car c'était le printemps et les acheteurs tenaient absolument à commencer les travaux, et pour atténuer les dommages, le demandeur n'a pu faire autrement que de céder face à la position de force où se trouvaient LaSalle et ses ayants cause par suite de l'erreur professionnelle du défendeur. Le demandeur s'est donc vu dans l'obligation de diminuer le prix de vente en guise de compromis et de vendre le terrain à «LaSalle et ses ayants cause» au prix de 1,096 \$ le pied carré ou 57 000,00 \$.

Si tant est qu'il en soit ainsi et que le Dr LaSalle ait profité de la situation pour abuser des intimés, ce que je n'ai pas à décider et que je n'insinue pas, le dommage serait le fait de ce dernier et non pas une conséquence directe de l'erreur de l'appelant.

Pour réussir dans leur réclamation fondée sur cette réduction du prix au pied carré, il aurait fallu que les intimés fassent la preuve que, n'eût été l'erreur de l'appelant, ils auraient obtenu pour le terrain qu'ils possédaient et qu'ils ont effectivement vendu, un prix plus élevé que celui qu'ils ont obtenu. Cette preuve n'a pas été faite.

Il n'en découle pas qu'un arpenteur ne saurait voir sa responsabilité engagée envers un tiers par suite d'une erreur de la nature de celle commise en l'espèce. On peut imaginer le cas où les intimés, par exemple, se fiant à la description technique, auraient eux-mêmes fait préparer des plans d'un immeuble occupant l'entière superficie. Vu l'erreur, les honoraires déboursés l'auraient été en pure perte. On peut concevoir qu'il puisse s'agir là d'un dommage résultant directement de l'erreur bien que, il va de soi, il n'y ait pas lieu d'en décider.

Mais, la réduction du prix au pied carré consentie par la transaction et que le juge de première instance a qualifiée de perte de profits, perte de profits que les intimés pouvaient espérer réaliser s'ils avaient possédé la superficie qu'ils n'ont jamais possédée, n'est pas, à mon avis, un dommage résultant directement de l'erreur de l'appelant. Il n'y a pas de lien de causalité entre le dommage réclamé et l'erreur de l'appelant.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel, de rétablir le jugement de la Cour supérieure et de

dismiss the action of respondents with costs in all courts.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Boily, Fontaine & Associés, Sherbrooke.*

*Solicitors for the respondents: Monty, Coulombe, Pépin, Fecteau, Fournier, Gilbert, Landry & Associés, Sherbrooke.*

rejeter l'action des intimés avec dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appellant: Boily, Fontaine & Associés, Sherbrooke.*

*Procureurs des intimés: Monty, Coulombe, Pépin, Fecteau, Fournier, Gilbert, Landry & Associés, Sherbrooke.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Eugene Isaac** *Respondent*.

File No.: 16971.

1983: October 19; 1984: February 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Parties to an offence — Murder — Charge to the jury — Instructions excluding s. 21 from the consideration of the jury — Error in law — Criminal Code, ss. 21 and 218.*

Following a fight involving respondent and several other persons on an Indian Reserve in Restigouche, respondent was accused of second degree murder under ss. 218 and 21 of the *Criminal Code*. He was acquitted at trial and a Crown appeal to the Quebec Court of Appeal was dismissed. Leave to appeal was granted by this Court to determine whether the trial judge had erred in his charge to the jury as to the applicability of s. 21 of the *Code*.

*Held*: The appeal should be allowed and a new trial directed.

The words employed by the trial judge in his charge to the jury dealing with the applicability of s. 21 of the *Criminal Code* could convey no other meaning to a jury than that s. 21, dealing with parties to offences other than those who actually commit them, did not apply in this case. However, there was evidence upon which a properly instructed jury could have found that respondent was a party to the unlawful killing and could therefore have been convicted. Given the evidence, it was a fatal error in law to exclude consideration of s. 21(1) of the *Code* from the jury. It did not matter that only one person was charged. Where there is evidence that more than one person participated in the commission of an offence, it is appropriate to direct the jury with respect to the provisions of s. 21(1) of the *Code*.

*R. v. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443, approved.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, rendered on February 22, 1982, dismissing an appeal from a verdict of acquittal by a judge and a jury. Appeal allowed.

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*;

et

**Eugene Isaac** *Intimé*.

<sup>a</sup> N° du greffe: 16971.

1983: 19 octobre; 1984: 2 février.

<sup>b</sup> Présents: Les juges Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC.

<sup>c</sup> *Droit criminel — Parties à une infraction — Meurtre — Exposé au jury — Directives empêchant le jury de prendre l'art. 21 en considération — Erreur de droit — Code criminel, art 21 et 218.*

<sup>d</sup> À la suite d'une bagarre entre l'intimé et plusieurs autres personnes sur une réserve indienne à Restigouche, l'intimé a été accusé de meurtre au deuxième degré en vertu des art. 218 et 21 du *Code criminel*. Au procès il a été acquitté et la Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel du ministère public. Cette Cour a accordé l'autorisation de pourvoi pour déterminer si le juge du procès <sup>e</sup> avait commis une erreur dans ses directives au jury au sujet de l'applicabilité de l'art. 21 du *Code*.

*Arrêt*: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

<sup>f</sup> Vu ce qu'a dit le juge du procès relativement à l'applicabilité de l'art. 21 du *Code criminel*, un jury ne pouvait en venir qu'à une seule conclusion, savoir que l'art. 21, qui porte sur les parties à des infractions autres que les véritables auteurs, ne s'applique pas en l'espèce. <sup>g</sup> Il y avait cependant des éléments de preuve sur lesquels un jury bien instruit du droit pouvait se fonder pour conclure que l'intimé avait participé à l'homicide et pouvait être déclaré coupable. Vu la preuve, c'était une erreur de droit fatale que d'empêcher le jury de tenir compte du par. 21(1) du *Code*. Il importe peu qu'une seule personne ait été accusée. Lorsque la preuve indique que plus d'une personne a participé à la perpétration d'une infraction, il convient de donner au jury des directives concernant les dispositions du par. 21(1) du *Code*.

<sup>i</sup> Jurisprudence: arrêt approuvé: *R. v. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443.

<sup>j</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, rendu le 22 février 1982, rejetant l'appel interjeté d'un verdict d'acquiescement par un juge et un jury. Pourvoi accueilli.

*Michel Babin and Gilles Fournier, for the appellant.*

*Lucien Grenier, Q.C., for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—The respondent was charged with second degree murder in an indictment which read:

That at Restigouche, on or about June the 15th 1979, did illegally commit a second degree murder on the person of Brennan Arsenault, committing thereby an indictable offence under the article 218 and 21 of the Criminal Code of Canada as amended to date.

He was acquitted at trial and a Crown appeal to the Court of Appeal was dismissed. This appeal is by leave granted March 15, 1982.

The respondent Eugene Isaac and the deceased Brennan Arsenault (also known as Brian) lived on an Indian reserve at Restigouche. At the time of the killing the Isaacs and the Arsenaults were not on good terms. This was at least partly due to a feud between one Delphis Wysote, another resident of the reserve and a sometime friend of the Arsenaults, and members of the respondent's family. Some months before the killing Delphis had stabbed Isaac's brother who retaliated a week later by firing a rifle at Delphis. Both were convicted and imprisoned.

Around midnight on June 14, 1979 a minor scuffle occurred involving the deceased and the respondent in which the deceased "played with" the respondent's hat. Talbert Isaac, the respondent's brother, chased the deceased and his brother away, terminating the incident. Several witnesses said that the respondent had not reacted angrily or aggressively on that occasion and it does not appear to have been serious.

At approximately 2:00 a.m. on June 15, the respondent and his sister visited the deceased's home. The respondent's brother, Donald, and his friend, Murray Barnaby, either accompanied them or arrived at the Arsenault's house shortly after. Elizabeth Hewitt, a sister of the deceased, and her brother, Lloyd Arsenault, were downstairs in the

*Michel Babin et Gilles Fournier, pour l'appelante.*

*Lucien Grenier, c.r., pour l'intimé.*

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

LE JUGE MCINTYRE—L'intimé a été accusé de meurtre au deuxième degré dans un acte d'accusation ainsi rédigé:

[TRADUCTION] D'avoir commis à Restigouche, vers le 15 juin 1979, un meurtre au deuxième degré sur la personne de Brennan Arsenault, ce qui constitue un acte criminel au sens des articles 218 et 21 du Code criminel du Canada et modifications.

Au procès il a été acquitté et la Cour d'appel a rejeté l'appel du ministère public. Cette Cour a accordé l'autorisation de pourvoi le 15 mars 1982.

<sup>d</sup> L'intimé Eugene Isaac ainsi que la victime Brennan Arsenault (connue aussi sous le nom de Brian) vivaient sur une réserve indienne à Restigouche. Au moment de l'homicide les Isaac et les Arsenault ne s'entendaient pas très bien. Cela était attribuable, du moins en partie, à une querelle entre un nommé Delphis Wysote, un ancien ami des Arsenault qui résidait lui aussi dans la réserve, et des membres de la famille de l'intimé. Quelques mois avant l'homicide, Delphis avait poignardé le frère d'Isaac qui a riposté une semaine plus tard en tirant un coup de carabine sur Delphis. Ils ont tous les deux été reconnus coupables et incarcérés.

<sup>g</sup> Vers minuit le 14 juin 1979, il s'est produit un incident mineur entre la victime et l'intimé au cours duquel la victime a «joué avec» le chapeau de l'intimé. Talbert Isaac, le frère de l'intimé, a chassé la victime et son frère, mettant ainsi fin à l'incident. D'après plusieurs témoins, la réaction de l'intimé en cette occasion ne traduisait ni colère ni agressivité et rien de grave ne paraît s'être passé.

<sup>i</sup> Le 15 juin, vers 2 h du matin, l'intimé et sa soeur se sont rendus chez la victime. Donald, le frère de l'intimé, et son ami, Murray Barnaby, les ont peut-être accompagnés ou sont aussi arrivés chez les Arsenault un peu plus tard. Elizabeth Hewitt, une des soeurs de la victime, ainsi que son frère, Lloyd Arsenault, se trouvaient au rez-de-

house drinking. The deceased, who had been drinking a good deal that day, was sitting at the dining room table asleep. According to the respondent, he was offered a beer. Then an argument began involving Lloyd Arsenault and Delphis Wysote which led to an invitation by the respondent to Lloyd Arsenault to come outside and fight. The assembled company went outside, including the deceased who had awakened. What then occurred is best described by the respondent in an extract from a statement he made to the police which was admitted in evidence. It is reproduced hereunder in the form in which it is recorded in the transcript.

So me and Murray, my sister to Arsenault's place. Leona entered in Elizabeth's house with me at the same time. Ten (10) minutes after, Lloyd Arsenault started arguing with me. Delphis put is nose in our business. I said to Lloyd: "If you want to fight why don't you come outside." So we went outside me and Lloyd and as soon I grabbed Lloyd Brian Arsenault jumped in my back. So I threw Brian off my back on the ground. The I got on top of him and started punching on his face with my fist about five (5) times. So I left him there. At the same time, Murray Barnaby was trying to get after Lloyd Arsenault. After, I grabbed Lloyd. I did not fight long with him because Donald Isaac came and we both fighting with him.

And at that time, Murray was punching Brian on his face. So Mercer came out and me and Donald were fighting with Lloyd. So he came toward us and started yelling, and we stopped fighting. And Elizabeth Arsenault was on the porch.

Donald was arguing with Mercer, he sent him back in the house and he went in. He just jumped in the house and came out. And we all took off and started running towards my brother's house, Reggie. We all are hiding in the basement. After five (5) minutes, we have been there, Carmen told us to leave and we went at my father's house.

The police put some questions to the respondent and the questions and answers were given in evidence. They are set out hereunder:

Q. Did you use to go at Arsenault's case?

A. No.

Q. Why did you go there?

A. Because my sister wanted us to go.

chaussée de la maison en train de boire. La victime, qui avait bu copieusement ce jour-là, était assise à la table de la salle à manger, endormie. Selon l'intimé, on lui a offert une bière. Puis une altercation a éclaté à laquelle ont participé Lloyd Arsenault et Delphis Wysote et qui a abouti à une invitation à sortir pour se battre lancée par l'intimé à Lloyd Arsenault. Tout le monde est sorti, y compris la victime qui s'était réveillée. La meilleure description de ce qui s'est alors passé est fournie par l'intimé dans un extrait tiré d'une déclaration qu'il a faite à la police et qui a été admise en preuve. Je le reproduis ci-après tel qu'il est dans le dossier conjoint:

[TRADUCTION] Alors, moi, Murray et ma soeur, nous nous sommes rendus chez les Arsenault. Leona est entrée dans la maison d'Elizabeth en même temps que moi. Dix (10) minutes plus tard, Lloyd Arsenault a commencé à se disputer avec moi. Delphis s'est mis le nez dans nos affaires. J'ai dit à Lloyd: «Si tu veux te battre, sortons.» Alors Lloyd et moi sommes sortis et dès que j'ai saisi Lloyd, Brian Arsenault a sauté sur moi par derrière. Alors j'ai jeté Brian par terre. Puis j'ai sauté sur lui, lui donnant environ cinq (5) coups de poing au visage. Alors je l'ai laissé là. En même temps, Murray Barnaby essayait de se battre avec Lloyd Arsenault. Puis, j'ai saisi Lloyd. Je ne me suis pas battu longtemps avec lui parce que Donald Isaac est arrivé et nous nous battions tous les deux avec lui.

À ce moment-là, Murray frappait Brian au visage. Alors Mercer est sorti lorsque Donald et moi nous nous battions avec Lloyd. Alors il s'est approché de nous et s'est mis à crier et nous avons arrêté de nous battre. Et Elizabeth Arsenault se tenait sur le perron.

Donald se disputait avec Mercer; il lui a dit de rentrer dans la maison et il est rentré. Il a simplement fait un saut dans la maison et en est ressorti. Et nous nous sommes tous sauvés et nous avons commencé à courir vers la maison de mon frère, Reggie. Nous nous sommes tous cachés au sous-sol. Au bout de cinq (5) minutes, Carmen nous a dit de partir et nous nous sommes rendus chez mon père.

La police a posé quelques questions à l'intimé et ces questions ainsi que les réponses fournies ont été produites en preuve. Je les reproduis ci-après:

[TRADUCTION] Q. Alliez-vous régulièrement chez les Arsenault?

R. Non.

Q. Pourquoi vous y êtes-vous rendu?

R. Parce que ma soeur voulait qu'on y aille.



Q. Who was in the house when you got in?

A. Delphis Wysote, Elizabeth Arsenault, Brian Arsenault, Lloyd Arsenault and Murray were standing right besides the door.

Q. Why did stay there?

A. Because they offered me to have a beer.

Q. During the arguing did you mention the name of your brother Leonard?

A. Yes.

Q. What did you say about him?

A. Because Lloyd told that he already tried to bet me.

Q. Lloyd told that ...

A. ...

A. Lloyd told that he already tried to beat him up on the street. And Delphis said that he already take care of ... I told to Delphis: You have already cut him up before.

Q. How come Donald got involved in that fight?

A. Probably to help me.

Q. When did you see him first?

A. When he was going home by the driveway of Reggie Isaac towards my brother's place.

Q. When you saw him was it during the fight?

A. During the fiht, yea.

Q. Did you see someone with something in his hand during the fight?

A. No I was to busy to fight with Lloyd.

Moments after the melee outside the house commenced, Elizabeth Hewitt's husband, Mercer Hewitt, who had been upstairs in bed, arrived on the scene, stopped the fight and discovered that Brian Arsenault was dead.

The medical evidence given by the pathologist who conducted an autopsy on the deceased was that death was caused by a heavy blow or blows to the front part of the head with some kind of blunt object such as a fist or a large piece of wood. The damage was severe. The skull was fractured in the left frontal region, the brain had been pushed back and there was extensive cerebral hemorrhaging. Under cross-examination by defence counsel, Dr. Bachand admitted that death could have been caused by a single hard blow but said it was unlikely to have been caused by injury to the back

Q. Qui était dans la maison quand vous êtes arrivé?

R. Delphis Wysote, Elizabeth Arsenault, Brian Arsenault, Lloyd Arsenault et Murray se tenaient juste à côté de la porte.

Q. Pourquoi y êtes-vous resté?

R. Parce qu'ils m'ont offert une bière.

Q. Au cours de la dispute avez-vous mentionné le nom de votre frère Leonard?

R. Oui.

Q. Qu'avez-vous dit à son sujet?

R. Parce que Lloyd a dit qu'il avait déjà essayé de me battre.

Q. Lloyd a dit que ...

R. ...

R. Parce que Lloyd a dit qu'il avait déjà essayé de le battre dans la rue. Et Delphis a dit qu'il lui avait déjà réglé son compte ... J'ai dit à Delphis: Tu l'as déjà poignardé.

Q. Comment se fait-il que Donald se soit mêlé à cette bagarre?

R. Probablement pour m'aider.

Q. Quand l'avez-vous vu pour la première fois?

R. Alors qu'il se rendait chez lui en passant par l'allée de Reggie Isaac dans la direction de la maison de mon frère.

Q. Est-ce au cours de la bagarre que vous l'avez vu?

R. Au cours de la bagarre, ouais.

Q. Avez-vous remarqué si quelqu'un avait quelque chose à la main au cours de la bagarre?

R. Non, j'étais trop occupé à me battre avec Lloyd.

Peu après le commencement de la mêlée à l'extérieur de la maison, le mari d'Elizabeth Hewitt, Mercer Hewitt, qui était couché à l'étage, est arrivé pour mettre fin à la bagarre et a découvert que Brian Arsenault était mort.

Le pathologiste qui a fait l'autopsie de la victime a témoigné que la mort a résulté d'au moins un coup violent sur la partie antérieure de la tête avec un objet contondant quelconque, tel qu'un poing ou un gros morceau de bois. Les lésions étaient graves. Il y avait une fracture du crâne à la région frontale gauche, le cerveau avait été refoulé en arrière et il y avait eu une hémorragie cérébrale massive. Contre-interrogé par l'avocat de la défense, le docteur Bachand a reconnu qu'un seul coup sec aurait pu causer la mort mais, a-t-il dit, il est peu probable qu'elle ait été provoquée par des

of the head. According to the medical evidence, all of the major head wounds sustained by the deceased occurred while he was still alive. The evidence of heavy drinking on the deceased's part was confirmed by his blood alcohol reading of 222 milligrams per 100 millilitres of blood. In his charge to the jury the trial judge adequately dealt with the elements of murder and manslaughter and the significance of drunkenness on the part of an accused in relation to those offences. This part of his charge was not challenged in this Court. The basis of the Crown's challenge to the verdict is that portion of the charge on the applicability of s. 21(1) and s. 21(2) of the *Criminal Code*. After reading the subsections and giving hypothetical examples of their application, he told the jury:

It is my responsibility to tell you that the first part of article twenty-one (21) cannot apply in, to this case, provided you can draw from the evidence that the accused and his companions had the intent of going at Arsenault's place and start a fight. They had no intention of killing anybody. It was then their common purpose in engaging in a fight. Not to kill anybody.

So, the first part of article 21 applies only to a charge which may be laid down in this case, a charge of assault with intent to cause bodily harm which is not the charge here in this case.

The second part of article twenty-one (21) does not apply either. I'll tell you why. If somebody starts to fight, there is a possibility that somebody might be killed, but it is not a probability. The article says that the commission of an offence will be the probable consequence of carrying out a common purpose.

When there is only a possibility that an offence may be committed, the article does not apply. It is only where there is a probability. In this case, the common purpose of the three (3) purposes [sic] were only in engaging in a fight and not to kill anybody and I don't think you can draw from the evidence that there was a probability that man might be killed in—during the fight.

So, this part of article twenty-one (21) does not apply either.

After deliberating for some time, the jury returned and requested more instruction on the crime of

lésions à la partie postérieure de la tête. Selon la preuve médicale, la victime était encore vivante lorsqu'elle a subi chacune des blessures principales à la tête. La preuve indiquant que la victime avait bu abondamment est confirmée par son taux d'alcoolémie de 222 milligrammes par 100 millilitres de sang. Dans son exposé au jury, le juge du procès a donné des directives appropriées sur les éléments constitutifs du meurtre et de l'homicide involontaire coupable et sur l'importance de l'ivresse d'un accusé relativement à ces infractions. Cette partie de son exposé n'est pas contestée devant cette Cour. Pour attaquer le verdict, le ministère public se fonde sur la partie de l'exposé relative à l'applicabilité des par. 21(1) et 21(2) du *Code criminel*. Après avoir fait lecture de ces dispositions et ayant fourni des exemples hypothétiques de leur application, le juge a dit au jury:

[TRADUCTION] Il m'incombe de vous signaler que la première partie de l'article vingt et un (21) ne s'applique pas en l'espèce si vous pouvez conclure de la preuve que l'accusé et ses compagnons avaient l'intention de se rendre chez Arsenault pour déclencher une bagarre. Ils ne voulaient tuer personne. Telle était donc leur intention commune celle de se battre. Non de tuer qui que ce soit.

Alors, la première partie de l'article 21 ne peut s'appliquer en l'espèce qu'à une accusation de voies de fait avec l'intention de causer des lésions corporelles, accusation qui n'a pas été portée ici.

La seconde partie de l'article vingt et un (21) ne s'applique pas non plus. Je m'explique. Si quelqu'un commence à se battre, il est possible que quelqu'un soit tué, mais ce n'est pas probable. L'article dit que la réalisation de l'intention commune doit avoir pour conséquence probable la perpétration de l'infraction.

Lorsque la perpétration d'une infraction n'est qu'une possibilité, l'article ne s'applique pas. Son application se limite au cas où il y a une probabilité. En l'espèce, l'intention commune des trois personnes était simplement de se battre et non pas de commettre un homicide, et, selon moi, la preuve ne permet pas de conclure qu'il était probable qu'un homme serait tué au cours de la bagarre.

Par conséquent, cette partie de l'article vingt et un (21) ne s'applique pas non plus.

Après avoir délibéré quelque temps, le jury est revenu et a demandé des précisions sur le crime

manslaughter. The judge re-directed the jury and said in part:

In order to find the accused guilty of manslaughter, you have to come to the conclusion that the Crown has proven all the elements of the murder, except the element on intent to kill a human being.

That is to say that one, the death of the victim was caused by violence, two, that the death of the victim was the consequence of the blows given by the accused and not by someone else, three, that the wounds inflicted to the victim are these blows that caused the death of the victim.

On these three elements, you have to come to the conclusion that each and everyone of them has been proven beyond reasonable doubt. If you have a doubt on one of these elements, the crime of manslaughter has not been proven, but if you come to the conclusion that all of these elements have been proven beyond reasonable doubt, then, you have a crime of manslaughter.

The Court of Appeal dismissed the Crown's appeal from the acquittal of the respondent. While each of the three members of the Court wrote separate reasons for judgment, they were in agreement that the charge to the jury, although perhaps not perfect, did not contain such errors as to warrant a direction for a retrial. They also considered that the points raised by the Crown related to questions of fact or, at best, mixed fact and law and not law alone. Monet J.A. further expressed the view that the trial judge had not, as asserted by the Crown, withdrawn consideration of s. 21 from the jury's consideration, but had merely given his opinion on the facts as he was entitled to do.

In this Court the Crown contended that there was sufficient evidence to go to the jury as to whether the respondent was a party to the unlawful killing within the meaning of s. 21(1) and s. 21(2) of the *Criminal Code*. The trial judge erred, therefore, in directing the jury to disregard the provisions of s. 21 of the *Code*. It was asserted that the issue raised was one of law, not mixed fact and law. If the jury had been properly instructed, they would have had no other choice than to convict the

d'homicide involontaire coupable. Le juge, en donnant au jury des nouvelles directives, a dit notamment:

[TRADUCTION] Pour pouvoir déclarer l'accusé coupable d'homicide involontaire coupable, vous devez conclure que le ministère public a prouvé tous les éléments du meurtre sauf l'intention de tuer un être humain.

C'est-à-dire premièrement que la mort de la victime a été causée par un acte violent, deuxièmement, que la mort de la victime a été la conséquence de coups donnés par l'accusé et non par quelqu'un d'autre, troisièmement, que ce sont les lésions infligées à la victime par suite de ces coups qui ont causé sa mort.

Vous devez conclure que chacun de ces trois éléments a été établi hors de tout doute raisonnable. Si vous entretenez un doute quant à l'un de ces éléments, le crime d'homicide involontaire coupable n'a pas été prouvé, mais si vous arrivez à la conclusion que tous ces éléments ont été prouvés hors de tout doute raisonnable, alors il y a homicide involontaire coupable.

La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquittal de l'intimé. Chacun des trois membres de la Cour a rédigé des motifs de jugement distincts, mais ils étaient tous d'accord pour dire que l'exposé au jury, bien qu'il ait pu ne pas être parfait, ne contenait aucune erreur justifiant une ordonnance de nouveau procès. De plus, les juges ont estimé que les points soulevés par le ministère public se rapportaient à des questions de fait ou, tout au plus, à des questions mixtes de fait et de droit, et non pas à des questions de droit exclusivement. Le juge Monet s'est dit en outre d'avis que le juge du procès n'avait pas, contrairement à ce que prétend le ministère public, interdit au jury de tenir compte de l'art. 21, mais qu'il avait simplement exprimé son opinion sur les faits, comme il était en droit de le faire.

Devant cette Cour, le ministère public a fait valoir qu'il y avait suffisamment de preuves pour laisser le jury se prononcer sur la question de savoir si l'intimé avait été partie à l'homicide, au sens des par. 21(1) et 21(2) du *Code criminel*. Le juge du procès aurait donc commis une erreur en ordonnant au jury de ne pas tenir compte des dispositions de l'art. 21 du *Code*. On a soutenu qu'il s'agit là d'une question de droit et non pas d'une question mixte de fait et de droit. Si le jury

respondent of at least manslaughter. The respondent contended that the comments of the judge, referred to above, were mere expressions of his opinion that s. 21 could be inapplicable depending on the jury's view of the facts. The Court of Appeal did not err in considering that the issues raised by the Crown were matters of mixed law and fact. It was further contended that in any event on the evidence there was no occasion to charge under s. 21 of the *Code*.

At the outset I must observe that I cannot accept the argument that the words employed by the trial judge in dealing with the applicability of s. 21 of the *Criminal Code* amounted only to an expression of opinion as to the facts. In my opinion, the words appearing in the record could convey no other meaning to a jury than that s. 21, dealing with parties to offences other than those who actually commit them, could not be applied in this case. This meaning could only have been reinforced by the later remarks made in response to the request for further instructions in which the trial judge said that in order to convict the jury had to be satisfied that "the death of the victim was the consequence of the blows given by the accused and not by someone else". I am therefore of the view that the Crown's assertion that consideration of s. 21 of the *Code* was removed from the jury is well-founded.

What then was the consequence of this direction with respect to s. 21 of the *Criminal Code*? A brief reference to the evidence is necessary to find the answer. It is perfectly clear that there was evidence upon which a jury could have found that an offence was committed, an unlawful killing, which could have been murder or manslaughter. There was as well evidence from which a jury could have concluded that both the respondent and Barnaby participated in the assault which caused the death and in doing so assisted each other, Barnaby engaging Lloyd Arsenault while the respondent pummelled the deceased and later joining the attack on the deceased while the respondent "grabbed Lloyd". There was nothing, however, in

avait reçu des directives appropriées, il n'aurait pu faire autrement que de reconnaître l'intimé coupable au moins d'homicide involontaire coupable. L'intimé a prétendu que les observations du juge, déjà reproduites, étaient de simples expressions de son opinion que l'art. 21 pouvait être inapplicable suivant l'interprétation que le jury donnait aux faits. La Cour d'appel n'aurait pas commis d'erreur en concluant que les questions soulevées par le ministère public étaient des questions mixtes de fait et de droit. En outre, on a allégué qu'en tout cas, la preuve ne justifiait pas une accusation fondée sur l'art. 21 du *Code*.

Je tiens à signaler d'abord que je ne puis accepter l'argument selon lequel ce qu'a dit le juge du procès relativement à l'applicabilité de l'art. 21 du *Code criminel* ne constituait qu'une expression d'opinion quant aux faits. Selon moi, un jury ne pouvait tirer des mots figurant au dossier qu'une seule conclusion, savoir que l'art. 21, qui porte sur les parties à des infractions autres que les véritables auteurs, ne s'applique pas en l'espèce. Cette impression n'a pu qu'être renforcée par les remarques subséquentes faites par suite de la demande de directives supplémentaires. Le juge du procès a alors dit que, pour pouvoir rendre un verdict de culpabilité, le jury devait être convaincu que «la mort de la victime a été la conséquence de coups donnés par l'accusé et non par quelqu'un d'autre». Je suis donc d'avis que l'assertion du ministère public portant que le jury a été empêché de tenir compte de l'art. 21 du *Code*, est bien fondée.

Quelle a donc été la conséquence de cette directive concernant l'art. 21 du *Code criminel*? Il faut se reporter brièvement à la preuve pour trouver la réponse. Il est bien évident que, sur la foi de la preuve, un jury pouvait conclure qu'il y avait eu perpétration d'une infraction, savoir un homicide, qui pouvait être soit un meurtre soit un homicide involontaire coupable. Il y avait aussi des éléments de preuve sur lesquels un jury pouvait se fonder pour conclure que l'intimé et Barnaby ont tous les deux participé aux voies de fait qui ont causé la mort et que par leur participation ils se sont prêtés mutuellement assistance, Barnaby se battant avec Lloyd Arsenault tandis que l'intimé bourrait la victime de coups, puis se joignant à l'attaque

the evidence of those who participated in the fighting or in the medical evidence to enable the jury to say whose blow or blows caused the death. The inescapable conclusion from the medical evidence, however, would have been that the injuries received by the deceased resulted in his death, all having been suffered before death. It follows then that a properly instructed jury could have found on the evidence that the respondent and Barnaby were parties to the unlawful killing and could therefore have been convicted. It was in these circumstances a fatal error to exclude consideration of s. 21(1) of the *Code* from the jury.

I do not overlook the fact that only the respondent was charged in the indictment and that the record is silent as to charges that may have been brought against the other participants. Nonetheless, where there is evidence that more than one person participated in the commission of a crime, even though only one is charged, a direction under s. 21 of the *Criminal Code* may be necessary. I note the words of Martin J.A. in *R. v. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443, at p. 458, where, speaking for the Ontario Court of Appeal (Martin, Lacourcière and Thorson J.J.A.), he said:

I am of the view that it is also appropriate, where an accused is being tried alone and there is evidence that more than one person was involved in the commission of the offence, to direct the jury with respect to the provisions of s. 21 of the *Code*, even though the identity of the other participant or participants is unknown, and even though the precise part played by each participant may be uncertain.

I adopt those words as a correct statement of the law.

It was also contended that the trial judge erred in excluding consideration of s. 21(2) of the *Criminal Code* from the jury. I do not propose, however, to deal further with the matter since a new trial must, in any event, be directed because of the error with respect to s. 21(1) of the *Code*. A decision as to the applicability of s. 21(2) must await a new trial and will be based upon the state of the evidence then adduced.

contre la victime alors que l'intimé se battait avec Lloyd. Toutefois, rien dans les témoignages de ceux qui ont participé à la bagarre ni dans la preuve médicale ne permettait au jury de déterminer qui a infligé le coup ou les coups mortels. Il reste cependant que la preuve médicale mène inévitablement à la conclusion que les blessures de la victime, ayant toutes été subies avant sa mort, en ont été la cause. Il s'ensuit donc qu'un jury bien instruit du droit aurait pu conclure sur la foi de la preuve que l'intimé et Barnaby ont été parties à l'homicide et que, par conséquent, ils auraient pu être déclarés coupables. Dans ces circonstances, c'était une erreur fatale d'interdire au jury de tenir compte du par. 21(1) du *Code*.

Je n'oublie pas que seul l'intimé a été inculpé dans l'acte d'accusation et que le dossier est muet quant aux accusations qui ont pu être portées contre les autres participants. Quoi qu'il en soit, lorsque la preuve indique que plus d'une personne a participé à un crime, même si seulement l'une d'elles est inculpée, une directive portant sur l'art. 21 du *Code criminel* peut être nécessaire. Je note les propos qu'a tenus le juge Martin dans l'affaire *R. v. Sparrow* (1979), 51 C.C.C. (2d) 443, à la p. 458, où, parlant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Martin, Lacourcière et Thorson), il dit:

[TRADUCTION] Je suis d'avis qu'il convient aussi, lorsqu'un seul accusé est jugé et que la preuve indique que plus d'une personne a participé à la perpétration de l'infraction, de donner au jury des directives concernant les dispositions de l'art. 21 du *Code*, même si on ignore l'identité de tout autre participant et même si le rôle précis de chaque participant peut être incertain.

J'adopte ces propos qui constituent un énoncé correct du droit.

On a en outre fait valoir que le juge du procès a commis une erreur en interdisant au jury de tenir compte du par. 21(2) du *Code criminel*. Je n'entends toutefois pas approfondir cette question car, de toute façon, un nouveau procès doit être ordonné en raison de l'erreur relative au par. 21(1) du *Code*. La question de l'applicabilité du par. 21(2) doit attendre un nouveau procès et devra être tranchée à la lumière de la preuve qui y sera apportée.

I might observe that in this Court counsel for the respondent conceded, while contending that there was no evidence to warrant a charge to the jury under s. 21 of the *Code*, that if sufficient evidence had existed it would have been error in law to exclude that section from the jury.

The Crown seeks a new trial on a charge of manslaughter only. I would allow the appeal and direct a new trial on a charge of manslaughter.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Michel Babin and Gilles Fournier, Sept-Iles.*

*Solicitors for the respondent: Grenier, Grenier & Grenier, New Carlisle.*

Je signale que devant cette Cour, l'avocat de l'intimé, tout en soutenant que la preuve ne justifiait pas des directives au jury sur l'art. 21 du *Code*, a reconnu que, si la preuve avait été suffisante, il aurait été erroné en droit d'interdire au jury de tenir compte de cet article.

Le ministère public demande un nouveau procès qui portera uniquement sur une accusation d'homicide involontaire coupable. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès portant sur une accusation d'homicide involontaire coupable.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelante: Michel Babin et Gilles Fournier, Sept-Iles.*

*Procureurs de l'intimé: Grenier, Grenier & Grenier, New Carlisle.*

**Telecommunications Workers' Union**  
*Appellant;*

and

**British Columbia Ferry Corporation**  
*Respondent;*

and

**Labour Relations Board of British Columbia,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General of Canada** *Interveners.*

and between

**Telecommunications Workers' Union, Local  
36, its members, servants and agents and any  
person acting or purporting to act on its  
behalf, and all persons unknown to the  
Plaintiff attending or picketing at or near the  
premises of the Plaintiff at or near the Town  
of Elkford, British Columbia** *Appellants;*

and

**Fording Coal Limited** *Respondent;*

and

**Labour Relations Board of British Columbia,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General of Canada** *Interveners.*

File No. 16870.

1984: February 13.

Present: Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre,  
Chouinard and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Labour relations — Picketing — Federally certified  
union picketing provincial undertakings — Provincial  
employers bringing actions for damages for illegal  
picketing — Provincial Labour Code requiring consent  
of Labour Relations Board prior to bringing such  
actions — Whether provincial Labour Code applicable  
to picketing due to a federal labour dispute — Labour  
Code of British Columbia, 1973 (2nd Sess.) (B.C.),*

**Telecommunications Workers' Union**  
*Appellant;*

et

<sup>a</sup> **British Columbia Ferry Corporation** *Intimée;*

et

<sup>b</sup> **Labour Relations Board of British Columbia,  
Procureur général de la Colombie-  
Britannique, Procureur général du Canada**  
*Intervenants.*

<sup>c</sup> et entre

<sup>d</sup> **Telecommunications Workers' Union, section  
locale 36, ses membres, ses préposés, ses  
mandataires et toute personne, agissant ou  
prétendant agir pour son compte et toutes les  
personnes inconnues de la demanderesse qui  
se trouvaient ou qui faisaient du piquetage  
dans les environs des locaux de la  
demanderesse situés à Elkford**

<sup>e</sup> (Colombie-Britannique) *Appellants;*

et

**Fording Coal Limited** *Intimée;*

<sup>f</sup> et

<sup>g</sup> **Labour Relations Board of British Columbia,  
Procureur général de la Colombie-  
Britannique, Procureur général du Canada**  
*Intervenants.*

N° du greffe: 16870.

1984: 13 février.

<sup>h</sup> Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey,  
McIntyre, Chouinard et Wilson.

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

<sup>i</sup> *Relations de travail — Piquetage — Syndicat accrédité en vertu de la loi fédérale qui fait du piquetage auprès d'entreprises provinciales — Actions en dommages-intérêts pour piquetage illégal intentées par les employeurs touchés — Code du travail de la province exigeant le consentement préalable du Labour Relations Board pour tenter ces actions — Applicabilité du Code du travail de la province dans le cas de*

*c. 122 as amended (now the Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212), s. 32(4).*

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, [1981] 6 W.W.R. 714, 31 B.C.L.R. 247, 128 D.L.R. (3d) 307, allowing appeals from judgments of Murray J., [1980] 2 W.W.R. 1, 16 B.C.L.R. 160, 105 D.L.R. (3d) 360, dismissing two actions for damages for illegal picketing. Appeal dismissed.

*Morley D. Shortt*, for the appellants.

*I. G. Nathanson and Joan McEwen*, for the respondent British Columbia Ferry Corporation.

*Edward Chiasson and Thomas Schiller*, for the respondent Fording Coal Limited.

*E. R. A. Edwards, Q.C.*, for the interveners the Labour Relations Board of British Columbia and the Attorney General of British Columbia.

*T. B. Smith, Q.C.*, and *Peter Doody*, for the intervener the Attorney General of Canada.

The judgment of the Court was delivered orally by

RITCHIE J.—Leaving aside the constitutional issue, we dispose of the appeal on the basis of the reasons for judgment of the Chief Justice of British Columbia and Mr. Justice Craig on the interpretation of the *Labour Code* of British Columbia. It is therefore unnecessary to answer the constitutional question. The appeal is dismissed with costs.

There will, however, be no costs payable to or by the interveners.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellants: Shortt & Company, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent British Columbia Ferry Corporation: Davis & Company, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent Fording Coal Limited: Ladner, Downs, Vancouver.*

*piquetage résultant d'un conflit de travail fédéral — Labour Code of British Columbia, 1973 (2<sup>e</sup> Sess.) (B.C.), chap. 122 et modifications (actuellement le Labour Code, R.S.B.C. 1979, chap. 212), art. 32(4).*

<sup>a</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [1981] 6 W.W.R. 714, 31 B.C.L.R. 247, 128 D.L.R. (3d) 307, qui a accueilli les appels interjetés à l'encontre des jugements du juge Murray, [1980] 2 W.W.R. 1, 16 B.C.L.R. 160, 105 D.L.R. (3d) 360, qui avait rejeté deux actions en dommages-intérêts pour piquetage illégal. Pourvoi rejeté.

<sup>c</sup> *Morley D. Shortt*, pour les appelants.

*I. G. Nathanson et Joan McEwen*, pour l'intimée British Columbia Ferry Corporation.

<sup>d</sup> *Edward Chiasson et Thomas Schiller*, pour l'intimée Fording Coal Limited.

*E. R. A. Edwards, c.r.*, pour les intervenants le Labour Relations Board of British Columbia et le procureur général de la Colombie-Britannique.

<sup>e</sup> *T. B. Smith, c.r.*, et *Peter Doody*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

<sup>f</sup> Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

<sup>g</sup> LE JUGE RITCHIE—Mettant de côté la question constitutionnelle, nous statuons sur le présent pourvoi en fonction des motifs de jugement du Juge en chef de la Colombie-Britannique et du juge Craig relativement à l'interprétation du *Labour Code* de la Colombie-Britannique. Il est donc inutile de répondre à la question constitutionnelle. Le pourvoi est rejeté avec dépens.

<sup>h</sup> Toutefois, il n'y aura pas d'adjudication de dépens pour ou contre les intervenants.

*Jugement en conséquence.*

<sup>i</sup> *Procureurs des appelants: Shortt & Company, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée British Columbia Ferry Corporation: Davis & Company, Vancouver.*

<sup>j</sup> *Procureurs de l'intimée Fording Coal Limited: Ladner, Downs, Vancouver.*



*Solicitors for the interveners the Labour Relations Board of British Columbia and the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Roger Tassé, Ottawa.*

*Procureurs des intervenants le Labour Relations Board of British Columbia et le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.*

<sup>a</sup> *Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Roger Tassé, Ottawa.*

**IN THE MATTER of Section 55 of the  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, chapter  
S-19, as amended**

**AND IN THE MATTER of a Reference by  
the Governor in Council concerning property  
in and legislative jurisdiction over the seabed  
and subsoil of the continental shelf offshore  
Newfoundland and set out in  
Order-in-Council P.C. 1982-1509 dated the  
19th day of May, 1982**

File No.: 17096.

1983: February 22, 23, 24; 1984: March 8.

Present: Laskin C.J. \*, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey,  
McIntyre and Chouinard J.J.

**REFERENCE BY THE GOVERNOR IN COUNCIL**

*Constitutional law — International law — Continental shelf off Newfoundland — Natural resources — Whether Canada or Newfoundland has the right to explore and exploit natural resources of continental shelf — Newfoundland Act, 1949 (U.K.), c. 22, Terms of Union (Schedule), Terms 2, 3, 7, 35, 37 — Statute of Westminster, 1931 (U.K.), c. 4, ss. 1, 3, 10, 11 — Geneva Convention, 1958, art. 2 — Statute of the International Court of Justice, art. 38(1) — Constitution Act, 1867, ss. 109, 132.*

*Constitutional law — Distribution of legislative powers — Legislative jurisdiction over the natural resources of continental shelf off Newfoundland — Federal jurisdiction — Peace, order and good government power — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92, 92(5), 92(13), 92A(1).*

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

In respect of the mineral and other natural resources of the seabed and subsoil of the continental shelf, in the area offshore Newfoundland ... has Canada or Newfoundland:

(1) the right to explore and exploit the said mineral and other natural resources, and

\* Laskin C.J., because of illness, took no part in the judgment.

**DANS L'AFFAIRE de l'article 55 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chapitre S-19 et modifications**

**a ET DANS L'AFFAIRE d'un renvoi adressé par le gouverneur en conseil au sujet de la propriété et de la compétence législative relatives au sol et sous-sol du plateau continental situé au large de Terre-Neuve, tel qu'énoncé dans le décret C.P. 1982-1509 en date du 19 mai 1982**

N° du greffe: 17096.

c 1983: 22, 23, 24 février; 1984: 8 mars.

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

**d RENVOI ADRESSÉ PAR LE GOUVERNEUR EN CONSEIL**

*Droit constitutionnel — Droit international — Plateau continental au large de Terre-Neuve — Ressources naturelles — Qui du Canada ou de Terre-Neuve a le droit d'explorer et d'exploiter les ressources naturelles du plateau continental? — Loi sur Terre-Neuve, 1949 (R.-U.), chap. 22, Conditions de l'union (annexe), clauses 2, 3, 7, 35, 37 — Statut de Westminster, 1931 (R.-U.), chap. 4, art. 1, 3, 10, 11 — Convention de Genève de 1958, art. 2 — Statut de la Cour internationale de Justice, art. 38(1) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 109, 132.*

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs législatifs — Compétence législative relative aux ressources naturelles du plateau continental au large de Terre-Neuve — Compétence fédérale — Pouvoir en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92, 92(5), 92(13), 92A(1).*

**h** Conformément à l'art. 55 de la *Loi sur la Cour suprême*, le gouverneur général en conseil a soumis à cette Cour la question constitutionnelle suivante:

**i** En ce qui concerne les ressources minérales et autres ressources naturelles du sol et du sous-sol du plateau continental situées au large de Terre-Neuve ... qui entre le Canada ou Terre-Neuve:

(1) d'une part, a le droit de les prospecter et de les exploiter,

**j** \* Le Juge en chef n'a pas pris part au jugement pour cause de maladie.

(2) legislative jurisdiction to make laws in relation to the exploration and exploitation of the said mineral and other natural resources?

The Attorney General of Canada submitted that the answers to both parts of the question should be in favour of Canada. The Attorney General of Newfoundland, whose position was supported by the other provinces—except Quebec, Ontario and Saskatchewan who were not represented on this reference—submitted that both parts of the question should be answered in favour of Newfoundland.

*Held:* Both parts of the question should be answered in favour of Canada.

There is no basis upon which the Province of Newfoundland could claim the right to explore and exploit or claim legislative jurisdiction over the resources of the continental shelf:

(1) The continental shelf rights claimed by the parties are the rights granted by international law for a coastal State to explore and exploit its continental shelf. These rights are not in pith and substance proprietary: they are an extraterritorial manifestation of external sovereignty. During the relevant period prior to its entry into Confederation in 1949, Newfoundland did not have the requisite external sovereignty to acquire continental shelf rights. As a matter of Imperial constitutional law any continental shelf rights available at international law before 1949 would have been acquired by the Crown in right of the United Kingdom, not the Crown in right of Newfoundland.

Even if Newfoundland had acquired continental shelf rights prior to its entry into Confederation these rights would have passed to Canada by virtue of the Terms of Union. Term 37, which perpetuates the province's proprietary rights in natural resources "belonging to Newfoundland at the date of Union", would not suffice to pass any existing continental shelf right to the province.

In any event, Newfoundland could not, upon entry into Confederation, have held rights to explore and exploit in the continental shelf because at that time international law conferred no such rights. These rights, which were not indisputably recognized before the Geneva Convention of 1958, do not have a retroactive effect capable of assisting Newfoundland.

(2) Newfoundland's legislative competence, like that of all the other provinces, is confined to legislation operating within the province. The continental shelf,

(2) d'autre part, a compétence pour légiférer dans les domaines visés au par. (1) ci-dessus?

Le procureur général du Canada a soutenu qu'il faut répondre aux deux parties de la question en faveur du Canada. Le procureur général de Terre-Neuve, avec l'appui des autres provinces—sauf le Québec, l'Ontario et la Saskatchewan qui n'étaient pas représentés dans ce renvoi—, a soutenu qu'il fallait répondre aux deux parties de la question en faveur de Terre-Neuve.

*Arrêt:* Il y a lieu de répondre aux deux parties de la question en faveur du Canada.

Il n'y a aucun fondement qui permette à la province de Terre-Neuve de revendiquer le droit d'explorer et d'exploiter les ressources du plateau continental ou de revendiquer la compétence législative sur ces ressources:

(1) Les droits relatifs au plateau continental revendiqués par les parties sont les droits que le droit international reconnaît à un État riverain d'explorer et d'exploiter son plateau continental. De par leur caractère véritable, ces droits ne sont pas des droits de propriété: ils constituent une manifestation extra-territoriale de la souveraineté extérieure. Pendant la période en cause, avant son entrée dans la Confédération en 1949, Terre-Neuve n'avait pas la souveraineté extérieure nécessaire pour acquérir les droits relatifs au plateau continental. En droit constitutionnel impérial, tout droit relatif au plateau continental accordé par le droit international avant 1949 aurait été dévolu à Sa Majesté du chef du Royaume-Uni et non à Sa Majesté du chef de Terre-Neuve.

Même si Terre-Neuve avait acquis les droits relatifs au plateau continental avant son entrée dans la Confédération, ces droits seraient passés au Canada en vertu des Conditions de l'union. La clause 37, qui conserve à la province les droits de propriété sur les ressources naturelles «appartenant à Terre-Neuve à la date de l'Union», ne suffit pas à lui transmettre tout droit qui pouvait alors exister sur le plateau continental.

Quoi qu'il en soit, Terre-Neuve ne pouvait, à son entrée dans la Confédération, détenir des droits d'exploration et d'exploitation du plateau continental parce qu'à cette époque le droit international ne conférait pas de tels droits. Ces droits, qui n'étaient pas incontestablement reconnus avant la Convention de Genève de 1958, n'ont pas d'effet rétroactif susceptible de profiter à Terre-Neuve.

(2) La compétence législative de Terre-Neuve, comme celle de toutes les autres provinces, se limite aux lois applicables dans la province. Le plateau continental, qui

being outside the boundaries of Newfoundland, does not fall within any of the enumerated heads of s. 92. Legislative jurisdiction falls therefore to Canada under the peace, order, and good government power in its residual capacity.

*Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792; *Reference re Mineral and other Natural Resources of the Continental Shelf* (1983), 145 D.L.R. (3d) 9; *North Sea Continental Shelf*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3; *R. v. Keyn* (1876), 2 Ex. D. 63; *MacLeod v. Attorney-General for New South Wales*, [1891] A.C. 455; *Nadan v. The King*, [1926] A.C. 482; *Croft v. Dunphy*, [1933] A.C. 156; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Interprovincial Co-Operatives Ltd. v. Dryden Chemicals Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 477; *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889), 14 App. Cas. 295; *Abu Dhabi Arbitration* (1952), 1 International and Comparative Law Quarterly 247; *New South Wales v. Commonwealth of Australia* (1975), 135 C.L.R. 337, referred to.

REFERENCE by the Governor General in Council, pursuant to s. 55 of the *Supreme Court Act*, concerning property in and legislative jurisdiction over the seabed and subsoil of the continental shelf off Newfoundland. Both parts of the question answered in favour of Canada.

*Pierre Genest, Q.C., Clyde K. Wells, Q.C., Peter W. Hogg, Q.C., and Donald Kubesh*, for the Attorney General of Canada.

*James J. Greene, Q.C., Colin K. Irving, Margaret Cameron, John Ashley and James Thistle*, for the Attorney General of Newfoundland.

*Gordon F. Henderson, Q.C., Emilio Binavince and Edward Foley*, for the Attorney General of Nova Scotia.

*P. A. MacNutt and Bruce Judah*, for the Attorney General for New Brunswick.

*Brian F. Squair*, for the Attorney General of Manitoba.

*E. Robert A. Edwards*, for the Attorney General of British Columbia.

*Ralph C. Thompson*, for the Attorney General of Prince Edward Island.

est situé en dehors des limites de Terre-Neuve, ne relève d'aucun des chefs de compétence énumérés à l'art. 92. La compétence législative appartient donc au Canada en vertu de son pouvoir résiduel en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement.

Jurisprudence: *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792; *Reference re Mineral and other Natural Resources of the Continental Shelf* (1983), 145 D.L.R. (3d) 9; *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3; *R. v. Keyn* (1876), 2 Ex. D. 63; *MacLeod v. Attorney-General for New South Wales*, [1891] A.C. 455; *Nadan v. The King*, [1926] A.C. 482; *Croft v. Dunphy*, [1933] A.C. 156; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Interprovincial Co-Operatives Ltd. c. Dryden Chemicals Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 477; *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889), 14 App. Cas. 295; *Abu Dhabi Arbitration* (1952), 1 International and Comparative Law Quarterly 247; *New South Wales v. Commonwealth of Australia* (1975), 135 C.L.R. 337.

RENVOI adressé par le gouverneur général en conseil, conformément à l'art. 55 de la *Loi sur la Cour suprême*, au sujet de la propriété et de la compétence législative relatives au sol et au sous-sol du plateau continental au large de Terre-Neuve. La réponse aux deux parties de la question est en faveur du Canada.

*Pierre Genest, c.r., Clyde K. Wells, c.r., Peter W. Hogg, c.r., et Donald Kubesh*, pour le procureur général du Canada.

*James J. Greene, c.r., Colin K. Irving, Margaret Cameron, John Ashley et James Thistle*, pour le procureur général de Terre-Neuve.

*Gordon F. Henderson, c.r., Emilio Binavince et Edward Foley*, pour le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

*P. A. MacNutt et Bruce Judah*, pour le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Brian F. Squair*, pour le procureur général du Manitoba.

*E. Robert A. Edwards*, pour le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Ralph C. Thompson*, pour le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

*Wm. Henkel, Q.C.*, for the Attorney General for Alberta.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

### Introduction

The Governor in Council, in P.C. 1982-1509, dated May 19, 1982, referred the following constitutional question to the Court under s. 55 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19:

In respect of the mineral and other natural resources of the seabed and subsoil of the continental shelf, in the area offshore Newfoundland approximately 320 kilometres (170 nautical miles) east south east of St. John's, Newfoundland, bounded by 46° 30' north latitude and 47° 00' north latitude and by 48° 30' west longitude and 49° west longitude, where resource exploration is being conducted and more particularly delimited on the map attached hereto as the Appendix to this Order, as between Canada and Newfoundland, pursuant to *The Newfoundland Act, 1949* or otherwise, has Canada or Newfoundland:

(1) the right to explore and exploit the said mineral and other natural resources, and

(2) legislative jurisdiction to make laws in relation to the exploration and exploitation of the said mineral and other natural resources?

The Attorney General of Canada submits that the answers to both parts of the question should be in favour of Canada. The Attorneys General of Newfoundland, British Columbia, Nova Scotia, New Brunswick, Prince Edward Island, Manitoba and Alberta submit that the answers to both parts of the question should be in favour of Newfoundland.

The metes and bounds description in the reference designates an area of the continental shelf known as the Hibernia field, the location of which is shown on the map on the page following. It is not suggested that the legal issues are any different in respect of Hibernia than in respect of any other portion of the continental shelf off Newfoundland. The significance of the limitation to Hibernia is that it excludes consideration of the territorial sea, *i.e.*, waters adjacent to Newfound-

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

Version française du jugement rendu par

LA COUR

### Introduction

Par décret P.C. 1982-1509 en date du 19 mai 1982, le gouverneur en conseil a soumis la question constitutionnelle suivante à la Cour, conformément à l'art. 55 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19:

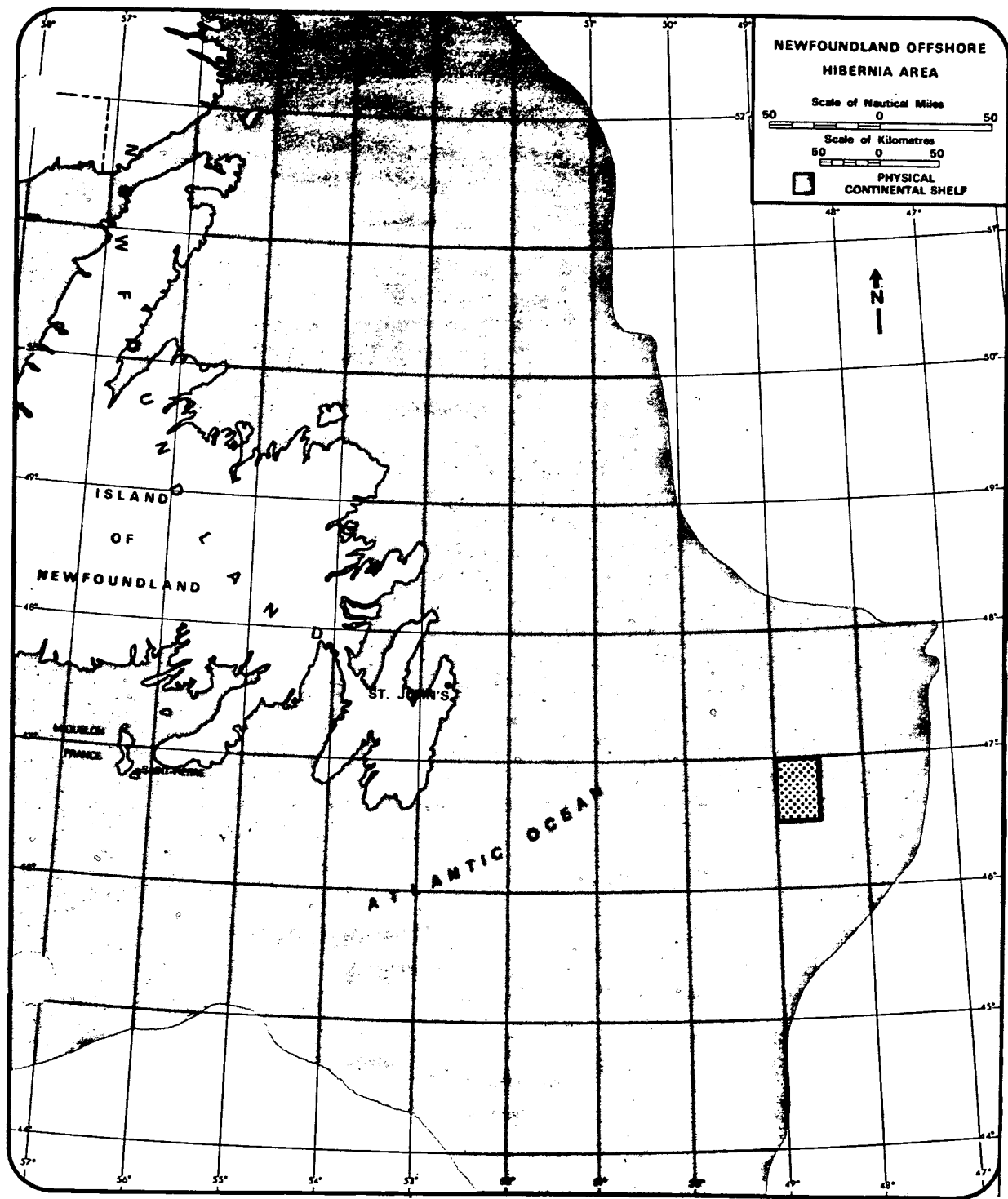
En ce qui concerne les ressources minérales et autres ressources naturelles du sol et du sous-sol du plateau continental situées au large de Terre-Neuve, à environ 320 kilomètres (170 milles marins) à l'est-sud-est de Saint-Jean (Terre-Neuve), dans une zone comprise entre 46° 30' et 47° de latitude nord et 48° 30' et 49° de longitude ouest, où s'effectuent actuellement des travaux d'exploration et dont les limites sont précisées sur la carte annexée au présent décret, entre le Canada ou Terre-Neuve, selon la *Loi sur Terre-Neuve* ou selon quelque autre règle de droit:

(1) qui, d'une part, a le droit de les prospecter et de les exploiter,

(2) qui, d'autre part, a compétence pour légiférer dans les domaines visés au par. (1) ci-dessus?

Le procureur général du Canada soutient qu'il faut répondre aux deux parties de la question en faveur du Canada. Les procureurs généraux de Terre-Neuve, de la Colombie-Britannique, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, de l'Île-du-Prince-Édouard, du Manitoba et de l'Alberta soutiennent qu'il faut répondre aux deux parties de la question en faveur de Terre-Neuve.

La description des bornes donnée dans le renvoi mentionne un secteur du plateau continental connu sous le nom de champ Hibernia, situé à l'endroit indiqué sur la carte géographique de la page suivante. Personne ne laisse entendre que les questions juridiques qui se posent à l'égard du champ Hibernia sont différentes de celles qui se posent à l'égard de toute autre partie du plateau continental situé au large de Terre-Neuve. L'importance de la restriction au champ Hibernia tient à ce que



PUBLISHED BY CANADA OIL AND GAS LANDS ADMINISTRATION

Hibernia Area  
(Part of Mobil/Petro-Canada  
Special Renewal Permits)

land within formerly three, now twelve, nautical miles thereof.

A few months before the federal reference was submitted to this Court, the Lieutenant Governor in Council of Newfoundland, on February 18, 1982, referred its own question to the Newfoundland Court of Appeal. The Newfoundland reference includes not only the continental shelf, but also the territorial sea. The question before the Newfoundland Court of Appeal was this:

Do the lands, mines, minerals, royalties or other rights, including the right to explore and exploit and the right to legislate, with respect to the mineral and other natural resources of the seabed and subsoil from the ordinary low-water mark of the Province of Newfoundland to the seaward limit of the continental shelf or any part thereof belong or otherwise appertain to the Province of Newfoundland?

The Newfoundland Court of Appeal, in *Reference re Mineral and other Natural Resources of the Continental Shelf* (the *Newfoundland Reference*) (1983), 145 D.L.R. (3d) 9, answered the question in respect of a three mile territorial sea in favour of Newfoundland, but answered the question in respect of the continental shelf against Newfoundland. The Attorney General of Newfoundland has filed a Notice of Appeal in respect of the continental shelf and the Attorney General of Canada has filed a Notice of Appeal in respect of the territorial sea. Nothing further has been done to bring these appeals before this Court.

Accordingly, the Newfoundland Court of Appeal's decision is not actually before this Court in the present reference. The Court of Appeal's decision, however, was rendered on February 17, 1983, the week before this Court's hearing on the present federal reference. Much of the oral argument in the present case was directed toward the reasons of the Newfoundland Court of Appeal since, in respect of the continental shelf, the identical issue is raised. We therefore think it proper in these reasons to comment on the reasons of the

celle-ci exclut toute question relative à la mer territoriale, c.-à-d. les eaux adjacentes à Terre-Neuve et comprises à l'intérieur de l'ancienne limite de trois milles marins, laquelle est maintenant portée à douze milles marins.

Le 18 février 1982, quelques mois avant que le gouvernement fédéral ne soumette le présent renvoi, le lieutenant-gouverneur en conseil de Terre-Neuve a lui-même soumis une question à la Cour d'appel de Terre-Neuve. Le renvoi de Terre-Neuve porte non seulement sur le plateau continental, mais aussi sur la mer territoriale. La question qui a été soumise à la Cour d'appel de Terre-Neuve est la suivante:

[TRADUCTION] Les terres, mines, ressources minérales, redevances ou autres droits, y compris le droit d'explorer et d'exploiter les ressources minérales et autres ressources naturelles du lit de la mer et du sous-sol à partir de la laisse de basse mer ordinaire de la province de Terre-Neuve jusqu'à la limite extérieure du plateau continental ou d'une partie de celui-ci, et le droit de légiférer à leur égard, appartiennent-ils en propriété ou autrement à la province de Terre-Neuve?

La Cour d'appel de Terre-Neuve, dans *Reference re Mineral and other Natural Resources of the Continental Shelf* (le *Renvoi de Terre-Neuve*) (1983), 145 D.L.R. (3d) 9, a répondu à la question en faveur de Terre-Neuve à l'égard de la mer territoriale de trois milles, mais contre Terre-Neuve à l'égard du plateau continental. Le procureur général de Terre-Neuve a produit un avis de pourvoi à l'égard du plateau continental et le procureur général du Canada a produit un avis de pourvoi à l'égard de la mer territoriale. Rien d'autre n'a été fait pour amener ces pourvois devant cette Cour.

En conséquence, cette Cour n'est pas saisie de l'arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve dans le cadre du présent renvoi. Cependant, la Cour d'appel a rendu son arrêt le 17 février 1983, une semaine avant l'audition du présent renvoi du gouvernement fédéral. Une bonne partie de l'argumentation orale du présent renvoi porte sur les motifs de la Cour d'appel de Terre-Neuve puisque, à l'égard du plateau continental, la question soulevée est la même. Nous jugeons donc opportun, dans les présents motifs, de commenter ceux de la

Court of Appeal insofar as they relate to the continental shelf.

The 1967 Offshore Reference

In *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792 (the 1967 *Offshore Reference*), this Court was asked to give its opinion upon the following questions:

1. In respect of the lands, including the mineral and other natural resources, of the sea bed and subsoil seaward from the ordinary low-water mark on the coast of the mainland and the several islands of British Columbia, outside the harbours, bays, estuaries and other similar inland waters, to the outer limit of the territorial sea of Canada, as defined in the Territorial Sea and Fishing Zones Acts, Statutes of Canada 1964, Chapter 22, as between Canada and British Columbia,

- (a) Are the said lands the property of Canada or British Columbia?
- (b) Has Canada or British Columbia the right to explore and exploit the said lands?
- (c) Has Canada or British Columbia legislative jurisdiction in relation to the said lands?

2. In respect of the mineral and other natural resources of the sea bed and subsoil beyond that part of the territorial sea of Canada referred to in Question 1, to a depth of 200 metres or, beyond that limit, to where the depth of the superjacent waters admits of the exploitation of the mineral and other natural resources of the said areas, as between Canada and British Columbia,

- (a) Has Canada or British Columbia the right to explore and exploit the said mineral and other natural resources?
- (b) Has Canada or British Columbia legislative jurisdiction in relation to the said mineral and other natural resources?

The Court unanimously answered both questions in favour of Canada. In all material respects, the second question in the 1967 *Offshore Reference* is identical to the questions in the present reference. The primary argument in favour of Newfoundland is that Newfoundland's historical and constitutional position distinguishes its case from that of Brit-

Cour d'appel dans la mesure où ils portent sur le plateau continental.

Le Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins

Dans *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792 (le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*), on a demandé l'avis de la Cour sur les questions suivantes:

[TRADUCTION] 1. En ce qui concerne les terres, y compris les ressources minérales et les autres ressources naturelles, du lit de la mer et du sous-sol à partir de la laisse de basse mer ordinaire des côtes du territoire continental et des différentes îles de la Colombie-Britannique, à l'extérieur des ports, des baies, des estuaires et des autres eaux intérieures de même nature, jusqu'à la limite extérieure de la mer territoriale du Canada, suivant la définition qui figure dans la Loi sur la mer territoriale et les zones de pêche, Statuts du Canada 1964, chapitre 22,

- a) lesdites terres appartiennent-elles au Canada ou à la Colombie-Britannique?
- b) Qui, du Canada ou de la Colombie-Britannique, a le droit d'explorer et d'exploiter lesdites terres?
- c) Qui, du Canada ou de la Colombie-Britannique, a compétence législative sur lesdites terres?

2. En ce qui concerne les minéraux et autres ressources naturelles du lit de la mer et du sous-sol situés au delà de la partie de la mer territoriale du Canada mentionnée à la question 1, jusqu'à une profondeur de 200 mètres ou, au delà de cette limite, jusqu'au point où la profondeur des eaux surjacentes permet d'exploiter les ressources minérales et autres ressources naturelles desdits secteurs qui, du Canada ou de la Colombie-Britannique,

- a) a le droit d'explorer et d'exploiter lesdites ressources minérales et autres ressources naturelles?
- b) a compétence législative sur lesdites ressources minérales et autres ressources naturelles?

La Cour a unanimement répondu aux deux questions en faveur du Canada. La seconde question du *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins* est, en tous points importants, identique aux questions du présent renvoi. L'argument principal en faveur de Terre-Neuve est que sa situation historique et constitutionnelle rend son cas différent de



ish Columbia. In the alternative, we are asked to reconsider the *1967 Offshore Reference*.

In the *1967 Offshore Reference* the major part of this Court's analysis was directed toward the question as to property in the territorial sea. The Court distinguished between two meanings of the word "property": the common law sense of ownership and the type of property rights recognized by international law. British Columbia's claim to property in the territorial sea could only be based on the common law notion. In particular, British Columbia's case depended on s. 109 of the *Constitution Act, 1867*, made applicable to British Columbia upon its entry into Confederation in 1871.

**109.** All Lands, Mines, Minerals and Royalties belonging to the several Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick at the Union, and all Sums then due or payable for such Lands, Mines, Minerals, or Royalties, shall belong to the several Provinces of Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick in which the same are situate or arise, subject to any Trusts existing in respect thereof, and to any Interest other than that of the Province in the same.

This Court held, on its analysis of *R. v. Keyn* (1876), 2 Ex. D. 63 and other authorities, that at common law the realm ends at low water mark such that the Crown has no property, in the common law sense, below low water mark unless expressly claimed. There being no such claim in respect of British Columbia prior to 1871, and no alteration of boundaries since 1871, the Court decided the territorial sea was outside British Columbia. It followed that British Columbia had no legislative jurisdiction either. It was Canada that was in the position to acquire the property in the territorial sea recognized by international law.

Once it had been decided that Canada had property and legislative jurisdiction in the territorial sea, it followed almost automatically that

celui de la Colombie-Britannique. Subsidiairement, on nous demande de reconsidérer le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*.

*a* Dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, l'analyse de la Cour a porté en majeure partie sur la question de la propriété de la mer territoriale. La Cour a fait la distinction entre deux sens du mot «propriété»: le sens de propriété *b* en *common law* et les sortes de droits de propriété reconnus par le droit international. La revendication par la Colombie-Britannique de la propriété de la mer territoriale ne pouvait se fonder que sur la notion de *common law*. Plus précisément, la preuve soumise par la Colombie-Britannique reposait sur l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, rendu applicable à la Colombie-Britannique à son entrée dans la Confédération en 1871. *c*

*d* **109.** Toutes les terres, mines, minéraux et réserves royales appartenant aux différentes provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick lors de l'union, et toutes les sommes d'argent alors dues ou payables pour ces terres, mines, minéraux et réserves royales, appartiendront aux différentes provinces d'Ontario, Québec, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, dans lesquelles ils sont sis et situés, ou exigibles, restant toujours soumis aux charges dont ils sont grevés, ainsi qu'à tous intérêts autres que ceux que *f* peut y avoir la province.

Après avoir analysé l'arrêt *R. v. Keyn* (1876), 2 Ex. D. 63 et d'autres arrêts, cette Cour a conclu qu'en *common law*, le territoire finit à la laisse de basse mer de sorte que Sa Majesté n'a aucun droit de propriété, au sens de la *common law*, au delà de la laisse de basse mer à moins de l'avoir revendiqué expressément. Puisqu'il n'y a pas eu de telle revendication en ce qui concerne la Colombie-Britannique avant 1871 et qu'il n'y a pas eu de modification des frontières depuis 1871, la Cour a statué que la mer territoriale est à l'extérieur de la Colombie-Britannique. Il s'ensuit également que la Colombie-Britannique n'a aucune compétence législative en la matière. C'est le Canada qui est en mesure d'acquérir la propriété de la mer territoriale reconnue par le droit international. *g* *h* *i*

*j* Après avoir décidé que le Canada possède les droits de propriété et la compétence législative sur la mer territoriale, il s'ensuit presque automatiquement

Canada had the right to explore and exploit in the continental shelf. It would be illogical to hold that the province had property in its land mass, that Canada had property in the territorial sea, but that the province had the right to explore and exploit in the continental shelf. Accordingly, in the 1967 *Offshore Reference*, the Court was not required to undertake a detailed separate analysis of the continental shelf. After a review of the recent emergence of the continental shelf regime in international law, the Court simply said this, at p. 821:

As with the territorial sea, so with the continental shelf. There are two reasons why British Columbia lacks the right to explore and exploit and lacks legislative jurisdiction:

(1) The continental shelf is outside the boundaries of British Columbia, and

(2) Canada is the sovereign state which will be recognized by international law as having the rights stated in the Convention of 1958, and it is Canada, not the Province of British Columbia, that will have to answer the claims of other members of the international community for breach of the obligations and responsibilities imposed by the Convention.

There is no historical, legal or constitutional basis upon which the Province of British Columbia could claim the right to explore and exploit or claim legislative jurisdiction over the resources of the continental shelf.

The fact that the constitutional position regarding the territorial sea off Newfoundland is not at issue in the present reference, and indeed is pending in a separate appeal, means that we cannot use any conclusions about the territorial sea to lead us to the result in respect of the continental shelf. Accordingly, in the present case, it is necessary to undertake a careful analysis of the issues as they relate to the continental shelf alone.

#### The Nature of Continental Shelf Rights

The reference speaks of the right to explore and exploit mineral and other natural resources. The precise language is taken from international law. Article 2 of the 1958 Geneva Convention on the

ment que le Canada a le droit d'explorer et d'exploiter le plateau continental. Il serait illogique de conclure que la province possède des droits de propriété sur son domaine terrestre, que le Canada a des droits de propriété sur la mer territoriale, mais que la province a le droit d'explorer et d'exploiter le plateau continental. En conséquence, dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, la Cour n'a pas eu à entreprendre une analyse distincte et détaillée à propos du plateau continental. Après avoir passé en revue l'émergence récente du régime de droit international applicable au plateau continental, la Cour a simplement dit ceci, à la p. 821:

[TRADUCTION] Ce qui vaut pour la mer territoriale vaut aussi pour le plateau continental. Il y a deux motifs pour lesquels la Colombie-Britannique n'a ni le droit d'explorer et d'exploiter ni la compétence législative:

(1) le plateau continental est à l'extérieur des limites de la Colombie-Britannique, et

(2) le Canada est l'État souverain reconnu par le droit international comme titulaire des droits mentionnés dans la Convention de 1958 et c'est le Canada, non la province de la Colombie-Britannique, qui doit répondre aux revendications des autres membres de la communauté internationale quant aux manquements aux obligations et responsabilités imposées par la Convention.

Il n'y a aucun fondement historique, juridique ou constitutionnel qui permette à la province de la Colombie-Britannique de revendiquer le droit d'explorer et d'exploiter les ressources du plateau continental ou de revendiquer la compétence législative sur ces ressources.

Le fait que la situation constitutionnelle relativement à la mer territoriale au large de Terre-Neuve ne soit pas en cause dans le présent renvoi et, en fait, qu'elle fasse l'objet d'un appel distinct encore en instance, signifie que nous ne pouvons nous servir d'aucune des conclusions relatives à la mer territoriale pour régler la question du plateau continental. Il est donc nécessaire, en l'espèce, d'analyser soigneusement les questions qui portent uniquement sur le plateau continental.

#### La nature des droits relatifs au plateau continental

Le renvoi parle du droit d'explorer et d'exploiter les ressources minérales et autres ressources naturelles. L'expression utilisée est empruntée au droit international. Voici le texte de l'article 2 de la

Continental Shelf, signed in 1958, in force in 1964 upon receiving the requisite number of ratifications, and ratified by Canada in 1970, reads as follows:

Article 2

1. The coastal State exercises over the continental shelf sovereign rights for the purpose of exploring it and exploiting its natural resources.

2. The rights referred to in paragraph 1 of this article are exclusive in the sense that if the coastal State does not explore the continental shelf or exploit its natural resources, no one may undertake these activities, or make a claim to the continental shelf, without the express consent of the coastal State.

3. The rights of the coastal State over the continental shelf do not depend on occupation, effective or notional, or on any express proclamation.

4. The natural resources referred to in these articles consist of the mineral and other non-living resources of the sea-bed and subsoil together with living organisms belonging to sedentary species, that is to say, organisms which, at the harvestable stage, either are immobile on or under the sea-bed or are unable to move except in constant physical contact with the sea-bed or the subsoil.

Both Canada and Newfoundland claim the rights of the coastal State recognized by international law. Neither purports to claim anything more or anything different. Neither Canada nor Newfoundland made any claims to the continental shelf prior to the codification of the regime in the 1958 Geneva Convention. The rights claimed are those accorded by operation of international law.

There has developed in international law a carefully constructed regime respecting the continental shelf. International law was forced to take note of the continental shelf when, in the middle of this century, the technology was developed to exploit offshore resources. A consensus developed that the exploitation should be under the control of the coastal State. The 1958 Geneva Convention was drafted so as to do no more than was necessary to achieve this result. Thus the Convention does not grant "sovereignty" over the continental shelf but rather "sovereign rights to explore and exploit".

Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental, signée en 1958, entrée en vigueur en 1964, après avoir reçu le nombre requis de ratifications, et ratifiée par le Canada en 1970:

Article 2

1. L'État riverain exerce des droits souverains sur le plateau continental aux fins de l'exploration de celui-ci et de l'exploitation de ses ressources naturelles.

2. Les droits visés au paragraphe 1 du présent article sont exclusifs en ce sens que, si l'État riverain n'explore pas le plateau continental ou n'exploite pas ses ressources naturelles, nul ne peut entreprendre de telles activités ni revendiquer de droits sur le plateau continental sans le consentement exprès de l'État riverain.

3. Les droits de l'État riverain sur le plateau continental sont indépendants de l'occupation effective ou fictive aussi bien que de toute proclamation expresse.

4. Les ressources naturelles visées dans les présents articles comprennent les ressources minérales et autres ressources non vivantes du lit de la mer et du sous-sol, ainsi que les organismes vivants qui appartiennent aux espèces sédentaires, c'est-à-dire les organismes qui, au stade où ils peuvent être pêchés, sont soit immobiles sur le lit de la mer ou au-dessous de ce lit, soit incapables de se déplacer si ce n'est en restant constamment en contact physique avec le lit de la mer ou le sous-sol.

Le Canada et Terre-Neuve revendiquent les droits que reconnaît aux États riverains le droit international. Ni l'un ni l'autre ne prétend revendiquer quelque chose de plus ou de différent. Ni le Canada ni Terre-Neuve n'ont revendiqué des droits sur le plateau continental avant la codification du régime juridique dans la Convention de Genève de 1958. Les droits revendiqués sont ceux que le droit international accorde.

Le droit international a élaboré un régime bien structuré en ce qui concerne le plateau continental. L'avènement, au milieu du présent siècle, de techniques permettant d'exploiter les ressources sous-marines a forcé le droit international à prendre acte du plateau continental. Un consensus s'est formé selon lequel son exploitation devait être soumise au contrôle de l'État riverain. La Convention de Genève de 1958 a été rédigée de façon à ne pas aller au delà de ce qui était nécessaire pour arriver à ce résultat. Ainsi, la Convention n'accorde pas la «souveraineté» sur le plateau continen-

These limited rights co-exist with the rights of other nations to make use of the seabed for submarine cables and pipelines (Article 4) and do not affect the status of the superjacent waters or airspace (Article 3). They stand in marked contrast to the full sovereignty (saving only other nations' rights of innocent passage) which international law accords to coastal States over their territorial sea.

In the *North Sea Continental Shelf* cases, I.C.J. Reports 1969, p. 3, the International Court of Justice, at p. 29, referred to the notion of appurtenance:

... the right of the coastal State to its continental shelf areas is based on its sovereignty over the land domain, of which the shelf area is the natural prolongation into and under the sea.

Continental shelf rights arise as an extension of the coastal State's sovereignty, but it is an extension in the form of something less than full sovereignty. The Court referred to the "title" in the continental shelf (p. 31) and said the shelf may be "deemed" to be part of the coastal State's territory in a certain sense (p. 31). But in the ordinary meaning of the term, the continental shelf is not part of a coastal State's territory. The coastal State cannot "own" the continental shelf as it can "own" its land territory. The regulation by international law of the uses to which the continental shelf may be put is simply too extensive to consider the shelf to be part of the State's territory. International law concedes dominion to the State in its land territory, subject to certain definite restrictions. By contrast, in the continental shelf the limited rights that international law accords are the sum total of the coastal State's rights.

It is true that the United Kingdom moved to extend territorial boundaries to include the continental shelf (though not the superjacent waters) of certain of its then colonies: Trinidad and Tobago (1942); Bahamas (1948); Jamaica (1948); British

tal, mais plutôt «des droits souverains d'exploration et d'exploitation». Ces droits restreints coexistent avec ceux des autres nations d'utiliser le lit de la mer pour l'installation de câbles ou de pipelines (article 4) et ne modifie pas le statut des eaux surjacentes ou de l'espace aérien (article 3). Ils contrastent beaucoup avec la souveraineté absolue (sous réserve seulement des droits de passage inoffensif des autres nations) que le droit international confère aux États riverains sur leur mer territoriale.

Dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, la Cour internationale de Justice mentionne la notion de rattachement, à la p. 29:

... le droit de l'État riverain sur son plateau continental a pour fondement la souveraineté qu'il exerce sur le territoire dont ce plateau continental est le prolongement naturel sous la mer.

Les droits relatifs au plateau continental se présentent comme une extension de la souveraineté de l'État riverain, mais c'est une extension qui a une portée moindre que la souveraineté absolue. La Cour parle de «titre» sur le plateau continental (p. 31) et affirme que le plateau continental peut, dans un certain sens, être «considéré» comme faisant partie du territoire de l'État riverain (p. 31). Mais suivant le sens ordinaire de cette expression, le plateau continental ne fait pas partie du territoire de l'État riverain. L'État riverain ne peut pas «être propriétaire» du plateau continental comme il peut «être propriétaire» de son domaine terrestre. La réglementation par le droit international de l'utilisation du plateau continental est tout simplement trop poussée pour qu'on puisse considérer le plateau continental comme faisant partie du territoire de l'État. Le droit international reconnaît l'autorité de l'État sur son domaine terrestre, sous réserve de restrictions précises. Par contre, en ce qui concerne le plateau continental, les droits limités que le droit international accorde représentent la totalité des droits de l'État riverain.

Il est vrai que le Royaume-Uni a pris des mesures en vue d'étendre les limites territoriales, de manière à inclure le plateau continental (mais non les eaux surjacentes), de certaines de ses colonies à l'époque: Trinidad et Tobago (1942); les Bahamas

Honduras (1950); Falkland Islands (1952). Consistent with this practice, in 1953, the United Kingdom government's opinion in response to the International Law Commission's draft was that the nature of the coastal State's rights over the continental shelf were the same as over its land territory. There were other countries that, in the late 1940's and early 1950's, *i.e.* during the early development of international law on the continental shelf, claimed the continental shelf as part of their territory. Ultimately, however, international law did not accept this contention and it is significant that when the United Kingdom passed the *Continental Shelf Act 1964* giving municipal effect to the 1958 Convention, no claim was made to extend United Kingdom territory.

At international law, then, the continental shelf off Newfoundland is outside the territory of the nation state of Canada. Since, as a matter of municipal law, neither Canada nor Newfoundland purports to claim anything more than international law recognizes, we are here concerned with an area outside the boundaries of either Newfoundland or Canada. In other words, we are concerned with extraterritorial rights.

Much of the argument in the present case is based on the assumption that continental shelf rights are proprietary. We do not think continental shelf rights are proprietary in the ordinary sense. In the words of the 1958 Geneva Convention, they are "sovereign rights" and they appertain to the coastal State as an extension of rights beyond where its ordinary sovereignty is exercised. In pith and substance they are an extraterritorial manifestation of, and an incident of, the external sovereignty of a coastal State.

Can the 1967 Offshore Reference be distinguished?

As we have said, the primary argument in favour of Newfoundland is that its historical and constitutional position differentiates its case from

(1948); la Jamaïque (1948); le Honduras britannique (1950); les îles Falkland (1952). Conformément à cette pratique, le gouvernement du Royaume-Uni a, en 1953, en réponse au projet de la Commission du droit international, exprimé l'avis que les droits de l'État riverain sur le plateau continental sont les mêmes que ceux qu'il a sur son domaine terrestre. D'autres pays ont, à la fin des années quarante et au début des années cinquante, c.-à-d. pendant la phase initiale de l'élaboration du droit international relatif au plateau continental, revendiqué le plateau continental comme faisant partie de leur territoire. En définitive toutefois, le droit international n'a pas accepté cette prétention et il importe de souligner qu'en adoptant la *Continental Shelf Act 1964*, qui lui rendait applicable la Convention de 1958, le Royaume-Uni n'a pas prétendu étendre son propre territoire.

En droit international, le plateau continental situé au large de Terre-Neuve est donc à l'extérieur du territoire national du Canada. Puisque, en droit national, ni le Canada ni Terre-Neuve ne prétendent revendiquer rien de plus que ce que le droit international reconnaît, ce sur quoi porte le présent renvoi est une zone située à l'extérieur des limites de Terre-Neuve et du Canada. En d'autres termes, nous avons affaire à des droits extraterritoriaux.

Une bonne partie de l'argumentation en l'espèce se fonde sur l'hypothèse que les droits relatifs au plateau continental sont des droits de propriété. Nous ne croyons pas que les droits relatifs au plateau continental soient des droits de propriété au sens ordinaire. Selon les termes de la Convention de Genève de 1958, ce sont des «droits souverains» et ils appartiennent à l'État riverain à titre d'extension de droits au delà du territoire où il exerce sa souveraineté ordinaire. De par leur caractère véritable, ils constituent, une manifestation extra-territoriale de la souveraineté extérieure de l'État riverain, à laquelle ils se rattachent.

Peut-on faire une distinction avec le Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins?

Comme nous l'avons déjà dit, l'argument principal en faveur de Terre-Neuve est que sa situation historique et constitutionnelle rend son cas diffé-

that of British Columbia. In order to distinguish the 1967 *Offshore Reference*, Newfoundland must succeed on each of the following three points:

- (i) international law must have recognized the right to explore and exploit in the continental shelf prior to Newfoundland's entry into Confederation on March 31, 1949;
- (ii) the Crown in right of Newfoundland must have been in a position to acquire these rights;
- (iii) the Crown in right of Newfoundland must not have lost those rights under the Terms of Union with Canada.

The Attorney General of Canada submits that Newfoundland loses on all three points. The Attorney General of Newfoundland, supported by the Attorneys General of the other provinces, submits that Newfoundland succeeds on all three points.

The first point concerns matters of international law; the latter two raise questions of constitutional law. We prefer to deal with the constitutional arguments first.

#### The Constitutional Position of the Crown in Right of Newfoundland

In assessing the constitutional position of Newfoundland, we will, for the moment, put Newfoundland's international law argument at its highest. For the purposes of argument, we will assume that 1949 international law recognized that continental shelf rights of coastal States arose *ipso jure*, that is to say, by operation of law. On that assumption, was the Crown in right of Newfoundland constitutionally in a position to acquire continental shelf rights prior to joining Canada and to retain them after union with Canada?

In respect of Newfoundland's position prior to joining Canada, the primary submission of the Attorney General of Newfoundland is that in 1949 Newfoundland was an international person such that the Crown in right of Newfoundland was the

rent de celui de la Colombie-Britannique. Pour faire la distinction avec le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, Terre-Neuve doit obtenir gain de cause sur chacun des trois points suivants:

- (i) le droit international doit avoir reconnu le droit d'explorer et d'exploiter le plateau continental avant l'entrée de Terre-Neuve dans la Confédération le 31 mars 1949;
- (ii) Sa Majesté du chef de Terre-Neuve doit avoir été en mesure d'acquérir ces droits;
- (iii) Sa Majesté du chef de Terre-Neuve ne doit pas avoir perdu ces droits en vertu des Conditions de l'union au Canada.

Le procureur général du Canada soutient que Terre-Neuve échoue sur chacun des trois points. Le procureur général de Terre-Neuve, avec l'appui des procureurs généraux des autres provinces, soutient que Terre-Neuve a gain de cause sur tous les trois points.

Le premier point porte sur des questions de droit international; les deux autres soulèvent des questions de droit constitutionnel. Nous préférons examiner d'abord les arguments d'ordre constitutionnel.

#### La situation constitutionnelle de Sa Majesté du chef de Terre-Neuve

Pour évaluer la situation constitutionnelle de Terre-Neuve, nous allons, pour l'instant, donner l'interprétation la plus favorable à l'argument de droit international soumis par Terre-Neuve. Aux fins de l'argumentation, nous présumerons qu'en 1949 le droit international reconnaissait que les droits des États riverains sur le plateau continental existaient *ipso jure*, c'est-à-dire de plein droit. À partir de cette hypothèse, Sa Majesté du chef de Terre-Neuve était-elle constitutionnellement en mesure d'acquérir des droits sur le plateau continental avant de se joindre au Canada, et de les conserver après s'être jointe au Canada?

Quant à la situation de Terre-Neuve avant qu'elle ne se joigne au Canada, le procureur général de Terre-Neuve soutient principalement qu'en 1949 Terre-Neuve jouissait de la personnalité internationale de sorte que Sa Majesté du chef de

only entity to which these rights could accrue. In the alternative, the Attorney General of Newfoundland submits that the Crown in right of a colony could acquire continental shelf rights. The Attorney General of Canada submits that Newfoundland never attained the status of an international person and that only international persons can, at international law, acquire continental shelf rights.

We do not think it is necessary to determine whether, in the eyes of international law, Newfoundland ever became an independent State. In the days of Empire, international law had nothing to say about whether international rights accorded to the Empire accrued to the Crown in right of the colony or in right of the Imperial Crown. That is a matter for determination under Imperial constitutional law.

We said earlier that, in pith and substance, continental shelf rights are extraterritorial rights and a manifestation of external sovereignty. This is important because of the constitutional position of colonies. When colonies were established, they generally were given limited self-government in the form of representative government. In Newfoundland's case this happened in 1833. The grant of responsible government (1855 for Newfoundland) meant that, with limited exceptions, the colony was granted internal self-government, in other words, internal sovereignty. But what was universally withheld from the colonies was any right of external sovereignty. That was the distinguishing feature of a colony.

Extraterritorial legislative incompetence was a hallmark of colonies, often relied upon by colonial law officers in recommending disallowance of colonial laws. Judicial recognition of this incompetence is found in *MacLeod v. Attorney-General for New South Wales*, [1891] A.C. 455 (P.C.). The case concerned a bigamy statute which, on one reading, purportedly applied beyond the boundaries of the colony of New South Wales. In dealing with this construction of the statute Lord

Terre-Neuve était la seule entité à qui ces droits pouvaient être dévolus. Subsidiairement, le procureur général de Terre-Neuve soutient que Sa Majesté du chef d'une colonie pouvait acquérir des droits sur le plateau continental. Le procureur général du Canada prétend que Terre-Neuve n'a jamais eu le statut de personne internationale et que seules les personnes internationales peuvent, en droit international, acquérir des droits sur le plateau continental.

Nous ne croyons pas nécessaire de déterminer si, aux yeux du droit international, Terre-Neuve a jamais eu le statut d'État indépendant. Au temps de l'Empire, le droit international ne précisait pas si les droits internationaux conférés à l'Empire étaient dévolus à Sa Majesté du chef de la colonie ou à Sa Majesté du chef de l'Empire. Il s'agit là d'une question qui relève du droit constitutionnel impérial.

Nous avons déjà dit que, de par leur caractère véritable, les droits relatifs au plateau continental sont des droits extra-territoriaux et une manifestation de la souveraineté extérieure. Cela est important à cause de la situation constitutionnelle des colonies. Lors de leur création, les colonies se sont vu accorder généralement une autonomie limitée sous forme de gouvernement représentatif. Quant à Terre-Neuve, cela s'est produit en 1833. L'attribution d'un gouvernement responsable (en 1855 dans le cas de Terre-Neuve) signifiait qu'à peu d'exceptions près la colonie se voyait accorder une autonomie intérieure, en d'autres termes la souveraineté intérieure. Mais, de façon générale, les colonies ne se sont vu accorder aucun droit de souveraineté extérieure. C'était là le trait distinctif d'une colonie.

L'absence de compétence législative extra-territoriale était une marque distinctive des colonies que les Colonial Law Officers ont souvent invoquée pour recommander le désaveu de lois coloniales. On trouve une reconnaissance judiciaire de cette absence de compétence dans l'arrêt *MacLeod v. Attorney-General for New South Wales*, [1891] A.C. 455 (C.P.). L'affaire portait sur une loi relative à la bigamie qui, selon l'une des interprétations qu'on lui donnait, s'appliquait apparemment au delà des frontières de la colonie de la

Halsbury L.C. said (at p. 458):

... it would have been beyond the jurisdiction of the Colony to enact such a law. Their jurisdiction is confined within their own territories, and the maxim which has been more than once quoted, "Extra territorium jus dicenti impune non paretur", would be applicable to such a case.

In *Nadan v. The King*, [1926] A.C. 482, the Privy Council reiterated this view in holding that Canada did not have competence to abolish appeals to the Privy Council.

The precise limits of extraterritorial incompetence are unclear. The opinion of the Colonial Law Officers was that a colony could legislate in respect of the three nautical mile territorial sea, and there are numerous examples of Newfoundland having done so. *Croft v. Dunphy*, [1933] A.C. 156 (P.C.), seems to stand for the proposition that an incidental extraterritorial effect is permissible if necessary to the effectiveness of legislation operating within the colony. The basic principle, however, was that colonies were incompetent to legislate extraterritorially.

There was a parallel extraterritorial incompetence in executive powers. For example, colonies were not competent to sign treaties. They might be consulted about treaties affecting them. They might become involved in negotiations under the aegis of the Imperial authorities, but the ultimate control and responsibility in treaty matters rested with the Imperial government. One reflection of this is s. 132 of the *Constitution Act, 1867*:

**132.** The Parliament and Government of Canada shall have all Powers necessary or proper for performing the Obligations of Canada or of any Province thereof, as Part of the British Empire, towards Foreign Countries, arising under Treaties between the Empire and such Foreign Countries.

Treaties were made by the Government of the United Kingdom and not Canada.

A particular example of the extraterritorial incompetence of colonies is that they were inca-

Nouvelle-Galles du Sud. En examinant cette interprétation de la loi en question, le lord chancelier Halsbury a affirmé (à la p. 458):

[TRADUCTION] ... il aurait été hors de la compétence de la colonie d'adopter une telle loi. Sa compétence se limite à son propre territoire et la maxime souvent citée, «Extra territorium jus dicenti impune non paretur», serait applicable à l'espèce.

<sup>b</sup> Dans l'arrêt *Nadan v. The King*, [1926] A.C. 482, le Conseil privé a réitéré ce point de vue en concluant que le Canada n'avait pas compétence pour abolir les appels au Conseil privé.

<sup>c</sup> La portée exacte de l'absence de compétence territoriale n'est pas clairement connue. Selon les Colonial Law Officers, une colonie pouvait légiférer relativement à la mer territoriale de trois milles marins et il y a de nombreux exemples où Terre-Neuve l'a fait. L'arrêt *Croft v. Dunphy*, [1933] A.C. 156 (C.P.), semble affirmer qu'un effet extra-territorial secondaire est admissible s'il est nécessaire à l'application efficace d'une loi dans la colonie. Le principe fondamental était cependant que les colonies n'avaient pas compétence pour adopter des lois d'application extra-territoriale.

<sup>f</sup> Il y avait une absence de compétence extra-territoriale comparable en matière de pouvoirs exécutifs. Par exemple, les colonies n'avaient pas le pouvoir de signer des traités. Il pouvait leur arriver d'être consultées à propos des traités qui les touchaient. Elles pouvaient être appelées à participer à des négociations sous l'égide des autorités impériales, mais la responsabilité et le contrôle ultimes en matière de traités appartenaient au gouvernement impérial. L'article 132 de la *Loi constitutionnelle de 1867* témoigne de ce fait:

**132.** Le parlement et le gouvernement du Canada auront tous les pouvoirs nécessaires pour remplir envers les pays étrangers, comme portion de l'empire Britannique, les obligations du Canada ou d'aucune de ses provinces, naissant de traités conclus entre l'empire et ces pays étrangers.

Les traités étaient conclus par le gouvernement du Royaume-Uni et non par le Canada.

<sup>j</sup> Un exemple particulier d'absence de compétence extra-territoriale des colonies est le fait qu'elles



pable of acquiring new territory. Boundaries could only be altered by the British authorities in the form of an order in council under the *Colonial Boundaries Act*.

The underlying basis of this denial of external sovereignty was that international relations were the preserve of the United Kingdom government and Parliament. Lack of external sovereignty made colonies incompetent to acquire continental shelf rights. The rights accrued initially to the Imperial Crown as the entity possessing external sovereignty in respect of colonies. The Imperial Crown could transfer them to the colony; this Court noted in the *1967 Offshore Reference*, *supra*, at p. 808, that Imperial rights in the territorial sea could have been transferred to British Columbia. Indeed, continental shelf rights were given to certain colonies during the formative period of international law on the continental shelf. The territorial boundaries of Trinidad and Tobago (1942), Bahamas (1948), Jamaica (1948), British Honduras (1950), and Falkland Islands (1952) were extended by Imperial orders in council to include the continental shelf. In the background documents furnished in the case on appeal to constitutional incompetence of a colony itself to acquire such rights was alluded to. The Attorney General of Newfoundland does refer us to certain later colonial acts claiming continental shelf rights: Sierra Leone (1960); The Gambia (1963); Seychelles (1967); Cayman Islands (1978); British Virgin Islands (1972); St. Vincent (1970); British Solomon Islands Protectorate (1970). We have not been referred to the precise constitutional position of these colonies, nor is there any indication that the constitutional validity of these claims was tested, or even considered. We find these examples of slight persuasive value.

The Attorney General of Newfoundland argues that colonies could acquire continental shelf rights because rights of the Crown in overseas territories were held by the Crown in right of the colony. The

étaient incapables d'acquérir de nouveaux territoires. Seules les autorités britanniques pouvaient modifier les frontières d'une colonie par décret pris en application de la *Colonial Boundaries Act*.

<sup>a</sup> La raison profonde de cette dénégation de souveraineté extérieure était que les relations internationales étaient réservées au gouvernement et au Parlement du Royaume-Uni. L'absence de souveraineté extérieure rendait les colonies inhabiles à acquérir des droits sur le plateau continental. Ces droits ont été initialement dévolus à Sa Majesté impériale en sa qualité de titulaire de la souveraineté extérieure à l'égard des colonies. Sa Majesté impériale pouvait céder ces droits à la colonie; cette Cour a souligné, dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, précité, à la p. 808, que les droits impériaux sur la mer territoriale pouvaient avoir été cédés à la Colombie-Britannique. En effet, les droits sur le plateau continental ont été accordés à certaines des colonies pendant la période d'élaboration du droit international relatif au plateau continental. Les limites territoriales de Trinidad et Tobago (1942), des Bahamas (1948), de la Jamaïque (1948), du Honduras britannique (1950) et des îles Falkland (1952) ont été prolongées par décrets impériaux de manière à inclure le plateau continental. Dans les documents produits dans le dossier conjoint, on fait allusion à l'absence de compétence constitutionnelle d'une colonie pour ce qui est d'acquérir elle-même de tels droits. Le procureur général de Terre-Neuve nous mentionne certains actes posés ultérieurement par des colonies pour revendiquer des droits sur le plateau continental: la Sierra Leone (1960), la Gambie (1963), les Seychelles (1967), les îles Cayman (1978), les îles Vierges britanniques (1972), Saint Vincent (1970) et le protectorat britannique des îles Salomon (1970). On ne nous a pas parlé de la situation constitutionnelle exacte de ces colonies et rien n'indique que la validité constitutionnelle de ces revendications a été vérifiée ou même examinée. Nous estimons que ces exemples sont peu convaincants.

Le procureur général de Terre-Neuve soutient que les colonies pouvaient acquérir des droits sur le plateau continental parce que les droits que possédait Sa Majesté sur les territoires d'outre-mer

Attorney General of Nova Scotia makes a similar argument. We quote from the factum of the Attorney General of Nova Scotia, at p. 30:

Accordingly, under colonial constitutional law, it was a general principle that any lands owned by the Crown in a Colony are lands owned by the Crown in Right of the Colony and not in Right of the United Kingdom. Exception to this rule may be made in respect to a particular property (that is it can be considered to be held by the Crown in Right of the United Kingdom) but such exception must be made by an overt act making this reservation and the burden to prove the exception lies with the person claiming the exception.

This argument ignores one critical element. The proposition enunciated applies only to property within the colony. This territorial restriction is stated expressly in one of the authorities relied on: *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.) at p. 57-58:

The enactments of sect. 109 are, in the opinion of their Lordships, sufficient to give to each Province, subject to the administration and control of its own Legislature, the entire beneficial interest of the Crown in all lands within its boundaries, which at the time of the union were vested in the Crown, with the exception of such lands as the Dominion acquired right to under sect. 108, or might assume for the purposes specified in sect. 117. Its legal effect is to exclude from the "duties and revenues" appropriated to the Dominion, all the ordinary territorial revenues of the Crown arising within the Provinces.

(Emphasis added.)

There was considerable argument in the factums in this case to the effect that this Court was in error in holding in the *1967 Offshore Reference* that the territorial sea was outside the boundaries of, and therefore not the property of, a colony. Even if valid these submissions would not advance Newfoundland's position. Whatever the status of the territorial sea, continental shelf rights remain extraterritorial. The same reasoning that denies extraterritorial legislative and executive competence to colonies applies with equal force to pre-

étaient détenus par Sa Majesté du chef de la colonie. Le procureur général de la Nouvelle-Écosse a soumis un argument semblable. Nous citons l'extrait suivant tiré de la p. 30 du mémoire du procureur général de la Nouvelle-Écosse:

[TRADUCTION] En conséquence, en vertu du droit constitutionnel colonial, il était de principe général que toute terre possédée par Sa Majesté dans une colonie était une terre possédée par Sa Majesté du chef de la colonie et non du chef du Royaume-Uni. Il peut y avoir une exception à cette règle à l'égard d'un bien particulier (c'est-à-dire qu'il peut être considéré comme possédé par Sa Majesté du chef du Royaume-Uni), mais une telle exception doit découler d'un acte manifeste de réserve et le fardeau de prouver l'exception incombe à la personne qui l'invoque.

Cet argument ne tient pas compte d'un élément déterminant. La proposition énoncée ne s'applique qu'aux biens situés à l'intérieur de la colonie. Cette restriction territoriale est expressément énoncée dans l'un des arrêts invoqués: *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.) aux pp. 57 et 58:

[TRADUCTION] De l'avis de leurs Seigneuries, les dispositions de l'art. 109 suffisent à donner à chaque province, sous réserve de l'administration et du contrôle de sa propre législature, tous les droits de propriété de Sa Majesté sur les terres situées à l'intérieur de ses frontières, qui au moment de l'union étaient dévolus à Sa Majesté, à l'exception des terres qui sont devenues la propriété du Dominion en vertu de l'art. 108 ou de celles que le Dominion peut avoir prises pour les fins mentionnées à l'art. 117. Cet article a pour effet d'exclure des «droits et revenus» destinés au Dominion tous les revenus territoriaux ordinaires de Sa Majesté générés à l'intérieur des provinces.

(C'est nous qui soulignons.)

On a prétendu à plusieurs reprises dans les mémoires produits en l'espèce que cette Cour a eu tort de conclure, dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, que la mer territoriale est située en dehors des limites d'une colonie et qu'elle n'appartient donc pas à la colonie. Même si ces arguments étaient valables, cela n'améliorerait pas la situation de Terre-Neuve. Quel que soit le statut de la mer territoriale, les droits relatifs au plateau continental demeurent extra-territoriaux. Le raisonnement portant que les colonies n'ont

vent colonies from exercising any extraterritorial sovereign rights conferred by international law. It is only when a former colony, as a matter of constitutional law, acquires external sovereignty that it can also acquire continental shelf rights. Until such time it is the British Crown that is the beneficiary of the extraterritorial rights over the continental shelf accorded by international law.

In the *1967 Offshore Reference* this Court noted that sometime between 1919 and 1931 the Canadian federal government acquired external sovereignty. The Canadian Parliament's extraterritorial legislative competence was recognized in the *Statute of Westminster, 1931* (U.K.), 22 Geo. V, c. 4. The first nine Canadian provinces, by contrast, never gained extraterritorial legislative competence: *Interprovincial Co-Operatives Ltd. v. Dryden Chemicals Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 477 at p. 512. They have never acquired external sovereignty. They are thus incapable of acquiring continental shelf rights.

Is the situation of Newfoundland any different from that of the nine other provinces? Citing, *inter alia*, the *Balfour Declaration*, the *Statute of Westminster, 1931* and the Terms of Union, the Attorney General of Newfoundland contends that it is and that Newfoundland acquired and retained external sovereignty sufficient to make it the beneficiary of the rights over the continental shelf recognized by international law.

Because of the change in Newfoundland's constitutional status in 1934, it is convenient to consider this contention first with reference to the period before 1934 and then to the period between 1934 and Confederation in 1949.

(1) *The Status of Newfoundland Prior to 1934*

The Attorney General of Newfoundland provides us with an extensive review of the history of the colony of Newfoundland, but we think it sufficient to begin with the Imperial Conference of 1926, at which Newfoundland was a full partici-

aucune compétence législative ou exécutive extra-territoriale s'applique tout autant pour empêcher les colonies d'exercer tout droit souverain extra-territorial conféré par le droit international. En droit constitutionnel, ce n'est que lorsqu'une ancienne colonie acquiert la souveraineté extérieure qu'elle peut aussi acquérir des droits sur le plateau continental. Jusqu'à ce que cela se produise, c'est la Couronne britannique qui est le bénéficiaire des droits extra-territoriaux sur le plateau continental que confère le droit international.

Dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, cette Cour a souligné que le gouvernement fédéral canadien a acquis la souveraineté extérieure entre 1919 et 1931. Le *Statut de Westminster, 1931* (R.-U.), 22 Geo. V, chap. 4, a reconnu la compétence législative extra-territoriale du Parlement du Canada. Les neuf premières provinces du Canada, par contre, n'ont jamais acquis la compétence législative extra-territoriale: *Interprovincial Co-Operatives Ltd. c. Dryden Chemicals Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 477, à la p. 512. Elles n'ont jamais acquis la souveraineté extérieure. Elles sont donc incapables d'acquérir des droits sur le plateau continental.

La situation de Terre-Neuve est-elle différente de celle des neuf autres provinces? Citant notamment la *Déclaration Balfour*, le *Statut de Westminster, 1931* et les Conditions de l'union, le procureur général de Terre-Neuve soutient qu'elle est différente et que Terre-Neuve a acquis et conservé la souveraineté extérieure nécessaire pour devenir bénéficiaire des droits relatifs au plateau continental que le droit international reconnaît.

À cause du changement survenu dans le statut constitutionnel de Terre-Neuve en 1934, il convient d'analyser cette prétention d'abord en fonction de la période antérieure à 1934 et ensuite en fonction de la période comprise entre 1934 et la Confédération en 1949.

(1) *Le statut de Terre-Neuve avant 1934*

Le procureur général de Terre-Neuve nous trace un long historique de la colonie de Terre-Neuve, mais nous croyons qu'il suffit de commencer par la Conférence impériale de 1926, à laquelle Terre-Neuve a participé, à part entière, avec la Grande-

pant along with Great Britain and the other Dominions. The Conference produced the *Balfour Declaration*, which included the following passage:

There is, however, one most important element in it which from a strictly constitutional point of view, has now, as regards all vital matters, reached its full development—we refer to the group of self-governing communities composed of Great Britain and the Dominions. Their position and mutual relation may be readily defined. They are autonomous communities within the British Empire, equal in status, in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs, though united by a common allegiance to the Crown, and freely associated as members of the British Commonwealth of Nations.

(Emphasis added.)

The equating of status of Dominions, including Newfoundland, with Great Britain was an express recognition that, as a matter of Imperial constitutional law, the Dominions had evolved to the stage of possessing external sovereignty.

It was argued on behalf of Canada that, during the period immediately following 1926 two factors distinguished the position of Newfoundland from that of the other Dominions. Newfoundland chose not to be a member of the League of Nations and Newfoundland chose to leave the conduct of its external relations to the British authorities. These two factors did cause considerable confusion concerning the manner in which Newfoundland was to be dealt with in treaties. These considerations may reflect on whether Newfoundland was an independent person in the eyes of international law, but they were not constitutional impediments. We do not think they detract from the fact that as a matter of status, according to Imperial constitutional convention, Newfoundland possessed external sovereignty.

In 1931 the *Statute of Westminster* included Newfoundland within the category of “Dominion”. The following provisions of the Act are of particular significance:

1. In this Act the expression “Dominion” means any of the following Dominions, that is to say, the Dominion

Bretagne et les autres dominions. Cette conférence a donné lieu à la *Déclaration Balfour*, dont voici un extrait:

[TRADUCTION] Il y a cependant un élément très important qui, du point de vue strictement constitutionnel, pour ce qui est de toutes les questions fondamentales, a atteint son plein développement—nous voulons parler du groupe de collectivités autonomes que forment la Grande-Bretagne et les dominions. Leur situation et leurs rapports mutuels peuvent être facilement définis. Il s’agit de collectivités autonomes au sein de l’Empire britannique, de statut égal et en aucune façon subordonnées l’une à l’autre pour ce qui est de leurs affaires intérieures ou extérieures, tout en étant unies par une allégeance commune à Sa Majesté, et librement associées comme membres du Commonwealth britannique des Nations.

(C’est nous qui soulignons.)

<sup>d</sup> Le fait d’assimiler le statut des dominions, y compris Terre-Neuve, à celui de la Grande-Bretagne équivalait à reconnaître expressément qu’en droit constitutionnel impérial les dominions avaient acquis la souveraineté extérieure.

<sup>f</sup> On a prétendu, pour le compte du Canada, que pendant la période immédiatement postérieure à 1926, deux facteurs distinguaient la situation de Terre-Neuve de celle des autres dominions. Terre-Neuve a choisi de ne pas devenir membre de la Société des Nations et de laisser la conduite de ses relations extérieures aux autorités britanniques. Ces deux facteurs ont causé beaucoup de confusion à propos de la manière d’envisager Terre-Neuve dans les traités. Ces considérations peuvent influencer sur la question de savoir si Terre-Neuve était une entité autonome aux yeux du droit international, mais elles ne constituent pas des empêchements constitutionnels. Nous ne croyons pas qu’elles portent atteinte au fait que, sur le plan de son statut en vertu de la convention constitutionnelle impériale, Terre-Neuve jouissait de la souveraineté extérieure.

<sup>j</sup> En 1931, le *Statut de Westminster* a inclus Terre-Neuve dans la catégorie des «dominions». Les dispositions suivantes de cette loi sont particulièrement importantes:

1. Dans la présente loi l’expression «Dominion» signifie l’un quelconque des Dominions suivants: le Dominion

of Canada, the Commonwealth of Australia, the Dominion of New Zealand, the Union of South Africa, the Irish Free State and Newfoundland.

3. It is hereby declared and enacted that the Parliament of a Dominion has full power to make laws having extra-territorial operation.

10. (1) None of the following sections of this Act, that is to say, sections two, three, four, five and six, shall extend to a Dominion to which this section applies, as part of the law of that Dominion unless that section is adopted by the Parliament of the Dominion, and any Act of that Parliament adopting any section of this Act may provide that the adoption shall have effect either from the commencement of this Act or from such later date as is specified in the adopting Act.

(2) The Parliament of any such Dominion as aforesaid may at any time revoke the adoption of any section referred to in subsection (1) of this section.

(3) The Dominions to which this section applies are the Commonwealth of Australia, the Dominion of New Zealand and Newfoundland.

11. Notwithstanding anything in the Interpretation Act, 1889, the expression "Colony" shall not, in any Act of the Parliament of the United Kingdom passed after the commencement of this Act, include a Dominion or any Province or State forming part of a Dominion.

(Emphasis added.)

Newfoundland never did adopt the *Statute of Westminster, 1931*. Sections 1 and 11 automatically applied to it. Section 3, however, did not. It may well be that, because it failed to adopt the *Statute*, Newfoundland did not have power to make extraterritorial law. For the sake of argument, however, we are willing to assume that this failure is of no particular consequence and that, at least from 1926 to 1934, Newfoundland had sufficient external sovereignty to acquire continental shelf rights. By itself, though, that conclusion would do little to assist Newfoundland. As we shall see, there is not even a faint argument that continental shelf rights existed at international law by 1934. There was no State practice as of that date. The critical question respecting pre-Confederation

du Canada, le Commonwealth d'Australie, le Dominion de la Nouvelle-Zélande, l'Union Sud-Africaine, l'État libre d'Irlande, et Terre-Neuve.

3. Il est déclaré et statué par les présentes que le Parlement d'un Dominion a le plein pouvoir d'adopter des lois d'une portée extra-territoriale.

10. (1) Aucun des articles suivants de la présente Loi, savoir les articles deux, trois, quatre, cinq et six, ne doit s'étendre à un Dominion auquel s'applique le présent article comme partie de la législation de ce Dominion, à moins que l'article en question ne soit adopté par le Parlement du Dominion, et toute loi de ce Dominion adoptant un article quelconque de la présente Loi peut pourvoir à ce qu'elle prenne effet, soit le jour de la mise en vigueur de la présente Loi, soit à telle date ultérieure que la loi d'adoption spécifiera.

(2) Le Parlement de tout Dominion susdit peut en tout temps abroger tout article visé au paragraphe (1) du présent article.

(3) Les Dominions auxquels s'applique le présent article sont le Commonwealth d'Australie, le Dominion de la Nouvelle-Zélande et Terre-Neuve.

11. Nonobstant toute disposition contraire de l'*Interpretation Act* de 1889, l'expression «Colonie» ne doit, dans aucune loi du Parlement du Royaume-Uni adoptée après l'entrée en vigueur de la présente Loi, s'appliquer à un Dominion ou une province ou un État quelconque faisant partie d'un Dominion.

(C'est nous qui soulignons.)

Terre-Neuve n'a jamais adopté le *Statut de Westminster, 1931*. Les articles 1 et 11 s'appliquaient à elle automatiquement. Toutefois, ce n'était pas le cas en ce qui concerne l'art. 3. Il se pourrait bien qu'en raison de son omission d'adopter le *Statut*, Terre-Neuve n'ait pas eu le pouvoir de faire des lois d'application extra-territoriale. Pour les fins de la discussion cependant, nous sommes disposés à tenir pour acquis que cette omission n'a pas de conséquences particulières et que, du moins de 1926 à 1934, Terre-Neuve possédait la souveraineté extérieure nécessaire pour acquérir des droits sur le plateau continental. Toutefois, cette conclusion n'est pas en soi d'une grande utilité pour Terre-Neuve. Comme nous le verrons plus loin, on ne prétend pas le moindre-

status is the position of Newfoundland from 1934 to 1949.

(2) *The Status of Newfoundland under The Commission of Government, 1934-1949*

In the early 1930's Newfoundland was facing serious financial difficulties. It turned to the United Kingdom for assistance. The United Kingdom was prepared to assume financial responsibility for Newfoundland on the condition that the form of government of Newfoundland be changed. A joint Newfoundland-United Kingdom royal commission made the following recommendations:

We therefore recommend that the Newfoundland Government, recognising that it is impossible for the Island to surmount unaided the unprecedented difficulties that now confront it, should make an immediate appeal for the sympathetic co-operation of Your Majesty's Government in the United Kingdom in the adoption and execution of a joint plan of reconstruction, of which the following would be the main features:

- (a) The existing form of government would be suspended until such time as the Island may become self-supporting again.
- (b) A special Commission of Government would be created which would be presided over by His Excellency the Governor, would be vested with full legislative and executive authority, and would take the place of the existing Legislature and Executive Council.
- (c) The Commission of Government would be composed of six members, exclusive of the governor, three of whom would be drawn from Newfoundland and three from the United Kingdom.
- (d) The government Departments in the Island would be divided into six groups. Each group would be placed in the charge of a Member of the Commission of Government, who would be responsible for the efficient working of the Departments in the group, and the Commission would be collectively responsible for the several Departments.
- (e) The proceedings of the Commission of Government would be subject to supervisory control by Your Majesty's Government in the United Kingdom, and

ment que les droits sur le plateau continental existaient en droit international dès 1934. Il n'y avait pas de pratique des États à cette époque. La question capitale qui se pose quant au statut antérieur à la Confédération est la situation de Terre-Neuve de 1934 à 1949.

(2) *Le statut de Terre-Neuve sous le régime de la Commission de gouvernement, 1934-1949*

Au début des années trente, Terre-Neuve éprouvait de graves difficultés financières. Elle a demandé l'aide du Royaume-Uni. Le Royaume-Uni était disposé à assumer les obligations financières de Terre-Neuve à la condition que la forme de gouvernement de cette dernière soit modifiée. Une commission royale conjointe de Terre-Neuve et du Royaume-Uni a fait les recommandations suivantes:

[TRADUCTION] En conséquence, nous recommandons que le gouvernement de Terre-Neuve, qui reconnaît que l'Île est dans l'impossibilité de surmonter à elle seule les difficultés sans précédent qu'elle éprouve maintenant, fasse immédiatement appel à la collaboration bienveillante du gouvernement de Votre Majesté pour le Royaume-Uni dans le but d'adopter et de mettre à exécution un plan conjoint de redressement dont les caractéristiques principales seraient les suivantes:

- a) La forme actuelle du gouvernement serait suspendue jusqu'à ce que l'Île puisse redevenir financièrement autonome.
- b) Une commission spéciale de gouvernement serait créée qui, sous la présidence de son Excellence le gouverneur, serait dotée de pleins pouvoirs sur les plans législatif et exécutif et remplacerait l'assemblée législative et le conseil exécutif actuels.
- c) La Commission de gouvernement serait composée de six membres sans compter le gouverneur, dont trois en provenance de Terre-Neuve et trois en provenance du Royaume-Uni.
- d) Les ministères gouvernementaux de l'Île seraient divisés en six groupes. Chaque groupe relèverait d'un membre de la Commission de gouvernement, qui serait responsable du bon fonctionnement des ministères faisant partie du groupe, et la Commission serait collectivement responsable des divers ministères.
- e) Les travaux de la Commission seraient assujettis à la surveillance et au contrôle du gouvernement de Votre Majesté pour le Royaume-Uni et le gouverneur

the Governor-in-Commission would be responsible to the Secretary of State for Dominion Affairs in the United Kingdom for the good government of the Island.

(f) Your Majesty's Government in the United Kingdom would, for their part, assume general responsibility for the finances of the Island until such time as it may become self-supporting again, and would, in particular, make such arrangements as may be deemed just and practicable with a view to securing to Newfoundland a reduction in the present burden of the public debt.

(g) It would be understood that, as soon as the Island's difficulties are overcome and the country is again self-supporting, responsible government, on request from the people of Newfoundland, would be restored.

At the request of the Newfoundland Assembly, the Parliament at Westminster enacted the *Newfoundland Act*, 1933 (U.K.), Geo. V, c. 2, to give effect to the recommendations. The Act authorized the suspension of the existing Letters Patent, which recognized responsible government. New Letters Patent establishing the Commission of Government in fact came into force February 18, 1934.

The new government was neither representative nor responsible. Its undemocratic nature has little bearing on questions of sovereignty, but the fact that the government was not responsible clearly does. The control to be exercised by the United Kingdom government, referred to in paragraph (e) of the Royal Commission's recommendations, was not a paper control, but a real one. This was acknowledged by Gordon Bradley, member of the Newfoundland delegation, during the 1947 meeting with Canadian representatives at which the possibility of union was discussed:

Newfoundland may be described as a country in search of a satisfactory form of government. For upwards of thirteen years the country has been managed by what we fairly call a caretaker administration. This administration, known as Government by Commission, is appointed and controlled by His Majesty's Government in the United Kingdom. It is not representative of the people except in the limited sense that three of its seven members are residents of Newfoundland who have been

en commission répondrait du bon gouvernement de l'Île au Secrétaire d'État pour les affaires des Dominions du Royaume-Uni.

f) Le gouvernement de Votre Majesté pour le Royaume-Uni assumerait quant à lui la responsabilité générale des finances de l'Île jusqu'à ce qu'elle puisse redevenir financièrement autonome et, en particulier, il prendrait les arrangements qu'il pourrait juger justes et réalisables dans le but de réduire le fardeau actuel de la dette publique de Terre-Neuve.

g) Il serait entendu qu'aussitôt que les difficultés de l'Île seraient surmontées et que le pays serait redevenu financièrement autonome, le gouvernement responsable serait rétabli à la demande de la population de Terre-Neuve.

À la demande de l'Assemblée législative de Terre-Neuve, le Parlement de Westminster a adopté la *Newfoundland Act*, 1933 (R.-U.), Geo. V, chap. 2, afin d'appliquer ces recommandations. La Loi permettait de suspendre l'application des lettres patentes en vigueur qui reconnaissaient le gouvernement responsable. En fait, les nouvelles lettres patentes qui constituaient la Commission de gouvernement sont entrées en vigueur le 18 février 1934.

Le nouveau gouvernement n'était ni représentatif ni responsable. Sa nature non démocratique a peu de répercussions sur les questions de souveraineté, mais le fait qu'il n'était pas responsable en a certainement. Le contrôle que devait exercer le gouvernement du Royaume-Uni, dont il est fait mention à l'alinéa e) des recommandations de la Commission royale, n'était pas un contrôle théorique mais un contrôle réel. Cela a été reconnu par Gordon Bradley, un membre de la délégation de Terre-Neuve, à l'occasion de la réunion de 1947 avec des représentants du Canada au cours de laquelle la possibilité d'union a été discutée:

[TRADUCTION] On peut décrire Terre-Neuve comme un pays à la recherche d'une forme satisfaisante de gouvernement. Depuis plus de treize ans, le pays a été géré par ce qu'on peut à juste titre appeler une administration intérimaire. Cette administration, connue sous le nom de gouvernement par commission, est nommée et contrôlée par le gouvernement de Sa Majesté pour le Royaume-Uni. Elle ne représente pas la population si ce n'est dans la mesure où trois de ses sept membres sont des rési-

selected and appointed by the British Government, the other four being residents of the United Kingdom. It was frankly admitted, when this Commission system of administration was first proposed and inaugurated, that it was to be of a temporary character, lasting for a limited period of years. The two conditions of its abolition were set forth clearly in the beginning; it was to continue until Newfoundland became self-supporting again and the Newfoundland people requested its discontinuance.

The view of the Secretary of State for Dominion Affairs was that supervisory control by the Dominions Office was a constitutional necessity. A government must be accountable to an elected body, and the only body to which the Commission of Government could be answerable was the Parliament at Westminster, through the Secretary of State for Dominion Affairs (Dispatch 539, December 19, 1935).

The Attorney General of Newfoundland submits in Appendix "A" to his factum, at p. 149:

Although the new form of Government thus brought about was neither representative nor responsible it was nevertheless, equally with its predecessor, the government of Newfoundland and of no other place.

The government was certainly the government of Newfoundland; the difficulty is that it was not the government by Newfoundland.

During the Commission of Government, Newfoundland still technically had the status of a Dominion under the *Statute of Westminster, 1931*. In practice, though, Newfoundland was treated differently from the other Dominions. For example, in Imperial legislation which referred to the Dominions the formula used was to define Dominion as "a Dominion within the meaning of the *Statute of Westminster, 1931* except Newfoundland", and then deal with Newfoundland separately, treating it in the same manner as colonies.

The Attorney General of Newfoundland makes a strong argument to the effect that during the Commission of Government, Newfoundland was not like an ordinary colony. This may well be true

dants de Terre-Neuve qui ont été choisis et nommés par le gouvernement britannique, les quatre autres membres étant des résidents du Royaume-Uni. On a franchement reconnu, lorsque ce système d'administration par commission a été proposé pour la première fois et instauré, qu'il serait de nature temporaire et qu'il ne durerait qu'un nombre limité d'années. Les deux conditions de son abolition ont été clairement énoncées au départ: il subsisterait jusqu'à ce que Terre-Neuve redevienne financièrement autonome et que la population de Terre-Neuve en demande la suppression.

De l'avis du Secrétaire d'État pour les affaires des Dominions, le contrôle par le Dominions Office était une nécessité constitutionnelle. Un gouvernement doit être comptable de ses actes à un organisme élu et le seul organisme élu auquel la Commission de gouvernement pouvait être comptable était le Parlement de Westminster, par l'entremise du Secrétaire d'État pour les affaires des Dominions (Dépêche 539, le 19 décembre 1935).

Le procureur général de Terre-Neuve soutient à l'annexe «A» de son mémoire, à la p. 149:

[TRADUCTION] Même si, dans sa nouvelle forme, le gouvernement institué n'était ni représentatif ni responsable, il constituait néanmoins, tout autant que ses prédécesseurs, une forme de gouvernement de Terre-Neuve et de nulle part ailleurs.

Ce gouvernement était certainement celui de Terre-Neuve; la difficulté vient de ce que ce n'était pas une forme de gouvernement par Terre-Neuve.

Sous le régime de la Commission de gouvernement, Terre-Neuve avait encore en principe le statut de dominion en vertu du *Statut de Westminster, 1931*. En pratique cependant, Terre-Neuve a été traitée de façon différente des autres dominions. Par exemple, dans la législation impériale qui porte sur les dominions, la formule utilisée consistait à définir un dominion comme [TRADUCTION] «un dominion au sens du *Statut de Westminster, 1931*, à l'exception de Terre-Neuve», puis à disposer séparément du cas de Terre-Neuve en la traitant comme une colonie.

Le procureur général de Terre-Neuve soutient avec vigueur que, sous le régime de la Commission de gouvernement, Terre-Neuve était différente d'une colonie ordinaire. Ce peut bien être vrai,



but that does not mean it had the requisite external sovereignty to acquire continental shelf rights.

In the conduct of international relations, the United Kingdom government acted on behalf of Newfoundland, though representatives of the Newfoundland government were *de facto* closely involved. Newfoundland participated in the 1943 Fisheries Conference and signed the Final Act of the Conference on its own, but this was later described as "irregular" by the Foreign Office (Case, p. 1673). It seems clear that the United Kingdom authorities were concerned that the Newfoundland government not act as an independent State. Thus Newfoundland's response to the *Truman Proclamation*, (the claim to continental shelf rights enunciated by the United States in 1945), was thought to raise constitutional questions. In a letter dated July 31, 1947 from C. Costley-White, of the Commonwealth Relations Office, to P. D. H. Dunn, Newfoundland Minister of Agriculture and Fisheries, the following observation was made (Case, p. 2098):

Under the present constitutional arrangements (which may not however of course last much longer) it would not seem appropriate for the Newfoundland Government to raise direct with the United States Government a matter of this kind concerning external relations. It would be necessary for the United Kingdom Government to approach the United States Government.

The Attorney General of Newfoundland makes an argument, accepted by the Court of Appeal in the *Newfoundland Reference*, (p. 32) that the United Kingdom government and the Commission of Government were constitutionally trustees for the future government of Newfoundland. Correct or not, this analysis does not aid in resolving the question at issue. The powers of the "future government of Newfoundland" were in 1949 divided between the new province of Newfoundland and the Canadian federal government. Newfoundland's analysis does not tell us what was preserved or acquired for the future province as opposed to the federal government.

mais cela ne signifie pas qu'elle avait la souveraineté extérieure nécessaire pour acquérir des droits sur le plateau continental.

<sup>a</sup> Dans la conduite des relations internationales, le gouvernement du Royaume-Uni agissait au nom de Terre-Neuve, même si, de fait, des représentants du gouvernement de Terre-Neuve y participaient étroitement. Terre-Neuve a participé à la <sup>b</sup> Conférence de 1943 sur les pêcheries et a signé de son propre chef le document final de la Conférence, mais par la suite cela a été qualifié d'«irrégulier» par le Foreign Office (Dossier, p. 1673). Il semble clair que les autorités du Royaume-Uni <sup>c</sup> veillaient à ce que le gouvernement de Terre-Neuve n'agisse pas à titre d'État indépendant. Ainsi, on a considéré que la réponse de Terre-Neuve à la *proclamation Truman* (la revendication des droits sur le plateau continental faite par les États-Unis en 1945) soulevait des questions <sup>d</sup> constitutionnelles. Dans une lettre en date du 31 juillet 1947, adressée par C. Costley-White du Commonwealth Relations Office, à P. D. H. <sup>e</sup> Dunn, ministre de l'Agriculture et des Pêcheries de Terre-Neuve, on trouve l'observation suivante (Dossier, p. 2098):

[TRADUCTION] En vertu des arrangements constitutionnels actuels (qui, il est vrai, n'auront peut-être pas cours <sup>f</sup> encore très longtemps), il ne semblerait pas approprié pour le gouvernement de Terre-Neuve d'aborder directement, avec le gouvernement des États-Unis, une question de cette nature au sujet des relations extérieures. Il serait nécessaire que le gouvernement du Royaume-Uni <sup>g</sup> entre en communication avec celui des États-Unis.

Le procureur général de Terre-Neuve soutient, et la Cour d'appel a accepté cet argument dans le *Renvoi de Terre-Neuve* (p. 32), que le gouvernement du Royaume-Uni et la Commission de gouvernement étaient, du point de vue constitutionnel, les fiduciaires du futur gouvernement de Terre-Neuve. Qu'elle soit exacte ou non, cette analyse ne nous aide pas à résoudre la question en litige. Les <sup>i</sup> pouvoirs du «futur gouvernement de Terre-Neuve» ont été, en 1949, partagés entre la nouvelle province de Terre-Neuve et le gouvernement fédéral du Canada. L'analyse de Terre-Neuve ne nous <sup>j</sup> indique pas ce qu'on a réservé ou acquis pour la future province par opposition à ce qui a été fait pour le gouvernement fédéral.

The Attorney General of Newfoundland stresses that the Commission of Government was voluntarily submitted to by Newfoundland, and that self-government was only suspended. We accept both propositions, but they do not alter the situation that during the period of suspension Newfoundland did not even have internal sovereignty, much less external sovereignty. We think that the suspension of self-government necessarily suspended the external sovereignty of Newfoundland recognized in the *Balfour Declaration*. Any continental shelf rights available at international law between 1934 and 1949 therefore accrued to the Crown in right of the United Kingdom, not the Crown in right of Newfoundland.

(3) *The Effect of Term 7 on the Status of Newfoundland*

The Attorney General of Newfoundland submits, in the alternative, that even if Newfoundland lost its external sovereignty during the Commission of Government, it entered Canada with the same external sovereignty it had in 1933 because of Term 7 of the Terms of Union:

PROVINCIAL CONSTITUTION

7. The Constitution of Newfoundland as it existed immediately prior to the sixteenth day of February 1934, is revived at the date of Union and shall, subject to these Terms and the British America Acts, 1867 to 1946, continue as the Constitution of the Province of Newfoundland from and after the date of Union, until altered under the authority of the said Acts.

The argument is that the revival of the pre-1934 Constitution means that whatever continental shelf rights arose during the Commission of Government attached to Newfoundland immediately prior to Union.

Term 7 first appeared in the seventh of the eight preliminary drafts of the Terms of Union. It then read simply:

Le procureur général de Terre-Neuve souligne que Terre-Neuve s'est soumise de plein gré à la Commission de gouvernement et que son autonomie n'a été que suspendue. Nous acceptons ces deux propositions, mais elles ne changent rien au fait que, pendant la période de suspension, Terre-Neuve ne possédait même pas la souveraineté intérieure et encore moins la souveraineté extérieure. Nous sommes d'avis que la suspension de l'autonomie a nécessairement eu pour effet de suspendre la souveraineté extérieure de Terre-Neuve reconnue dans la *Déclaration Balfour*. Tous les droits relatifs au plateau continental que le droit international a reconnus entre 1934 et 1949 ont donc été dévolus à Sa Majesté du chef du Royaume-Uni et non à Sa Majesté du chef de Terre-Neuve.

(3) *L'effet de la clause 7 sur le statut de Terre-Neuve*

Le procureur général de Terre-Neuve soutient subsidiairement que, même si Terre-Neuve a perdu sa souveraineté extérieure pendant la Commission de gouvernement, elle s'est jointe au Canada avec la même souveraineté extérieure que celle qu'elle possédait en 1933, à cause de la clause 7 des Conditions de l'union:

CONSTITUTION DE LA PROVINCE

7. La constitution de Terre-Neuve, telle qu'elle existait immédiatement avant le seizième jour de février 1934, est remise en vigueur à la date de l'Union et, sous réserve des présentes clauses et des Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1946, continuera d'être la constitution de la province de Terre-Neuve, à compter de la date de l'Union, tant qu'elle n'aura pas été modifiée en vertu desdits actes.

Selon cet argument, la remise en vigueur de la constitution antérieure à 1934 signifie que tous les droits relatifs au plateau continental qui sont nés pendant la Commission de gouvernement sont revenus à Terre-Neuve immédiatement avant l'union.

La clause 7 est apparue pour la première fois dans le septième des huit avant-projets des Conditions de l'union. Elle se lisait simplement alors comme ceci:

PROVINCIAL CONSTITUTION

7. The Constitution of Newfoundland as it existed immediately prior to the sixteenth day of February, 1934, is revived at the date of Union as provided in these Terms.

It was revised in the eighth draft to read:

PROVINCIAL CONSTITUTION

7. The Constitution of Newfoundland as it existed immediately prior to the sixteenth day of February, 1934, is revived at the date of Union and shall, subject to the provisions of these Terms, continue as the Constitution of the Province of Newfoundland from and after the date of Union, until altered under the authority of the British North America Acts, 1867 to 1946.

It was changed to its final form in the supplement to the eighth draft.

The thrust of each of the drafts of Term 7 is the same. The phrase "at the date of Union" in Term 7 is defined in Term 1 as "the coming into force of these Terms". Accordingly, the revival takes effect at the same time as the rest of the Terms. The pre-1934 Constitution is revived only as amended. One of the amendments is that Newfoundland is to have the status of a province under the *Statute of Westminster, 1931* (Term 48). Term 7 is preceded by the heading "Provincial Constitution". The obvious purpose of Term 7 is to give Newfoundland responsible government, but as a province of Canada (*Newfoundland Reference, supra*, p. 34). Term 7 refers to the manner of internal self-government only.

Accordingly, we do not think Term 7 in any way affects our conclusion that, if continental shelf rights existed at international law prior to Union, they accrued to the Crown in right of the United Kingdom not the Crown in right of Newfoundland.

## [TRADUCTION]

CONSTITUTION DE LA PROVINCE

7. La constitution de Terre-Neuve, telle qu'elle existait immédiatement avant le seizième jour de février 1934, est remise en vigueur à la date de l'Union prévue dans les présentes clauses.

Elle a été révisée dans le huitième avant-projet de manière à se lire:

## [TRADUCTION]

CONSTITUTION DE LA PROVINCE

7. La constitution de Terre-Neuve, telle qu'elle existait immédiatement avant le seizième jour de février 1934, est remise en vigueur à la date de l'Union et, sous réserve des présentes clauses, continuera d'être la constitution de la province de Terre-Neuve, à compter de la date de l'Union, tant qu'elle n'aura pas été modifiée en vertu des Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1946.

Elle a été rédigée dans sa version définitive dans le supplément du huitième avant-projet.

L'essence de chacune des ébauches de la clause 7 est la même. L'expression «à la date de l'Union» dans la clause 7 est définie à la clause 1 comme étant «l'entrée en vigueur des présentes clauses». En conséquence, la remise en vigueur prend effet en même temps que les autres clauses. La constitution antérieure à 1934 n'est remise en vigueur que sous sa forme modifiée. Une de ces modifications porte que Terre-Neuve aura le statut d'une province en vertu du *Statut de Westminster, 1931* (clause 48). La clause 7 est précédée de l'intitulé «Constitution de la province». L'objet évident de la clause 7 est de donner à Terre-Neuve un gouvernement responsable, mais à titre de province du Canada (*Renvoi de Terre-Neuve, précité*, p. 34). La clause 7 ne porte que sur la forme d'autonomie intérieure.

En conséquence, nous ne croyons pas que la clause 7 modifie de quelque façon notre conclusion portant que, si des droits relatifs au plateau continental existaient en droit international avant l'union, ils ont été dévolus à Sa Majesté du chef du Royaume-Uni et non à Sa Majesté du chef de Terre-Neuve.

(4) *The Effect of Term 37 on the Status of Newfoundland*

Even if Newfoundland had possessed external sovereignty immediately prior to joining Canada, it clearly lost such external sovereignty as a result of the Union when it acquired the status of a province. Assuming, for the purposes of argument only, that in 1949 Newfoundland had external sovereignty to lose, would that loss of external sovereignty also have entailed a loss of continental shelf rights already acquired?

The Attorney General of Newfoundland relies on Term 37 to support the argument that the province retained continental shelf rights. Terms 2, 3, and 35 are also relevant:

2. The Province of Newfoundland shall comprise the same territory as at the date of Union, that is to say, the island of Newfoundland and the islands adjacent thereto, the Coast of Labrador as delimited in the report delivered by the Judicial Committee of His Majesty's Privy Council on the first day of March, 1927, and approved by His Majesty in His Privy Council on the twenty-second day of March, 1927, and the islands adjacent to the said Coast of Labrador.

## APPLICATION OF THE BRITISH NORTH AMERICA ACTS

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.

35. Newfoundland public works and property not transferred to Canada by or under these Terms will remain the property of the Province of Newfoundland.

*Natural Resources*

37. All lands, mines, minerals, and royalties belonging to Newfoundland at the date of Union, and all sums

(4) *L'effet de la clause 37 sur le statut de Terre-Neuve*

Même si Terre-Neuve avait possédé la souveraineté extérieure immédiatement avant de s'unir au Canada, elle a manifestement perdu cette souveraineté extérieure par suite de cette union, en acquérant le statut de province. À supposer, pour les fins de l'argumentation seulement, qu'en 1949 Terre-Neuve avait une souveraineté extérieure qu'elle pouvait perdre, la perte de cette souveraineté extérieure aurait-elle entraîné celle des droits déjà acquis sur le plateau continental?

Le procureur général de Terre-Neuve invoque la clause 37 pour étayer l'argument portant que la province a conservé les droits relatifs au plateau continental. Les clauses 2, 3 et 35 sont aussi pertinentes:

2. La province de Terre-Neuve comprendra le même territoire qu'à la date de l'Union, c'est-à-dire l'île de Terre-Neuve et les îles y adjacentes, ainsi que la côte du Labrador, telle qu'elle a été délimitée dans la décision rendue par le Comité judiciaire du Conseil privé de Sa Majesté le premier jour de mars 1927 et approuvée par Sa Majesté en son Conseil privé le vingt-deuxième jour de mars 1927, et les îles adjacentes à ladite côte du Labrador.

## APPLICATION DES ACTES DE L'AMÉRIQUE DU NORD BRITANNIQUE

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 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 ou quelques provinces primitivement unies, mais non à toutes ces dernières.

35. Les ouvrages et biens publics de Terre-Neuve qui ne sont pas, sous l'autorité ou en vertu des présentes clauses, transférés au Canada demeureront la propriété de la province de Terre-Neuve.

*Ressources naturelles*

37. Toutes les terres, mines, minéraux et redevances appartenant à Terre-Neuve à la date de l'Union, et tous

then due or payable for such lands, mines, minerals, or royalties, shall belong to the Province of Newfoundland, subject to any trusts existing in respect thereof, and to any interest other than that of the Province in the same.

Term 37 (which was in the same form throughout all eight preliminary drafts) is analogous to s. 109 of the *Constitution Act, 1867*

109. All Lands, Mines, Minerals, and Royalties belonging to the several Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick at the Union, and all Sums then due or payable for such Lands, Mines, Minerals or Royalties, shall belong to the several Provinces of Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick in which the same are situate or arise, subject to any Trusts existing in respect thereof, and to any Interest other than that of the Province in the same.

(Emphasis added.)

Noting that Term 3 contemplates that there may be differences between Newfoundland and the rest of the provinces, the Attorney General of Newfoundland draws a distinction based on the fact that the words "in which the same are situate or arise" which appear in s. 109 do not appear in Term 37. As adopted by the Court of Appeal in the *Newfoundland Reference, supra*, at pp. 35-36 this argument runs as follows:

If it were intended that on union with Canada, Newfoundland's ownership of natural resources was restricted to these resources found within its defined boundaries, then Term 37 becomes superfluous in view of the fact that Term 3 had already made s. 109 of the *British North America Act, 1867* applicable to Newfoundland in the absence of a specific variation, in the same way that s. 10 of British Columbia's Terms of Union made s. 109 applicable to that province. The general rule of construction is that not only must the whole Act be read, but every provision of the Act should, if possible, be given meaning. The significant difference between Term 37 and s. 109 is the omission of any language from Term 37 confining the resources reserved to Newfoundland to those found within its boundaries as defined in Term 2. The presumption is that words are not omitted, when they have been used in a corresponding clause in an earlier statute, without a reason. To give effect to Term 37, then, it must be construed as a variation of s. 109 of the *British North America Act, 1867* and of having the effect of reserving to the Province of Newfoundland all

les montants alors échus ou payables pour lesdites terres, mines, minéraux ou redevances, appartiendront à la province de Terre-Neuve, sous réserve de toutes fiducies à leur égard et de tout intérêt autre que celui que la province pourrait avoir dans les susdits.

La clause 37 (dont le texte est demeuré le même dans les huit avant-projets) est semblable à l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

109. Toutes les terres, mines, minéraux et réserves royales appartenant aux différentes provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick lors de l'union, et toutes les sommes d'argent alors dues ou payables pour ces terres, mines, minéraux et réserves royales, appartiendront aux différentes provinces d'Ontario, Québec, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, dans lesquelles ils sont sis et situés, ou exigibles, restant toujours soumis aux charges dont ils sont grevés, ainsi qu'à tous intérêts autres que ceux que peut y avoir la province.

(C'est nous qui soulignons.)

Soulignant que la clause 3 prévoit qu'il peut y avoir des différences entre Terre-Neuve et les autres provinces, le procureur général de Terre-Neuve fait une distinction fondée sur le fait que les mots «dans lesquelles ils sont sis et situés, ou exigibles» que l'on trouve à l'art. 109 ne figurent pas dans la clause 37. Tel qu'adopté par la Cour d'appel dans le *Renvoi de Terre-Neuve*, précité, aux pp. 35 et 36, cet argument se présente ainsi:

[TRADUCTION] Si lors de l'union au Canada, l'intention était de restreindre la propriété de Terre-Neuve, en matière de ressources naturelles, aux ressources qui se trouvaient à l'intérieur de ses frontières définies, alors la clause 37 devient superflue compte tenu du fait que la clause 3 rend déjà l'art. 109 de l'*Acte de Amérique du Nord britannique, 1867* applicable à Terre-Neuve sans modification expresse, de la même manière que l'art. 10 des Conditions de l'union de la Colombie-Britannique rend l'art. 109 applicable à cette province. Suivant la règle générale d'interprétation, il faut non seulement interpréter la Loi dans son ensemble, mais si possible donner un sens à chacune de ses dispositions. La différence importante entre la clause 37 et l'art. 109 est l'absence, dans la clause 37, de termes qui limitent les ressources réservées à Terre-Neuve à celles qui se trouvent à l'intérieur de ses frontières définies à la clause 2. La présomption veut que les mots qui se trouvent dans une clause correspondante d'une loi antérieure n'aient pas été omis sans motif. Pour donner effet à la clause 37, il faut donc l'interpréter comme une modification de

proprietary rights both within and outside the land mass described in Term 2.

Despite its concurrence with the Attorney General of Newfoundland as to the significance of the Terms in question, the Newfoundland Court of Appeal found that Term 37 did not apply to continental shelf rights because Newfoundland had not claimed any proprietary interest in the continental shelf. The Court explained at p. 40:

The Supreme Court of Canada in the *B.C. Reference* [the *1967 Offshore Reference*] determined that international law cannot, of itself, endow a State with additional territory or rights therein. The acquisition of such rights is a matter of municipal law and must be accomplished by some constitutional act. We must, of course, accept that decision as determinative of the issue. The historical record of Newfoundland prior to Union establishes there was no such act.

In the *1967 Offshore Reference* this Court concluded on the basis of *R. v. Keyn, supra*, that the territory of British Columbia did not include the territorial sea because of the lack of a claim under municipal law. This requirement of a claim applies, we think, only to extension of territories and not to the acquisition of proprietary interests beyond territorial limits. We do not think that it is the absence of a claim by Newfoundland that precludes it from acquiring a proprietary interest. In the *1967 Offshore Reference* Canada was held to have the right to explore and exploit the continental shelf though it had made no claim. Our conclusion that Term 37 would not have assisted Newfoundland in retaining whatever pre-1949 continental shelf rights it might have acquired is based on different considerations.

We do not attribute the same significance as did the Court of Appeal of Newfoundland to the specific inclusion of Term 37 nor to the absence of the words "in which the same are situate or arise".

l'art. 109 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* et comme ayant pour effet de réserver à la province de Terre-Neuve tous les droits de propriété à l'intérieur et à l'extérieur du territoire décrit à la clause 2.

Même si elle s'est dite d'accord avec le procureur général de Terre-Neuve quant à l'importance des clauses en question, la Cour d'appel de Terre-Neuve a quand même conclu que la clause 37 ne s'appliquait pas aux droits sur le plateau continental parce que Terre-Neuve n'avait jamais revendiqué aucun droit de propriété sur le plateau continental. La cour explique, à la p. 40:

[TRADUCTION] Dans le *Renvoi de la Colombie-Britannique* [le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*], la Cour suprême du Canada a statué que le droit international ne peut pas à lui seul doter un État d'un territoire additionnel ou de droits sur ce territoire. L'acquisition de tels droits relève du droit national et doit être réalisée au moyen d'un acte constitutionnel quelconque. Nous devons, bien sûr, considérer que cette décision règle la question en l'espèce. L'historique de Terre-Neuve avant l'union démontre qu'il n'y a pas eu de tel acte.

Dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, cette Cour a conclu, en fonction de l'arrêt *R. v. Keyn*, précité, que le territoire de la Colombie-Britannique n'incluait pas la mer territoriale à cause de l'absence de revendication en vertu du droit national. Cette exigence d'une revendication ne s'applique, croyons-nous, qu'à l'extension de territoires et non à l'acquisition de droits de propriété au delà des limites territoriales. Nous ne croyons pas que ce soit l'absence de revendication de la part de Terre-Neuve qui l'empêche d'acquérir un droit de propriété. Dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, on a conclu que le Canada avait le droit d'explorer et d'exploiter le plateau continental même s'il n'avait fait aucune revendication. Notre conclusion que la clause 37 n'aurait pas aidé Terre-Neuve à conserver tout droit qu'elle pourrait avoir acquis sur le plateau continental avant 1949 se fonde sur des considérations différentes.

Nous n'attribuons pas la même importance que la Cour d'appel de Terre-Neuve a accordée à l'insertion spécifique de la clause 37 ou à l'absence des mots «dans lesquelles ils sont sis et situés, ou

The Terms of Union fully dealt with property division, though much of it could be characterized as superfluous. There were certain things that could not be covered by the *Constitution Act, 1867*, such as Gander Airport and the property of Newfoundland Broadcasting Corporation, but many other transfers in the Terms of Union had direct parallels in the *Constitution Act, 1867*, for example railways or public harbours. There seems simply to have been a desire to collect all the provisions related to property division in one place and hence the inclusion of Terms 35 and 37 in addition to Term 3.

As for the words “in which the same are situate or arise” in s. 109, these are grammatically necessary because the section dealt originally with three former colonies becoming four provinces. They have no further purpose or effect. The property rights being dealt with in s. 109 are public property rights: *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889), 14 App. Cas. 295 (P.C.), at p. 301. The Crown in right of the province holds ultimate title in such property within the province because it is the Crown. Outside their boundaries the provinces can hold no such public property; whatever extraprovincial property they do hold—such as provincial offices in foreign countries—is held by them as private property in their capacity as legal persons. This is a basic principle of constitutional law and not the result of the inclusion of the phrase “in which the same are situate or arise” in s. 109 of the *Constitution Act, 1867*. It would take much more than the omission of these words from Term 37 of the Terms of Union to give the Province of Newfoundland the capacity to hold extraterritorial public property.

Finally and beyond all this there is a fundamental conceptual difficulty in attempting to apply Terms 35 and 37 to continental shelf rights. These Terms deal with proprietary rights to be retained by the Province of Newfoundland after Confederation. Continental shelf rights are in pith and sub-

exigibles». Les Conditions de l'union portaient entièrement sur le partage des biens, malgré qu'on pourrait en qualifier une bonne partie de superflue. Il y a certaines choses qui ne pouvaient être visées par la *Loi constitutionnelle de 1867*, comme l'aéroport de Gander et la propriété de la Newfoundland Broadcasting Corporation, mais plusieurs autres cessions dans les Conditions de l'union avaient un équivalent exact dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, comme par exemple, les chemins de fer ou les ports de l'État. Il semble qu'on ait voulu simplement réunir toutes les dispositions relatives au partage des biens en un seul endroit, d'où l'insertion des clauses 35 et 37 en sus de la clause 3.

Quant aux mots «dans lesquelles ils sont sis et situés, ou exigibles» à l'art. 109, ils sont grammaticalement nécessaires parce que l'article visait au départ trois anciennes colonies qui allaient former quatre provinces. Ils n'ont aucun autre but ni aucun autre effet. Les droits de propriété visés à l'art. 109 sont ceux sur les biens publics: *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889), 14 App. Cas. 295 (C.P.), à la p. 301. Sa Majesté du chef de la province détient le titre ultime sur ces biens à l'intérieur de la province parce qu'elle est l'État. En dehors de leurs frontières, les provinces ne peuvent posséder de tels biens publics; tout bien qu'elles peuvent posséder en dehors de leurs limites territoriales — comme des bureaux provinciaux dans des pays étrangers — elles le possèdent comme propriété privée en leur capacité de personnes morales. Il s'agit là d'un principe fondamental en droit constitutionnel et non de la conséquence de l'insertion des mots «dans lesquelles ils sont sis et situés, ou exigibles» à l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il faudrait beaucoup plus que l'absence de ces mots de la clause 37 des Conditions de l'union pour conférer à la province de Terre-Neuve la capacité de posséder des biens publics extra-territoriaux.

Qui plus est enfin, il se présente une difficulté conceptuelle fondamentale lorsqu'on tente d'appliquer les clauses 35 et 37 aux droits relatifs au plateau continental. Ces clauses portent sur les droits de propriété que la province de Terre-Neuve conservera après la Confédération. De par leur

stance incidents of external sovereignty. They are not in pith and substance proprietary rights and are therefore not properly dealt with by provisions governing division of property. Term 37 cannot advance Newfoundland's argument.

Assuming, *arguendo*, that a right to explore and exploit the continental shelf was recognized by international law in 1949, we conclude that on Union it would have had to devolve as an incident of external sovereignty, whether from the Crown in right of Newfoundland or, as we think, from the Crown in right of the United Kingdom, to the only entity within Canada possessing external sovereignty—the Crown in right of Canada. Even if—contrary to our opinion—Newfoundland did have the external sovereignty necessary to acquire continental shelf rights prior to joining Canada, the effect of the Terms of Union would be that Canada, not Newfoundland would have the right to explore and exploit the continental shelf.

#### The State of International Law in 1949

Up to now we have been making assumptions about international law most favourable to Newfoundland's position. On these assumptions we have been unable to conclude that Newfoundland was constitutionally capable of acquiring or retaining continental shelf rights. We turn now to examine these assumptions and to consider the international law question.

In the late 1940's there was some discussion between the Commission of Government of Newfoundland and the United Kingdom government about the possibility of a claim to the continental shelf being made "by or on behalf of Newfoundland", but no such claim was ever made. Accordingly, in order for Newfoundland to have acquired continental shelf rights under international law prior to its joining Canada in 1949, it must be shown that by that date international law had reached the stage not only of recognizing as valid State claims to the continental shelf, but also that

caractère véritable, les droits relatifs au plateau continental sont rattachés à la souveraineté extérieure. De par leur caractère véritable, ce ne sont pas des droits de propriété et, en conséquence, ils ne sont pas vraiment visés par des dispositions régissant le partage des biens. La clause 37 ne peut étayer l'argumentation de Terre-Neuve.

À supposer, pour les fins de la discussion, qu'en 1949 le droit international reconnaissait le droit d'explorer et d'exploiter le plateau continental, nous concluons que lors de l'union, ce droit a dû être transmis, comme accessoire à la souveraineté extérieure, soit de Sa Majesté du chef de Terre-Neuve soit, comme nous le croyons, de Sa Majesté du chef du Royaume-Uni à la seule entité au Canada qui possède la souveraineté extérieure — Sa Majesté du chef du Canada. Même si — contrairement à ce que nous croyons — Terre-Neuve avait possédé la souveraineté extérieure nécessaire pour acquérir les droits relatifs au plateau continental avant de se joindre au Canada, en vertu des Conditions de l'union ce serait le Canada et non Terre-Neuve qui aurait le droit d'explorer et d'exploiter le plateau continental.

#### L'état du droit international en 1949

Jusqu'à maintenant nous avons formulé, au sujet du droit international, les hypothèses les plus favorables à la position de Terre-Neuve. À partir de ces hypothèses, nous avons été incapables de conclure que Terre-Neuve avait la capacité constitutionnelle d'acquérir ou de conserver des droits sur le plateau continental. Nous examinerons maintenant ces hypothèses ainsi que la question du droit international.

À la fin des années quarante, il y a eu des discussions entre la Commission de gouvernement de Terre-Neuve et le gouvernement du Royaume-Uni au sujet de la possibilité d'une revendication de droits sur le plateau continental «par Terre-Neuve ou pour son compte», mais une telle revendication n'a jamais été faite. En conséquence, pour que Terre-Neuve ait acquis des droits sur le plateau continental conformément au droit international avant de s'unir au Canada en 1949, il faut démontrer qu'à cette date, le droit international en était au stade où il reconnaissait non seulement la



States that had made no such claim were accorded the rights in question *ipso jure*, that is to say, by operation of law. There is no question that the current position at international law is that no such claim is necessary. Paragraph 3 of Article 2 of the 1958 Geneva Convention states this expressly:

The rights of the coastal State over the continental shelf do not depend on occupation, effective or notional, or on any express proclamation.

The question is whether international law had sufficiently crystalized to make this the law in 1949.

Article 38(1) of the *Statute of the International Court of Justice* lists three primary sources of international law as indicated in (a), (b) and (c) below:

1. The Court whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- (a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
- (b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- (c) the general principles of law recognized by civilized nations;
- (d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations; as subsidiary means for the determination of rules of law.

There was no conventional law respecting the continental shelf prior to the 1958 Geneva Convention and therefore source (a) has no application. Source (c) refers to principles of municipal law, *Oppenheim on International Law*, 8th ed. by Lauterpacht, 1955, at p. 29, and equally has no application in the present case. The critical issue then is whether the sovereign right, arising *ipso jure*, to explore and exploit in the continental shelf was a matter of customary international law by 1949. *Oppenheim on International Law, supra*, gives the following description of customs (at p. 17):

validité des revendications des États à l'égard du plateau continental, mais aussi que les États qui n'avaient pas fait de telles revendications possédaient les droits en question *ipso jure*, c'est-à-dire de plein droit. Il n'y a pas de doute que la position actuelle en droit international est qu'aucune revendication n'est nécessaire. Le paragraphe 3 de l'article 2 de la Convention de Genève de 1958 le dit expressément:

Les droits de l'État riverain sur le plateau continental sont indépendants de l'occupation effective ou fictive aussi bien que de toute proclamation expresse.

La question est de savoir si le droit international était suffisamment cristallisé pour que ce soit la règle applicable en 1949.

Le paragraphe 38(1) du *Statut de la Cour internationale de Justice* énumère trois sources premières de droit international, lesquelles figurent aux al. a), b) et c) ci-après:

1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique:

- a) les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige;
- b) la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit;
- c) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées;
- d) sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

Il n'y avait aucune règle conventionnelle relative au plateau continental avant la Convention de Genève de 1958 et, par conséquent, la source a) ne s'applique pas. La source c) renvoie aux principes de droit national, *Oppenheim on International Law*, 8<sup>e</sup> éd. par Lauterpacht, 1955, à la p. 29, et ne s'applique pas non plus en l'espèce. La question cruciale est donc de savoir si le droit souverain *ipso jure* d'explorer et d'exploiter le plateau continental était, dès 1949, une question de droit international coutumier. *Oppenheim on International Law*, précité, donne la définition suivante de la coutume (à la p. 17):

International jurists speak of a *custom* when a clear and continuous habit of doing certain actions has grown up under the aegis of the conviction that these actions are, according to International Law, obligatory or right.

In order to constitute a custom there must be substantial uniformity or consistency, and general acceptance.

The positive law on the continental shelf had its inception in State claims. The first was in 1942, concerning the Gulf of Paria between Venezuela and Trinidad. A treaty concluded between Venezuela and the United Kingdom contained a mutual agreement to recognize each other's claims to sovereignty over designated submarine areas in this Gulf. The United Kingdom followed up on the Treaty by passing an order in council, dated August 6, 1942, declaring that the submarine areas:

shall be annexed to and form part of His Majesty's dominions and shall be attached to the colony of Trinidad and Tobago for administrative purposes, and the said submarine areas are annexed and attached accordingly.

The British proceeded upon the theory that the seabed beyond territorial waters was *res nullius*—the property of nobody—and could therefore be appropriated only by occupation. This is quite different from the manner in which international law ultimately developed.

More in keeping with the current international law approach to the continental shelf was the claim of the United States by the *Truman Proclamation*, dated September 28, 1945, which, omitting the preamble, reads as follows:

Now, therefore, I, Harry S. Truman, President of the United States of America, do hereby proclaim the following policy of the United States of America with respect to the natural resources of the sub-soil and sea bed of the continental shelf.

Having concern for the urgency of conserving and prudently utilizing its natural resources, the Government of the United States regards the natural resources of the subsoil and sea bed of the continental shelf beneath the high seas but contiguous to the coasts of the

[TRADUCTION] Les juristes de droit international parlent de *coutume* lorsqu'une habitude claire et ininterrompue d'accomplir certains actes s'est développée en fonction de la conviction que ces actes sont, suivant le droit international, obligatoires ou convenables.

Pour constituer une coutume, il faut qu'il y ait uniformité ou constance substantielle et acceptation générale.

Le droit positif applicable au plateau continental a son origine dans les revendications des États. La première revendication a été faite en 1942 et concernait le golfe de Paria entre le Venezuela et Trinidad. Un traité conclu entre le Venezuela et le Royaume-Uni comportait une entente portant reconnaissance réciproque de leurs revendications respectives de souveraineté sur certains champs sous-marins de ce golfe. Le Royaume-Uni a donné suite au traité en adoptant un décret en date du 6 août 1942, déclarant que les champs sous-marins:

[TRADUCTION] . . . seront annexés aux dominions de Sa Majesté et en feront partie, et seront rattachés à la colonie de Trinidad et Tobago aux fins administratives, et lesdits champs sous-marins sont annexés et rattachés en conséquence.

Les Britanniques ont agi en vertu de la théorie selon laquelle le lit de la mer situé au delà des eaux territoriales était *res nullius* — un bien sans maître — et qu'on pouvait donc se l'approprier uniquement par occupation. Cela est très différent de la manière dont le droit international a finalement évolué.

La revendication faite par les États-Unis dans la *proclamation Truman*, en date du 28 septembre 1945, est plus conforme à la façon dont le droit international actuel envisage le plateau continental. Cette proclamation, abstraction faite du préambule, se lit ainsi:

[TRADUCTION] En conséquence, moi, Harry S. Truman, président des États-Unis d'Amérique, proclame par les présentes la politique suivante des États-Unis d'Amérique à l'égard des ressources naturelles du sous-sol et du sol du plateau continental.

Préoccupé par l'urgence de conserver et d'utiliser judicieusement ses ressources naturelles, le gouvernement des États-Unis considère, comme appartenant aux États-Unis et soumises à sa juridiction et à son contrôle, les ressources naturelles du sous-sol et du sol du plateau

United States as appertaining to the United States, subject to its jurisdiction and control. In cases where the continental shelf extends to the shores of another State, or is shared with an adjacent State, the boundary shall be determined by the United States and the State concerned in accordance with equitable principles. The character as high seas of the waters above the continental shelf and the right to their free and unimpeded navigation are in no way thus affected.

In the *North Sea Continental* cases, *supra*, the International Court of Justice confirmed that the *Truman Proclamation* was the starting point of the positive law on the subject.

Prior to Newfoundland's entry into Confederation, seven Latin American States (Mexico, Argentina, Panama, Nicaragua, Chile, Peru, and Costa Rica) issued decrees in respect of the continental shelf, all of which used language broader than that of the *Truman Proclamation*. All claimed at least sovereignty over the continental shelf; most treated it as territorial. A majority claimed not only the continental shelf, but also the superjacent waters. Some States claimed the geographic shelf to a limited depth; others claimed to a limit of 200 miles from the coast, whatever the depth.

To complete the picture prior to Newfoundland's entry into Canada, reference must be made to the United Kingdom's extension, by order in council, of the territorial boundaries of two additional colonies: Jamaica and the Bahamas, both on November 26, 1948.

Within six months of Newfoundland's joining Confederation there were claims by 13 additional States, mostly from the Persian Gulf. Most of the Persian Gulf declarations were drafted by the British authorities because the States concerned were then British protectorates. Even with the inclusion of these 13 additional claims the numbers were not large and the terms of the claims were far from uniform.

continental situé sous la haute mer, mais contigu aux côtes des États-Unis. Dans les cas où le plateau continental s'étend jusqu'aux rives d'un autre État, ou est partagé avec un État adjacent, la frontière sera déterminée par les États-Unis et l'État concerné conformément à des principes d'équité. Le caractère de haute mer des eaux qui couvrent le plateau continental et le droit d'y naviguer librement et sans entrave ne sont nullement touchés.

<sup>b</sup> Dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, précitées, la Cour internationale de Justice a confirmé que la *proclamation Truman* constituait le point de départ du droit positif sur la question.

<sup>c</sup> Avant l'entrée de Terre-Neuve dans la Confédération, sept États latino-américains (le Mexique, l'Argentine, Panama, le Nicaragua, le Chili, le Pérou et Costa Rica) avaient pris des décrets relativement au plateau continental, qui étaient tous rédigés en termes plus généraux que la *proclamation Truman*. Tous revendiquaient au moins la souveraineté sur le plateau continental; la plupart le considérait comme du territoire. La majorité des États revendiquaient non seulement des droits sur le plateau continental, mais aussi sur les eaux surjacentes. Certains revendiquaient des droits sur le plateau géographique jusqu'à une <sup>d</sup> profondeur déterminée; d'autres revendiquaient une zone s'étendant jusqu'à 200 milles des côtes, peu importe la profondeur.

<sup>e</sup> Pour compléter l'exposé des événements survenus avant l'union de Terre-Neuve au Canada, il faut mentionner l'extension, par décret du Royaume-Uni, des limites territoriales de deux autres colonies, savoir la Jamaïque et les Bahamas. Cette extension a, dans les deux cas, été décrétée le <sup>f</sup> 26 novembre 1948.

<sup>g</sup> Dans les six mois précédant l'entrée de Terre-Neuve dans la Confédération, des revendications avaient été faites par treize autres États, pour la plupart des États du golfe Persique. La plupart des déclarations faites par les États du golfe Persique ont été rédigées par les autorités britanniques puisque les États en cause étaient alors des protectorats britanniques. Même en comptant ces 13 <sup>h</sup> revendications supplémentaires, le nombre des revendications n'était pas considérable et leur rédaction était loin d'être uniforme.

In 1950 the International Law Commission began its work on the continental shelf. There were several comments among the members which indicated they perceived they were engaged in the progressive development of international law rather than the codification of existing law. In 1950 the special *rapporteur*, J. P. A. François, in his first memorandum to the Commission, expressed the view that continental shelf rights were not yet part of international law:

[TRANSLATION] Does international law recognize a rule that control and jurisdiction, or even sovereignty, over the seabed and subsoil of the continental shelf, and the superjacent waters, beyond the territorial limit, belong to the riparian state?

The *Rapporteur* does not feel that an affirmative answer can be given to this question at this time. The number of proclamations claiming special rights continues to increase, it is true, but is still limited. Most states have not so far claimed such rights, and they have not expressly recognized the validity of such claims. In certain cases, where rights of sovereignty have been claimed, formal protests have been made. In cases involving rights of control and jurisdiction, doubts subsist as to the scope of such claims: are they much less extensive than sovereignty itself?

In this situation the *Rapporteur* feels the conclusion should be avoided that international law at present recognizes as a rule of customary law that either sovereignty or control and jurisdiction over the continental shelf belong to the riparian state, *ipso facto* or simply as the result of a notional occupation.

The 1950 deliberations of the Commission make it clear that the notion of continental shelf rights arising *ipso jure* was considered to be new law:

The CHAIRMAN read out the text of question 9 "To what extent can there be any question in this connexion of rights already recognized under existing international law?"

Mr. FRANÇOIS said that the Commission had already answered that question by accepting the formula submitted by Mr. Brierly, according to which the international right of control and jurisdiction of the littoral State existed *ipso jure*.

En 1950, la Commission du droit international a commencé ses travaux sur le plateau continental. Plusieurs de ses membres ont fait observer qu'ils avaient le sentiment de travailler au développement progressif du droit international plutôt qu'à la codification du droit existant. En 1950, le rapporteur spécial, J. P. A. François, dans son premier mémoire à la Commission, a exprimé l'avis que les droits relatifs au plateau continental ne faisaient pas encore partie du droit international:

Le droit international reconnaît-il le principe que le contrôle et la juridiction, ou même la souveraineté, en ce qui concerne le sol et le sous-sol du plateau continental, ainsi que des eaux au-dessus de ce plateau, au-delà des eaux territoriales, reviennent à l'État riverain?

Le Rapporteur ne croit pas que dès maintenant l'on puisse donner à cette question une réponse affirmative. Le nombre des proclamations, revendiquant des droits spéciaux, va, il est vrai, croissant, mais il reste encore restreint. La plupart des États jusqu'à présent n'ont pas revendiqué de pareils droits, et ils n'ont pas non plus reconnu de façon expresse la validité de pareilles revendications. Dans certains cas, où il s'agissait de la revendication de droits de souveraineté, des protestations formelles ont été élevées. S'il s'agit seulement de droits de contrôle et de juridiction, des doutes subsistent quant à la portée de ces revendications; vont-elles beaucoup moins loin que la souveraineté?

Dans ces conditions on ne saurait, de l'avis du Rapporteur, adopter le point de vue, que le droit international reconnaît dès maintenant comme une règle de droit coutumier, que soit la souveraineté, soit le contrôle et la juridiction à l'égard du plateau continental reviennent à l'État riverain *ipso facto* ou par une seule occupation notionnelle.

Il ressort clairement des délibérations de 1950 de la Commission que la notion de droits *ipso jure* sur le plateau continental était considérée comme du droit nouveau:

[TRADUCTION] Le PRÉSIDENT a lu le texte de la question 9: «Dans quelle mesure peut-on mettre en question, à ce propos, des droits déjà reconnus par le droit international actuel?»

M. FRANÇOIS a affirmé que la Commission avait déjà répondu à cette question en acceptant la formule soumise par M. Brierly, selon laquelle, en droit international, le droit de contrôle et la juridiction de l'État riverain existent *ipso jure*.

Mr. BRIERLY disagreed. He thought that the question of the continental shelf was a matter which concerned the development of international law, and he had submitted his formula in the hope that it might serve as a basis for a right to be determined later.

Mr. FRANÇOIS observed that, after the explanation furnished by Mr. Brierly, the two sections of the Commission were not so far apart.

Confirmation of these views is to be found in the 1952 decision of Lord Asquith in the *Abu Dhabi Arbitration* (1952), 1 *International and Comparative Law Quarterly* 247, much relied upon by the Attorney General of Canada. The arbitration concerned the construction of a 1939 contract. One of the issues was whether concessions had been granted in the submarine areas beyond the territorial sea of Abu Dhabi. Lord Asquith said at pp. 253-56:

Directed, as I apprehend I am, to apply a simple and broad jurisprudence to the construction of this contract, it seems to me that it would be a most artificial refinement to read back into the contract the implications of a doctrine not mooted till seven years later, and, if the view which I am about to express is sound, not even today admitted to the canon of international law . . .

The preceding section calls attention not only to the recent origin of the doctrine but to the great variety of forms which in its short life it has assumed. Some States claim sovereignty over the Shelf. Others pointedly avoid doing so, claiming only "jurisdiction" or "control", "appurtenance" and the like. Whatever the scope of the rights claimed, some States assert those rights by declaratory proclamations implying their pre-existence; others issued proclamations which are on the face of them a new departure and designed to be constitutive of title. What is the seaward limit of the Shelf? Here again the answers given differ. Some States say, "its geological or geographical limit, its 'edge' or its 'drop' ". Others (whether because their particular Shelf has got no edge and has got no drop, or for other reasons), say, "the point at which the sea become [*sic*] 100 fathoms or 200 metres deep"; while yet others say, "a line drawn parallel to the coast of the contiguous power and 200 nautical miles from it". The 200-mile claims seems to be more or

M. BRIERLY a exprimé son désaccord. Il a estimé que la question du plateau continental en est une qui a trait au développement du droit international, et il avait soumis sa formule dans l'espoir qu'elle puisse servir de fondement à un droit qui serait déterminé plus tard.

M. FRANÇOIS a fait remarquer qu'après les explications fournies par M. Brierly, les deux dispositions adoptées par la Commission n'étaient pas si loin l'une de l'autre.

La confirmation de ces points de vue se trouve dans la décision rendue en 1952 par Lord Asquith, dans l'affaire *Abu Dhabi Arbitration* (1952), 1 *International and Comparative Law Quarterly* 247, qui a été largement invoquée par le procureur général du Canada. Cet arbitrage portait sur l'interprétation d'un contrat intervenu en 1939. L'une des questions soulevées était celle de savoir si des concessions avaient été accordées sur les champs sous-marins situés en dehors de la mer territoriale d'Abu Dhabi. Lord Asquith affirme, aux pp. 253 à 256:

[TRADUCTION] Appelé, si je comprends bien, à appliquer une jurisprudence simple et générale à l'interprétation de ce contrat, il me semble que ce serait une subtilité on ne peut plus forcée que d'y voir les implications d'une doctrine qui n'a été débattue que sept ans plus tard et, si le point de vue que je vais exprimer est bien fondé, lequel n'est même pas encore admis en droit international . . .

Le passage précédent souligne non seulement l'origine récente de la doctrine, mais aussi la grande variété de formes qu'elle a prises depuis le peu de temps qu'elle existe. Certains États revendiquent la souveraineté sur le plateau continental. D'autres évitent nettement de le faire et ne revendiquent que la «juridiction» ou le «contrôle», le «rattachement» et ainsi de suite. Quelle que soit la portée des droits réclamés, certains États les revendiquent par proclamation ce qui suppose que ces droits existent déjà; d'autres font des proclamations qui constituent à première vue un nouveau départ et sont conçues de manière à être constitutives de titre. Quelle est la limite extérieure du plateau continental? Encore ici, les réponses données diffèrent. Certains États affirment que c'est «sa limite géologique ou géographique, son 'rebord' ou sa 'dénivellation'». D'autres (soit parce que leur plateau continental n'a pas de rebord ou de dénivellation, soit pour d'autres motifs) affirment que c'est le point où la mer atteint 100 brasses ou 200 mètres de

less universally discredited. The other two criteria seem on their face much more reasonable . . . . Again how are rights of whatever character to the subsoil of the Shelf acquired? Can they indeed be acquired at all? Or would their existence inevitably conflict with the "freedom" of the high seas? Before the doctrine of the Shelf was promulgated I think the general answer might well have been that they cannot be acquired at all—that the Shelf is as inappropriate as the high seas that roll or repose above it: subject to this reservation, that the sea-bed (not the subsoil) of the submarine area, is in certain rare cases, subject to a customary right vested in certain States to conduct "sedentary" fisheries in such sea-bed. For instance, the right to fish for sponges, coral, oysters, pearls and chank. Indeed, the shallow seas of the Persian Gulf are subject to mutual pearling rights by subjects of the various littoral States. If, however, the submarine area is capable not merely of being the subject-matter of these limited occupational rights over the sea-bed and *pro tanto* a "res nullius," is its subsoil as a whole *res nullius*? that is to say, something in which rights can be acquired, but only by effective occupation? Or is the position, as the claimants' main argument maintains, that the rights in the subsoil of the Shelf adhere (and must be taken always to have adhered) *ipso jure*—occupation or no occupation—to the contiguous coastal Power? Or failing that, if occupation be indeed necessary; in cases where it is almost impracticable, may proclamations, or similar acts be treated as constructive or symbolic or inchoate occupation (the claimants' alternative contention under this head)?

#### *Conclusion as to doctrine of the Continental Shelf*

Neither the practice of nations nor the pronouncements of learned jurists give any certain or consistent answer to many—perhaps most—of these questions. I am of opinion that there are in this field so many ragged ends and unfilled blanks, so much that is merely tentative and exploratory, that in no form can the doctrine claim as yet to have been assumed hitherto the hard lineaments or the definitive status of an established rule of international law.

profondeur»; d'autres encore affirment que c'est «une ligne parallèle à la côte de l'État riverain et située à 200 milles marins de celle-ci». La revendication de 200 milles semble plus ou moins universellement contestée.

- <sup>a</sup> Les deux autres critères semblent beaucoup plus raisonnables à première vue . . . D'ailleurs, comment peut-on acquérir des droits quelconques sur le sous-sol du plateau continental? Peut-on même les acquérir? Ou encore, leur existence n'entrerait-elle pas inévitablement en conflit avec la «liberté» de la haute mer? Avant que la doctrine du plateau continental ne soit promulguée, je crois qu'on aurait bien pu répondre généralement qu'on ne peut absolument pas les acquérir—qu'on ne peut pas plus s'approprier le plateau continental que la haute mer qui le recouvre ou qui y est surjacente: sous réserve de cette exception, que le sol (non le sous-sol) d'un champ sous-marin est, dans certains cas rares, assujéti à un droit coutumier que possèdent certains États de procéder à la pêche d'espèces «sédentaires» sur ledit sol. Par exemple, le droit de pêcher les éponges, les coraux, les huîtres, les perles et les turbinelles. En effet, les ressortissants des divers États riverains du golfe Persique jouissent de droits réciproques de pêche perlière sur les hauts-fonds de ce golfe. Si toutefois les champs sous-marins peuvent à la fois être assujéti à ces droits d'occupation limités de leur sol et être dans la même mesure «res nullius», l'ensemble de son sous-sol est-il *res nullius*? C'est-à-dire, une chose sur laquelle on peut acquérir des droits, mais seulement par occupation réelle? Ou la situation est-elle, comme le veut l'argument principal des requérants, que les droits sur le sous-sol du plateau continental existent (et doivent être considérés comme ayant toujours existé) *ipso jure*—avec ou sans occupation—en faveur de l'État riverain contigu? Ou faute de quoi, si l'occupation est effectivement nécessaire, dans les cas où elle est presque impossible, les proclamations ou les actes semblables peuvent-ils être considérés comme une occupation implicite, symbolique ou latente (soit la thèse subsidiaire des requérants sur ce point)?

<sup>h</sup>

#### *Conclusion sur la doctrine du plateau continental*

- <sup>i</sup> Ni la pratique des États ni les déclarations de savants juristes n'apportent une réponse sûre ou uniforme à un bon nombre—voire la plupart—de ces questions. À mon avis, il y a dans ce domaine tellement d'imprécision et de lacunes et tellement d'éléments qui ne sont que provisoires ou exploratoires, que quelle que soit la forme sous laquelle elle a été présentée jusqu'à maintenant, on ne peut pas prétendre que cette doctrine a d'ores et déjà la solidité ou le statut définitif d'une règle bien établie en droit international.

The Attorney General of Newfoundland for his part relies on the contrary opinion expressed by Professor H. Lauterpacht (incidentally, the losing counsel in the *Abu Dhabi Arbitration*) in "Sovereignty over Submarine Areas", [1950] *British Yearbook of International Law* 376. Writing in 1950, Lauterpacht said, at pp. 376-77 and 394:

... the doctrine and the practice of the continental shelf ... has now, in any case, become part of international law by unequivocal positive acts of some states, including the leading maritime Powers, and general acquiescence on the part of others.

Moreover, assuming that we are confronted here with the creation of new international law by custom, what matters is not so much the number of states participating in its creation and the length of the period within which that change takes place, as the relative importance, in any particular sphere, of states inaugurating the change. In a matter closely related to the principle of the freedom of the seas the conduct of the two principal maritime Powers—such as Great Britain and the United States—is of special importance. With regard to the continental shelf and submarine areas generally these two states inaugurated the development and their initiative was treated as authoritative almost as a matter of course from the outset. This was so in particular having regard to the traditional attachment of these states to the principle of the freedom of the seas and the customary limit of the territorial waters.

On the general issue of the existence of continental shelf rights, Lauterpacht seems, in the context of the entire article, to have succeeded only in demonstrating that this doctrine ought to be accepted into international law. In any event, however, on the crucial issue of whether rights in the continental shelf arise *ipso jure* Lauterpacht provides little support for Newfoundland's position; indeed he leans to the view that a proclamation was necessary (at pp. 418-19):

A proclamation is a means by which a title, claimed or acquired, is announced. It is not a *source* of a title or a means of acquiring it. That does not mean that it is meaningless or unnecessary. When the Rulers of various Sheikdoms in the Persian Gulf were advised in 1949 by the British authorities that the issue of a proclamation is

Le procureur général de Terre-Neuve invoque, pour sa part, l'avis contraire exprimé par le professeur H. Lauterpacht (qui, soit-dit en passant, est l'avocat de la partie perdante dans *Abu Dhabi Arbitration*) dans «Sovereignty over Submarine Areas», [1950] *British Yearbook of International Law* 376. Le professeur Lauterpacht écrit ceci, en 1950, aux pp. 376, 377 et 394:

[TRADUCTION] ... la doctrine et la pratique relatives au plateau continental ... font maintenant, de toute façon, partie du droit international en raison des actes positifs et clairs posés par certains États, dont les principales puissances maritimes, et de l'acquiescement général des autres États.

De plus, à supposer que nous ayons affaire ici à la création d'un droit international nouveau fondé sur la coutume, ce qui importe c'est moins le nombre d'États qui participent à cette création et la durée de la période pendant laquelle ce changement s'effectue que l'importance relative, dans tout domaine donné, des États qui instaurent ce changement. Dans une question liée intimement au principe de la liberté des mers, la conduite de deux des principales puissances maritimes — comme la Grande-Bretagne et les États-Unis — revêt une importance particulière. Quant au plateau continental et aux champs sous-marins en général, ces deux États ont donné le coup d'envoi au développement et leur initiative a été considérée comme impérieuse tout naturellement dès le début. Il en a été ainsi plus particulièrement à cause de l'attachement traditionnel de ces États au principe de la liberté des mers et de la limite coutumière des eaux territoriales.

Quant à la question générale de l'existence des droits relatifs au plateau continental, Lauterpacht semble, d'après le contexte de tout l'article, avoir uniquement réussi à démontrer que cette doctrine devrait être acceptée en droit international. De toute façon, quant à la question cruciale de savoir si les droits relatifs au plateau continental existent *ipso jure*, Lauterpacht n'est pas d'un grand secours à la position de Terre-Neuve; en fait, il est porté à croire qu'une proclamation était nécessaire (aux pp. 418 et 419):

[TRADUCTION] Une proclamation constitue un moyen d'annoncer l'acquisition ou la revendication d'un titre. Elle ne constitue pas la *source* d'un titre, ni un moyen de l'acquérir. Cela ne signifie pas qu'elle est dénuée de sens ou inutile. Lorsque les autorités britanniques ont avisé, en 1949, les dirigeants de divers émirats du golfe Persi-

a pre-requisite of their effective assertion of rights over the adjacent submarine areas, the advice was given in deference to an obvious proposition of order and orderliness which requires that a person—or a state—asserting a claim, however inherently valid, must make his claim known by a formal pronouncement or notification. This is so especially if the subject of the claim in question is novel in character, undefined in extent, and likely to require determination in relation to similar claims by other persons or states. Accordingly, the issue of the proclamations of the continental shelf in no way militates against the view that they were of declaratory character in relation to what was considered to be a title claimed or acquired by or belonging to the state by reference to a legal basis other than occupation.

(Emphasis added.)

We think Lauterpacht's comments give rise to a further point. During the embryonic stage of the development of a rule of international law it is difficult to say that rights arise *ipso jure* when it is not yet settled what those rights are. In 1949, in the absence of any proclamation by Newfoundland, one would have been hard pressed to state with any precision what rights were consistent with State practice to that date. We think this point is reinforced by the fact that in the documents relating to the consideration given to making a claim by or on behalf of Newfoundland, there was no hint that anyone thought Newfoundland rights in the continental shelf already existed.

We conclude that international law had not sufficiently developed by 1949 to confer, *ipso jure*, the right of the coastal State to explore and exploit the continental shelf. We think that in 1949 State practice was neither sufficiently widespread to constitute a general practice nor sufficiently consistent to constitute settled law. Furthermore, several of the early State claims exceeded that which international law subsequently recognized in the 1958 Geneva Convention. International law on the continental shelf developed relatively quickly, but it had not attained concrete form by 1949.

que qu'une proclamation constituait une condition préalable à la validité de leur revendication de droits sur les champs sous-marins adjacents, elles l'ont fait par déférence pour un principe évident d'ordre et de discipline qui veut qu'une personne, ou un État, qui fait une revendication, même valide en soi, fasse connaître sa revendication au moyen d'une déclaration ou d'une annonce officielle. Cela est particulièrement vrai si l'objet de la revendication en question est d'un genre nouveau, de portée indéterminée et susceptible d'exiger une décision en fonction de revendications semblables de la part d'autres personnes ou d'autres États. En conséquence, les proclamations relatives au plateau continental ne vont nullement à l'encontre du point de vue selon lequel elles avaient un caractère déclaratoire quant à ce qui était considéré comme un titre revendiqué ou acquis par l'État ou lui appartenant en vertu d'un fondement juridique autre que l'occupation.

(C'est nous qui soulignons.)

Nous pensons que les observations de Lauterpacht soulèvent une autre question. Pendant la phase initiale de l'élaboration d'une règle de droit international, il est difficile d'affirmer que des droits existent *ipso jure* lorsqu'il n'est pas encore déterminé en quoi ces droits consistent. En 1949, en l'absence de toute proclamation par Terre-Neuve, il eût été difficile de dire précisément quels droits étaient conformes à la pratique des États à cette époque. Nous croyons que ce point de vue est renforcé par le fait que, dans les documents relatifs à l'examen de la possibilité d'une revendication par Terre-Neuve ou pour son compte, rien n'indique qu'on croyait que les droits de Terre-Neuve sur le plateau continental existaient déjà.

Nous concluons que le droit international n'était pas suffisamment développé en 1949 pour accorder, *ipso jure*, aux États riverains le droit d'explorer et d'exploiter le plateau continental. Nous croyons qu'en 1949 la pratique des États n'était ni suffisamment répandue pour constituer une pratique générale, ni suffisamment uniforme pour constituer une règle bien établie. De plus, plusieurs des premières revendications des États outrepassaient ce que le droit international a par la suite consacré dans la Convention de Genève de 1958. Le droit international relatif au plateau continental s'est développé assez rapidement, mais il n'était pas encore concrétisé en 1949.



The Attorney General of Newfoundland argues, in the alternative, that even if continental shelf rights were not part of customary international law in 1949, the subsequent developments had retroactive effect. The following passage of the *North Sea Continental Shelf* cases, *supra*, at p. 22, is cited in support of that proposition:

Delimitation in an equitable manner is one thing, but not the same thing as awarding a just and equitable share of a previously undelimited area, even though in a number of cases the results may be comparable, or even identical.

... the doctrine of the just and equitable share appears to be wholly at variance with what the Court entertains no doubt is the most fundamental of all the rules of law relating to the continental shelf, enshrined in Article 2 of the 1958 Geneva Convention, though quite independent of it,—namely that the rights of the coastal State in respect of the area of continental shelf that constitutes a natural prolongation of its land territory into and under the sea exist *ipso facto* and *ab initio*, by virtue of its sovereignty over the land, and an extension of it in an exercise of sovereign rights for the purpose of exploring the seabed and exploiting its natural resources. In short, there is here an inherent right. In order to exercise it, no special legal process has to be gone through, nor have any special legal acts to be performed. Its existence can be declared (and many States have done this) but does not need to be constituted. Furthermore, the right does not depend on its being exercised. To echo the language of the Geneva Convention, it is “exclusive” in the sense that if the coastal State does not choose to explore or exploit the areas of shelf appertaining to it, that is its own affair, but no one else may do so without its express consent.

(Emphasis added.)

The Court of Appeal in the *Newfoundland Reference*, *supra*, decided the international law point in Newfoundland’s favour, on the basis of this retroactivity argument. The Court said, at p. 39:

The phrase “*ipso facto* and *ab initio*” used by the court [the International Court of Justice], may be interpreted as meaning that the rights in international law extended back in geological time, as suggested by D. P. O’Connell, or to when sovereignty over the land mass was first established and recognized, or to when the submarine areas in question became exploitable as a

Le procureur général de Terre-Neuve soutient subsidiairement que même si les droits relatifs au plateau continental ne faisaient pas partie intégrante du droit international coutumier en 1949, les progrès subséquents ont eu un effet rétroactif. À l’appui de cette proposition, il cite le passage suivant de la p. 22 des affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, précitées:

Délimiter d’une manière équitable est une chose, mais c’en est une autre que d’attribuer une part juste et équitable d’une zone non encore délimitée, quand bien même le résultat des deux opérations serait dans certains cas comparable, voire identique.

... la doctrine de la part juste et équitable semble s’écarter totalement de la règle qui constitue sans aucun doute possible pour la Cour la plus fondamentale de toutes les règles de droit relatives au plateau continental et qui est consacrée par l’article 2 de la Convention de Genève de 1958, bien qu’elle en soit tout à fait indépendante: les droits de l’État riverain concernant la zone de plateau continental qui constitue un prolongement naturel de son territoire sous la mer existent *ipso facto* et *ab initio* en vertu de la souveraineté de l’État sur ce territoire et par une extension de cette souveraineté sous la forme de l’exercice de droits souverains aux fins de l’exploitation du lit de la mer et de l’exploitation de ses ressources naturelles. Il y a là un droit inhérent. Point n’est besoin pour l’exercer de suivre un processus juridique particulier ni d’accomplir des actes juridiques spéciaux. Son existence peut être constatée, comme cela a été fait par de nombreux États, mais elle ne suppose aucun acte constitutif. Qui plus est, ce droit est indépendant de son exercice effectif. Pour reprendre le terme de la Convention de Genève, il est «exclusif» en ce sens que, si un État riverain choisit de ne pas explorer ou de ne pas exploiter les zones de plateau continental lui revenant, cela ne concerne que lui et nul ne peut le faire sans son consentement exprès.

(C’est nous qui soulignons.)

Dans le *Renvoi de Terre-Neuve*, la Cour d’appel a tranché la question de droit international en faveur de Terre-Neuve, en fonction de l’argument de la rétroactivité. La Cour affirme ceci, à la p. 39:

[TRADUCTION] L’expression «*ipso facto* et *ab initio*» employée par la Cour [internationale de Justice] peut s’interpréter comme signifiant que les droits qui existent en droit international remontent aux temps géologiques, comme le propose D. P. O’Connell, ou à l’époque où la souveraineté sur le domaine terrestre a été établie et reconnue pour la première fois, ou à l’époque où les

result of modern developments of science and technology, or, more specifically, to when these areas became the object of active interest of States. In our opinion, the last is the most logical and is in accord with British practice at the time.

There was no issue of retroactivity in the *North Sea Continental Shelf* cases. We do not think the terms "*ipso facto*" and "*ab initio*" were meant to suggest retroactivity. The point of this passage was simply to counter the German argument that the Court was dealing with the delineation of new areas. The Newfoundland Court of Appeal listed possible starting dates for the "*ab initio*" reference, but left out one—the time at which international law recognized continental shelf rights. We think that is what the "*ab initio*" refers to. As noted earlier, the discussions in the International Law Commission considered that the doctrine of continental shelf rights arising *ipso jure* enunciated new law. The development of customary or conventional international law is, by definition, the development of new law. There is no concept in international law of discovering law that always was. In our view, continental shelf rights have no retroactive application to a time before they were recognized by international law.

Even if there were a retroactive element to continental shelf rights, we do not, in any event, see how this would help Newfoundland's case. The Newfoundland argument amounts to this: In 1949 there were no continental shelf rights recognized at international law so that Newfoundland had no such rights when it joined Canada. Subsequently, however, international law did recognize these rights with retroactive effect. Even if international law as to the continental shelf were to have retroactive effect, we think the benefit would accrue to the entity within Canada currently competent to acquire continental shelf rights and that entity is not Newfoundland but Canada. We agree with the following passage of Gibbs J., dissenting on other grounds, in *New South Wales v. Com-*

champs sous-marins en question sont devenus exploitables en raison des progrès de la science et de la technologie, ou plus précisément à l'époque où les États ont commencé à s'intéresser activement à ces champs. À notre avis, la dernière hypothèse est la plus logique et elle est conforme à la pratique britannique de l'époque.

La question de la rétroactivité n'a pas été soulevée dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*. Nous ne croyons pas que les expressions «*ipso facto*» et «*ab initio*» aient été utilisées pour donner l'idée de rétroactivité. Ce passage visait uniquement à repousser l'argument des Allemands selon lequel la Cour traitait de la délimitation de nouveaux territoires. La Cour d'appel de Terre-Neuve a énuméré les dates de départ possibles auxquelles renvoie l'expression «*ab initio*», mais elle en a omis une —le moment où le droit international a reconnu les droits relatifs au plateau continental. Nous croyons que c'est cette date qui est visée par l'expression «*ab initio*». Comme nous l'avons déjà mentionné, il ressort des délibérations de la Commission du droit international que l'on a considéré que la doctrine des droits *ipso jure* sur le plateau continental énonçait du droit nouveau. L'élaboration de règles de droit international coutumier ou conventionnel consiste, par définition, à élaborer du droit nouveau. Il n'est pas question, en droit international, de découvrir du droit qui a toujours existé. À notre avis, les droits relatifs au plateau continental n'ont aucune application rétroactive antérieure à l'époque où le droit international les a reconnus.

Même si les droits relatifs au plateau continental avaient un effet rétroactif, nous ne voyons pas, de toute façon, comment cela serait utile à Terre-Neuve. L'argument de Terre-Neuve se résume à ceci: en 1949, le droit international ne reconnaissait pas de droits sur le plateau continental de sorte que Terre-Neuve ne possédait pas de tels droits au moment où elle s'est jointe au Canada. Par la suite toutefois, le droit international a reconnu ces droits de façon rétroactive. Même si le droit international relatif au plateau continental avait un effet rétroactif, nous croyons que cela profiterait à l'entité qui, au Canada, a actuellement compétence pour acquérir des droits relatifs au plateau continental, et cette entité est non pas Terre-Neuve, mais le Canada. Nous sommes d'ac-

*monwealth of Australia* (1975), 135 C.L.R. 337, at p. 416:

To say that the rights of coastal states in respect of the continental shelf existed from the beginning of time may or may not be correct as a matter of legal theory. In fact, however, the rights now recognized represent the response of international law to modern developments of science and technology, which permit the seabed to be exploited in a way which it was quite impossible for governments or lawyers of earlier centuries to foresee. In this matter the arguments of history are stronger than those of logic. In truth, when the Act was passed, the States had not asserted and did not have the rights to the continental shelf which the convention now accords to coastal states. Those rights, if theoretically inherent in the sovereignty of coastal states, were in fact the result of the operation of a new legal principle. When those rights were recognized by the international law the Commonwealth was the international person entitled to assert them, and it did so. The assertion by the Commonwealth of those rights in no way interfered with any existing right of any State.

We therefore conclude that Newfoundland could not, upon its entry into Confederation, have held rights to explore and exploit in the continental shelf by virtue of international law, because international law then conferred no such rights. Nor was it in any position to acquire such rights subsequent to Confederation.

#### Legislative Jurisdiction

The conclusion that Canada has the right to explore and exploit in the continental shelf leads easily to the conclusion that Canada has legislative jurisdiction. There is nothing in s. 92 of the *Constitution Act, 1867* which could confer legislative jurisdiction upon Newfoundland in respect of such rights held by Canada. Legislative jurisdiction falls to Canada under the peace, order, and good government power in its residual capacity.

Newfoundland's legislative competence, like that of all the other provinces, is confined to

cord avec l'extrait suivant du jugement du juge Gibbs, dissident pour d'autres motifs, dans l'arrêt *New South Wales v. Commonwealth of Australia* (1975), 135 C.L.R. 337, à la p. 416:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Affirmer que les droits des États riverains sur le plateau continental existent depuis le début des temps peut, théoriquement en droit, être ou ne pas être exact. En réalité toutefois, les droits aujourd'hui reconnus représentent la réponse du droit international aux progrès modernes de la science et de la technologie qui permettent d'exploiter le lit de la mer d'une manière que les gouvernements ou les juristes des siècles précédents ne pouvaient absolument pas prévoir. À ce sujet, les arguments historiques ont plus de poids que les arguments logiques. En vérité, au moment de l'adoption de la Loi, les États n'avaient pas revendiqué et ne possédaient pas les droits relatifs au plateau continental que la convention accorde maintenant aux États riverains. Même si, en théorie, ces droits sont inhérents à la souveraineté des États riverains, ils résultent en fait de l'application d'un nouveau principe juridique. Lorsque le droit international a reconnu ces droits, le Commonwealth était la personne internationale qui avait qualité pour les revendiquer et c'est ce qu'il a fait. La revendication de ces droits par le Commonwealth n'a nullement porté atteinte aux droits existants de quelque État que ce soit.

<sup>f</sup> Nous concluons donc que Terre-Neuve ne pouvait, à son entrée dans la Confédération, posséder des droits d'explorer et d'exploiter le plateau continental en vertu du droit international, parce qu'à cette époque le droit international ne conférait pas de tels droits. Elle n'a absolument pas non plus été en mesure d'acquiescer de tels droits après la Confédération.

#### La compétence législative

<sup>h</sup> La conclusion que le Canada a le droit d'explorer et d'exploiter le plateau continental amène facilement à conclure que le Canada possède la compétence législative en la matière. Il n'y a rien dans l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui puisse accorder la compétence législative à Terre-Neuve à l'égard de tels droits que possède le Canada. La compétence législative appartient au Canada en vertu de son pouvoir résiduel en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement.

<sup>j</sup> La compétence législative de Terre-Neuve, comme celle de toutes les autres provinces, se

legislation operating within the provinces. This restriction is found expressly in s. 92(13) and s. 92A(1):

**92. (13) Property and Civil Rights in the Province.**

**92A. (1) In each province, the legislature may exclusively make laws in relation to**

(a) exploration for non-renewable natural resources in the province;

(b) development, conservation and management of non-renewable natural resources and forestry resources in the province, including laws in relation to the rate of primary production therefrom; and

(c) development, conservation and management of sites and facilities in the province for the generation and production of electrical energy.

(Emphasis added.)

In respect of s. 92(5), the limitation to “in the Province”, as we discussed earlier, arises by virtue of the common law.

**92. (5) The Management and Sale of Public Lands belonging to the Province and of the Timber and Wood thereon.**

#### Conclusion

In summary, we conclude:

(1) Continental shelf rights are, in pith and substance, an extraterritorial manifestation of external sovereignty.

(2) Canada has the right to explore and exploit in the continental shelf off Newfoundland because:

(a) any continental shelf rights available at international law in 1949 would have been acquired by the Crown in right of the United Kingdom, not the Crown in right of Newfoundland;

(b) even if Newfoundland could have held continental shelf rights prior to Union, they would have passed to Canada by virtue of the Terms of Union.

(c) in any event, international law did not recognize continental shelf rights by

limite aux lois applicables dans la province. Cette restriction est prévue expressément aux par. 92(13) et 92A(1):

**92. (13) La propriété et les droits civils dans la province;**

**92A. (1) La législature de chaque province a compétence exclusive pour légiférer dans les domaines suivants:**

a) prospection des ressources naturelles non renouvelables de la province;

b) exploitation, conservation et gestion des ressources naturelles non renouvelables et des ressources forestières de la province, y compris leur rythme de production primaire;

c) aménagement, conservation et gestion des emplacements et des installations de la province destinés à la production d'énergie électrique.

(C'est nous qui soulignons.)

Pour ce qui est du par. 92(5), la restriction «dans la province», comme nous l'avons déjà mentionné, s'applique en vertu de la *common law*.

**92. (5) L'administration et la vente des terres publiques appartenant à la province, et des bois et forêts qui s'y trouvent.**

#### Conclusion

En résumé, nous concluons ce qui suit:

(1) Les droits relatifs au plateau continental sont, de par leur caractère véritable, une manifestation extra-territoriale de la souveraineté extérieure.

(2) Le Canada a le droit d'explorer et d'exploiter le plateau continental au large de Terre-Neuve parce que:

a) tout droit relatif au plateau continental accordé par le droit international en 1949 aurait été dévolu à Sa Majesté du chef du Royaume-Uni et non à Sa Majesté du chef de Terre-Neuve;

b) même si Terre-Neuve avait pu posséder des droits sur le plateau continental avant l'union, ces droits seraient passés au Canada en vertu des Conditions de l'union;

c) quoi qu'il en soit, le droit international ne reconnaissait pas de droits relatifs

1949; such rights were not indisputably recognized before the Geneva Convention of 1958.

- (3) Canada has legislative jurisdiction in relation to the right to explore and exploit in the continental shelf off Newfoundland by virtue of the peace, order, and good government power in its residual capacity.

In short, in our opinion both parts of the question should be answered in favour of Canada.

*Both parts of the question answered in favour of Canada.*

*Solicitor for the Attorney General of Canada: R. Tassé, Ottawa.*

*Solicitors for the Attorney General of Newfoundland: O'Dea, Greene, St. John's.*

*Solicitors for the Attorney General of Nova Scotia: Gowling & Henderson, Ottawa; Edward C. Foley, Halifax.*

*Solicitor for the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the Attorney General of Manitoba: Gordon E. Pilkey, Winnipeg.*

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

*Solicitor for the Attorney General of Prince Edward Island: Ralph C. Thompson, Charlottetown.*

*Solicitor for the Attorney General for Alberta: R. W. Paisley, Edmonton.*

au plateau continental en 1949; ces droits n'étaient pas incontestablement reconnus avant la Convention de Genève de 1958.

- (3) Le Canada a la compétence législative relativement au droit d'explorer et d'exploiter le plateau continental au large de Terre-Neuve, en vertu de son pouvoir résiduel en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement.

En bref, nous sommes d'avis qu'il faut répondre aux deux parties de la question en faveur du Canada.

*La réponse aux deux parties de la question est en faveur du Canada.*

*Procureur du procureur général du Canada: R. Tassé, Ottawa.*

*Procureurs du procureur général de Terre-Neuve: O'Dea, Greene, St. John's.*

*Procureurs du procureur général de la Nouvelle-Écosse: Gowling & Henderson, Ottawa; Edward C. Foley, Halifax.*

*Procureur du procureur général du Nouveau-Brunswick: Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureur du procureur général du Manitoba: Gordon E. Pilkey, Winnipeg.*

*Procureur du procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministre du Procureur général, Victoria.*

*Procureur du procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard: Ralph C. Thompson, Charlottetown.*

*Procureur du procureur général de l'Alberta: R. W. Paisley, Edmonton.*





---

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Part 2, 1984 Vol. 1**

**2<sup>e</sup> cahier, 1984 Vol. 1**

**Cited as [1984] 1 S.C.R. 131-267**

**Renvoi [1984] 1 R.C.S. 131-267**

---





**SUPREME COURT OF CANADA SCHEDULE —  
CALENDRIER DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA  
1985**

**JANUARY - JANVIER**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
		1	2	3	4	5
6	7	8	9	10	11	12
13	14	15	16	17	18	19
20	21	22	23	24	25	26
27	28	29	30	<input checked="" type="checkbox"/>		

**FEBRUARY - FÉVRIER**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
					1	2
3	4	5	6	7	8	9
10	11	12	13	14	15	16
17	18	19	20	<input checked="" type="checkbox"/>	22	23
24	25	26	27	28		

**MARCH - MARS**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
					1	2
3	4	5	6	7	8	9
10	11	12	13	<input checked="" type="checkbox"/>	15	16
17	18	19	20	21	22	23
24	25	26	27	28	29	30
31						

**APRIL - AVRIL**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
	1	2	3	<input checked="" type="checkbox"/>	5	6
7	8	9	10	11	12	13
14	15	16	17	18	19	20
21	22	23	24	25	26	27
28	29	30				

**MAY - MAI**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
				1	<input checked="" type="checkbox"/>	3
5	6	7	8	9	10	11
12	13	14	15	16	17	18
19	20	21	22	<input checked="" type="checkbox"/>	24	25
26	27	28	29	30	31	

**JUNE - JUIN**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
						1
2	3	4	5	6	7	8
9	10	11	12	<input checked="" type="checkbox"/>	14	15
16	17	18	19	20	21	22
23	24	25	26	<input checked="" type="checkbox"/>	28	29
30						

**JULY - JUILLET**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
	1	2	3	4	5	6
7	8	9	10	11	12	13
14	15	16	17	18	19	20
21	22	23	24	25	26	27
28	29	30	31			

**AUGUST - AOÛT**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
				1	2	3
4	5	6	7	8	9	10
11	12	13	14	15	16	17
18	19	20	21	22	23	24
25	26	27	28	29	30	31

**SEPTEMBER - SEPTEMBRE**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
1	2	3	4	5	6	7
8	9	10	11	12	13	14
15	16	17	18	19	20	21
22	23	24	25	26	27	28
29	30					

**OCTOBER - OCTOBRE**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
		1	2	3	4	5
6	7	8	9	<input checked="" type="checkbox"/>	11	12
13	14	15	16	17	18	19
20	21	22	23	24	25	26
27	28	29	30	<input checked="" type="checkbox"/>		

**NOVEMBER - NOVEMBRE**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
					1	2
3	4	5	6	7	8	9
10	11	12	13	14	15	16
17	18	19	20	<input checked="" type="checkbox"/>	22	23
24	25	26	27	28	29	30

**DECEMBER - DÉCEMBRE**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
1	2	3	4	5	6	7
8	9	10	11	12	13	14
15	16	17	18	<input checked="" type="checkbox"/>	20	21
22	23	24	25	26	27	28
29	30	31				

Hearing of appeal days:  Motion days:  Holidays:  Judgment days:   
 Journées d'audition de pourvoi:  Journées de requête:  Vacances:  Journées de jugement:



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

Editor in Chief  
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor  
RICHARD BERBERI

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
MARIELLE BEAULIEU  
BARBARA LONG

*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, 1984.

## CONTENTS

**Association des employés de La Laurentienne v. Carrier et al. .... 176**

Labour relations — Investigation into definition of bargaining unit — Employees included in the bargaining unit denied right to be present and to be heard by labour commissioners — Writ of evocation — Whether employees interested parties — Code of Civil Procedure, art. 846 — Labour Code, R.S.Q. 1977, c. C-27 (as amended by 1977 (Que.), c. 41), ss. 25, 28, 32, 39, 43, 59, 118, 129, 131; formerly R.S.Q. 1964, c. 141 as amended, ss. 22, 24a, 24e, 30, 34, 47, 103, 106, 108.

Administrative law — Judicial review — Employees denied by Labour Court and labour commissioners the right to be heard at the inquiry regarding the description of the bargaining unit — Appeals brought by two labour commissioners, the Labour Court, and one of its judges — *Locus standi*.

**Bibeault et al. v. McCaffrey ..... 176**

Labour relations — Investigation into definition of bargaining unit — Employees included in the bargaining unit denied right to be present and to be heard by labour commissioners — Writ of evocation — Whether employees interested parties — Code of Civil Procedure, art. 846 — Labour Code, R.S.Q. 1977, c. C-27 (as amended by 1977 (Que.), c. 41), ss. 25, 28, 32, 39, 43, 59, 118, 129, 131; formerly R.S.Q. 1964, c. 141 as amended, ss. 22, 24a, 24e, 30, 34, 47, 103, 106, 108.

Administrative law — Judicial review — Employees denied by Labour Court and labour commissioners the right to be heard at the inquiry regarding the description of the bargaining unit — Appeals brought by two labour commissioners, the Labour Court, and one of its judges — *Locus standi*.

*Continued on next page*

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

Arrêtiiste en chef  
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Réviseur  
RICHARD BERBERI

Adjointes à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
MARIELLE BEAULIEU  
BARBARA LONG

*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, 1984.

## SOMMAIRE

**Association des employés de La Laurentienne c. Carrier et autre ..... 176**

Relations de travail — Enquête relative à la définition de l'unité de négociation — Commissaires du travail refusant à des salariés compris dans l'unité de négociation le droit d'être présents et d'être entendus — Bref d'évocation — Les salariés sont-ils des personnes intéressées? — Code de procédure civile, art. 846 — Code du travail, L.R.Q. 1977, chap. C-27 (modifié par 1977 (Qué.), chap. 41), art. 25, 28, 32, 39, 43, 59, 118, 129, 131; auparavant S.R.Q. 1964, chap. 141 et modifications, art. 22, 24a, 24e, 30, 34, 47, 103, 106, 108.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Tribunal du travail et commissaires du travail refusant à des salariés le droit d'être entendus à l'enquête relative à la définition de l'unité de négociation — Appels interjetés par deux commissaires du travail, le Tribunal du travail et l'un de ses juges — Intérêt pour agir.

**Bibeault et autres c. McCaffrey ..... 176**

Relations de travail — Enquête relative à la définition de l'unité de négociation — Commissaires du travail refusant à des salariés compris dans l'unité de négociation le droit d'être présents et d'être entendus — Bref d'évocation — Les salariés sont-ils des personnes intéressées? — Code de procédure civile, art. 846 — Code du travail, L.R.Q. 1977, chap. C-27 (modifié par 1977 (Qué.), chap. 41), art. 25, 28, 32, 39, 43, 59, 118, 129, 131; auparavant S.R.Q. 1964, chap. 141 et modifications, art. 22, 24a, 24e, 30, 34, 47, 103, 106, 108.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Tribunal du travail et commissaires du travail refusant à des salariés le droit d'être entendus à l'enquête relative à la définition de l'unité de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

<b>Brown v. Baugh et al.</b> .....	192
Criminal law — Juvenile delinquents — Identification of criminal — Juvenile charged with a delinquency relating to an indictable offence under the Criminal Code — Fingerprinting — Police officer using reasonable force — Whether fingerprinting lawful — Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3 — Identification of Criminals Act, R.S.C. 1970, c. I-1, s. 2.	
<b>Chiasson v. The Queen</b> .....	266
Constitutional law — Validity of legislation — Paramountcy — Provincial legislation creating offence of careless hunting — Discharge of a firearm without due care — Whether provincial legislation <i>ultra vires</i> or inoperative — Fish and Wildlife Act, 1980 (N.B.), c. F-14.1, s. 50 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 (as amended by 1976-77 (Can.), c. 53, s. 3), s. 84(2).	
<b>Droste v. The Queen</b> .....	208
Criminal law — Transferred intent — Murder — Accused failed to kill intended victim but mistakenly killed two others — Jury charged that accused liable to conviction for first degree murder — Whether or not jury properly charged — Whether or not “planned and deliberate” in s. 214 relates to intended or actual victims — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 205, 212(b), 214(2).	
<b>Farr v. Farr</b> .....	252
Matrimonial law — Divorce — Distribution of matrimonial property — Validity and applicability of Capital Base Theory — The Matrimonial Property Act, 1979 (Sask.), c. M-6.1, ss. 20, 21, 22, 23, 26(1)(b)(i) — Interest Act, R.S.C. 1970, c. I-18, ss. 13, 15.	
<b>McKibbin v. The Queen</b> .....	131
Criminal law — Procedure — Preliminary inquiry — Preferring indictment — Additional offences disclosed by evidence at preliminary inquiry — Power of agent of Attorney General to prefer indictment on additional offences — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 496, 504, 505, 507 (as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 63).	
<b>R. v. Ancio</b> .....	225
Criminal Law — Attempted murder — <i>Mens rea</i> — Whether requisite <i>mens rea</i> restricted to intent to kill or recklessly cause bodily harm known to likely cause death — Whether s. 24 in combination with constructive murder sections can form basis for attempted murder — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 24(1), 212 (a)(i),(ii), 213(d).	
<b>Vassart v. Carrier et al.</b> .....	176
Labour relations — Investigation into definition of bargaining unit — Employees included in the bargaining unit denied right to be present and to be heard by labour commissioners — Writ of evocation — Whether employees interested parties — Code of Civil Procedure, art. 846 — Labour Code, R.S.Q. 1977, c. C-27 (as amended by 1977 (Que.), c. 41), ss. 25, 28, 32, 39, 43, 59, 118, 129, 131; formerly R.S.Q. 1964, c. 141 as amended, ss. 22, 24a, 24e, 30, 34, 47, 103, 106, 108.	

Continued on next page

## SOMMAIRE (Suite)

négociation — Appels interjetés par deux commissaires du travail, le Tribunal du travail et l'un de ses juges — Intérêt pour agir.

<b>Brown c. Baugh et autre</b> .....	192
--------------------------------------	-----

Droit criminel — Jeunes délinquants — Identification d'un criminel au sens du Code criminel — Prise d'empreintes digitales — Emploi d'une force raisonnable par un agent de police — Légitimité de la prise d'empreintes — Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, chap. J-3 — Loi sur l'identification des criminels, S.R.C. 1970, chap. I-1, art. 2.

<b>Chiasson c. La Reine</b> .....	266
-----------------------------------	-----

Droit constitutionnel — Validité de la loi — Prépondérance — Loi provinciale créant l'infraction dite de négligence à la chasse — Décharge d'une arme à feu sans le soin et l'attention nécessaires — La disposition provinciale est-elle inconstitutionnelle ou inopérante? — Loi sur la pêche sportive et la chasse, 1980 (N.-B.), chap. F-14.1, art. 50 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 (modifié par 1976-77 (Can.), chap. 53, art. 3), art. 84(2).

<b>Droste c. La Reine</b> .....	208
---------------------------------	-----

Droit criminel — Transfert d'intention — Meurtre — L'accusé n'a pas tué la victime envisagée, mais a, par erreur, causé la mort de deux autres personnes — Directive donnée au jury selon laquelle l'accusé est passible d'une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré — La directive donnée au jury était-elle appropriée? — L'expression «commis avec préméditation» de l'art. 214 vise-t-elle les victimes envisagées ou les victimes réelles? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 205, 212(b), 214(2).

<b>Farr c. Farr</b> .....	252
---------------------------	-----

Droit matrimonial — Divorce — Partage des biens matrimoniaux — Validité et applicabilité de la théorie du capital de départ — The Matrimonial Property Act, 1979 (Sask.), chap. M-6.1, art. 20, 21, 22, 23, 26(1)(b)(i) — Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1970, chap. I-18, art. 13 et 15.

<b>McKibbin c. La Reine</b> .....	131
-----------------------------------	-----

Droit criminel — Procédure — Enquête préliminaire — Présentation d'un acte d'accusation — Infractions additionnelles révélées par la preuve à l'enquête préliminaire — Pouvoir d'un représentant du procureur général de présenter un acte d'accusation à l'égard des infractions additionnelles — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 496, 504, 505, 507 (modifié par 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 63).

<b>R. c. Ancio</b> .....	225
--------------------------	-----

Droit criminel — Tentative de meurtre — *Mens rea* — La *mens rea* nécessaire se limite-t-elle à l'intention de tuer ou de causer indifféremment des lésions corporelles que l'on sait de nature à causer la mort? — En combinant l'art. 24 et les dispositions sur le meurtre par imputation, peut-on obtenir une

Suite à la page suivante

## CONTENTS (Concluded)

Administrative law — Judicial review — Employees denied by Labour Court and labour commissioners the right to be heard at the inquiry regarding the description of the bargaining unit — Appeals brought by two labour commissioners, the Labour Court, and one of its judges — *Locus standi*.

## SOMMAIRE (Fin)

déclaration de culpabilité de tentative de meurtre? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 24(1), 212a)(i),(ii), 213d).

**Vassart c. Carrier et autre ..... 176**

Relations de travail — Enquête relative à la définition de l'unité de négociation — Commissaires du travail refusant à des salariés compris dans l'unité de négociation le droit d'être présents et d'être entendus — Bref d'évocation — Les salariés sont-ils des personnes intéressées? — Code de procédure civile, art. 846 — Code du travail, L.R.Q. 1977, chap. C-27 (modifié par 1977 (Qué.), chap. 41), art. 25, 28, 32, 39, 43, 59, 118, 129, 131; auparavant S.R.Q. 1964, chap. 141 et modifications, art. 22, 24a, 24e, 30, 34, 47, 103, 106, 108.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Tribunal du travail et commissaires du travail refusant à des salariés le droit d'être entendus à l'enquête relative à la définition de l'unité de négociation — Appels interjetés par deux commissaires du travail, le Tribunal du travail et l'un de ses juges — Intérêt pour agir.



**Rodger David McKibbon** *Appellant*;

and

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

File No.: 16884.

1983: May 18; 1984: March 8.

Present: Ritchie, Dickson, Estey, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Procedure — Preliminary inquiry — Preferring indictment — Additional offences disclosed by evidence at preliminary inquiry — Power of agent of Attorney General to prefer indictment on additional offences — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 496, 504, 505, 507 (as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 63).*

At the conclusion of the preliminary inquiry, the presiding provincial court judge committed the appellant for trial on the two counts for which he was charged and declined the Crown's request to commit him on two additional offences disclosed by the evidence. Later, the Crown counsel preferred an indictment containing four counts under s. 507(2) of the *Criminal Code*. Two counts corresponded to those for which appellant had been committed and the additional two to offences disclosed from evidence taken at the preliminary inquiry and arising from the same transaction. The Ontario Court of Appeal upheld an Ontario Supreme Court decision to dismiss appellant's application to quash the two additional counts. This appeal is to determine whether an agent of the Attorney General had authority pursuant to s. 507(2) of the *Code* to prefer the two additional counts which arose out of the evidence adduced at the preliminary inquiry.

*Held* (Dickson and Wilson JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Ritchie, Estey and Lamer JJ.: The agent of the Attorney General had the power to prefer an indictment including counts other than those charged but revealed by the evidence at a preliminary inquiry. Such power is found in s. 507(2) of the *Criminal Code* and was first introduced into the *Code* in 1907 as s. 873A. The 1969 amendments adding subs. (3), while curtailing the gen-

**Rodger David McKibbon** *Appellant*;

et

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*.

<sup>a</sup> N° du greffe: 16884.

1983: 18 mai; 1984: 8 mars.

<sup>b</sup> Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Estey, Lamer et Wilson.

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

*Droit criminel — Procédure — Enquête préliminaire — Présentation d'un acte d'accusation — Infractions additionnelles révélées par la preuve à l'enquête préliminaire — Pouvoir d'un représentant du procureur général de présenter un acte d'accusation à l'égard des infractions additionnelles — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 496, 504, 505, 507 (modifié par 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 63).*

À la fin de l'enquête préliminaire, le juge de la Cour provinciale qui a présidé à l'enquête a renvoyé l'appelant à son procès relativement aux deux chefs d'accusation dont il faisait l'objet et a refusé une demande de la poursuite de renvoyer l'appelant à son procès relativement à deux autres infractions révélées par la preuve. Plus tard, le substitut du procureur général a, en application du par. 507(2) du *Code criminel*, présenté un acte d'accusation comportant quatre chefs d'accusation. Deux chefs correspondaient à ceux pour lesquels l'appelant avait été renvoyé à son procès et les deux autres visaient les infractions révélées par la preuve recueillie à l'enquête préliminaire, lesquelles découlaient de la même opération. La Cour d'appel a confirmé le jugement de la Cour suprême de l'Ontario qui a rejeté la demande de l'appelant visant l'annulation des deux chefs d'accusation additionnels. Il s'agit, dans le présent pourvoi, de déterminer si un représentant du procureur général avait le pouvoir en vertu du par. 507(2) du *Code* de présenter les deux chefs d'accusation additionnels imputant des infractions révélées par la preuve recueillie à l'enquête préliminaire.

<sup>i</sup> *Arrêt* (Les juges Dickson et Wilson sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

<sup>j</sup> Les juges Ritchie, Estey et Lamer: Le représentant du procureur général a le pouvoir de présenter des chefs d'accusation non compris dans l'acte d'accusation mais que la preuve a révélés à l'enquête préliminaire. Ce pouvoir se trouve au par. 507(2) du *Code criminel* et a été introduit pour la première fois dans le *Code* en 1907 sous le numéro d'article 873A. Les modifications de

eral power to prefer, did not take away that power. Save a few minor exceptions and Nova Scotia, the following principles govern the preferment of indictments in jury trials:

(A) The Attorney General or anyone with the written consent of a judge of the court may prefer an indictment for any offence irrespective of whether a preliminary inquiry has been held, and if so, whether the accused was discharged or committed for that or any other offence.

(B) Anyone else empowered under s. 507(2) to prefer indictments can do so only if the following conditions have been met: (1) a preliminary inquiry has been held; (2) the accused has been committed for trial on at least one of the charges inquired into by the justice; and (3) the count of the indictment must be for an offence for which the accused was committed or for an offence disclosed in the evidence introduced at the preliminary inquiry, and which is not an offence for which the accused was discharged.

[*R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985; *Re Criminal Code* (1910), 43 S.C.R. 434, considered; *R. v. Dwyer and Lauzon* (1978), 42 C.C.C. (2d) 83 reversed, on other grounds [1980] 1 S.C.R. 481; *R. v. G. & P. International News Ltd. and Judd* (1973), 12 C.C.C. (2d) 169; *R. v. Philbin and Henderson*, [1978] 1 W.W.R. 122; *R. v. Wilson* (1878), 43 U.C.Q.B. 583; *R. v. St. Louis* (1897), 1 C.C.C. 141; *R. v. Hamilton* (1898), 2 C.C.C. 178; *R. v. Duff (No. 2)* (1909), 15 C.C.C. 454; *R. v. King* (1956), 114 C.C.C. 125; *R. v. Sommervill* (1963), 40 C.R. 384; *R. v. Biernacki* (1962), 37 C.R. 226; *R. v. Beaudry*, [1967] 1 C.C.C. 272, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 64 C.C.C. (2d) 441, 35 O.R. (2d) 124, affirming a judgment of Galligan J. (1981), 61 C.C.C. (2d) 126, 34 O.R. (2d) 185, dismissing appellant's motion to quash counts in an indictment. Appeal dismissed, Dickson and Wilson JJ. dissenting.

David Smye, for the appellant.

David H. Doherty, for the respondent.

1969, qui ont ajouté le par. (3), ont restreint le pouvoir général de présenter des accusations mais ne l'ont pas aboli. Sauf quelques exceptions mineures et en ce qui concerne la Nouvelle-Écosse, les principes suivants régissent la présentation des actes d'accusation dans les procès par jury:

A) Le procureur général, ou toute personne qui a le consentement du juge de la cour, peut présenter un acte d'accusation pour toute infraction qu'il y ait eu ou non enquête préliminaire et, s'il y en a eu une, peu importe que l'accusé ait été libéré ou renvoyé à son procès pour cette infraction ou toute autre infraction.

B) Toute autre personne que le par. 507(2) habilite à présenter des actes d'accusation ne peut le faire que si les conditions suivantes ont été remplies: 1) une enquête préliminaire doit avoir été tenue; 2) l'accusé doit avoir été renvoyé à son procès relativement à au moins un des chefs d'accusation sur lesquels a porté l'enquête du juge; 3) le chef d'accusation doit porter sur une infraction pour laquelle l'accusé a été renvoyé à son procès ou une infraction révélée par la preuve soumise à l'enquête préliminaire et concernant laquelle l'accusé n'a pas été libéré.

[Jurisprudence: arrêts examinés: *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985; *Re Criminal Code* (1910), 43 R.C.S. 434; arrêts mentionnés: *R. v. Dwyer and Lauzon* (1978), 42 C.C.C. (2d) 83, infirmé pour d'autres motifs [1980] 1 R.C.S. 481; *R. v. G. & P. International News Ltd. and Judd* (1973), 12 C.C.C. (2d) 169; *R. v. Philbin and Henderson*, [1978] 1 W.W.R. 122; *R. v. Wilson* (1878), 43 U.C.Q.B. 583; *R. v. St. Louis* (1897), 1 C.C.C. 141; *R. v. Hamilton* (1898), 2 C.C.C. 178; *R. v. Duff (No. 2)* (1909), 15 C.C.C. 454; *R. v. King* (1956), 114 C.C.C. 125; *R. v. Sommervill* (1963), 40 C.R. 384; *R. v. Biernacki* (1962), 37 C.R. 226; *R. v. Beaudry*, [1967] 1 C.C.C. 272.]

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 64 C.C.C. (2d) 441, 35 O.R. (2d) 124, qui a confirmé un jugement du juge Galligan (1981), 61 C.C.C. (2d) 126, 34 O.R. (2d) 185, qui avait rejeté la requête de l'appellant l'enjoignant d'annuler des chefs d'accusation dans l'acte d'accusation. Pourvoi rejeté, les juges Dickson et Wilson sont dissidents.

David Smye, pour l'appellant.

David H. Doherty, pour l'intimé.



The judgment of Ritchie, Estey and Lamer JJ. was delivered by

LAMER J.—Appellant applied to Galligan J. of the Supreme Court of Ontario seeking to quash some of the counts of an indictment that had been preferred against him to the General Sessions of the Peace at Hamilton. Galligan J. dismissed the application, and the accused's appeal to the Ontario Court of Appeal was also unsuccessful. His appeal to this Court is by leave.

#### The Facts

An information was sworn containing two counts charging the accused with break and entry with intent to commit an indictable offence therein contrary to s. 306(1)(a) of the *Criminal Code*, and impersonating a police officer contrary to s. 361(a) of the *Criminal Code*. The accused elected trial by judge and jury.

At the preliminary inquiry the accused was committed for trial on both counts. The presiding Provincial Court Judge, applying this Court's decision in *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985, declined a request from Crown counsel to commit for trial in respect of two additional offences. It is conceded that these two additional allegations arose out of the same transaction as that concerning the counts for which accused had been committed. It is also conceded that there was evidence led at the preliminary inquiry from which a properly instructed jury could reasonably have convicted the appellant for those requested additional counts. Finally, appellant is not arguing that the evidence in support of those additional counts was of no relevance to the two counts for which he was committed by the Provincial Court Judge.

Crown counsel, acting as an agent of the Attorney General, preferred an indictment under s. 507 of the *Criminal Code* containing four counts: two of which corresponded to the two counts on the information and for which the accused had been

Version française du jugement des juges Ritchie, Estey et Lamer rendu par

LE JUGE LAMER—L'appelant a présenté au juge Galligan de la Cour suprême de l'Ontario une demande d'annulation de certains chefs d'un acte d'accusation présenté contre lui devant les sessions générales de la paix de Hamilton. Le juge Galligan a rejeté la demande et la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel formé par l'accusé. L'appelant se pourvoit en cette Cour avec l'autorisation de cette dernière.

#### Les faits

Il y a eu dénonciation sous serment comportant deux chefs d'accusation inculquant l'accusé de s'être introduit par infraction dans un endroit avec l'intention d'y commettre un acte criminel contrairement à l'al. 306(1)a) du *Code criminel* et de s'être fait passer pour un agent de police contrairement à l'al. 361a) du *Code criminel*. L'accusé a choisi d'être jugé par un juge et un jury.

À l'enquête préliminaire, l'accusé a été renvoyé à son procès relativement aux deux chefs d'accusation. Appliquant l'arrêt de cette Cour *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985, le juge de la Cour provinciale qui a présidé à l'enquête a refusé une demande du substitut du procureur général de renvoyer l'accusé à son procès relativement à deux autres infractions. Il est admis que ces deux infractions additionnelles découlent de la même opération que celle visée par les chefs d'accusation pour lesquels l'accusé a été renvoyé à son procès. On reconnaît aussi que les éléments de preuve soumis à l'enquête préliminaire auraient pu permettre à un jury ayant reçu des directives appropriées de déclarer l'appelant coupable à l'égard des nouveaux chefs d'accusation qu'on voulait ajouter. Enfin, l'appelant ne prétend pas que la preuve soumise à l'appui de ces chefs d'accusation additionnels n'avait rien à voir avec les deux chefs d'accusation pour lesquels le juge de la Cour provinciale l'a renvoyé à son procès.

Le substitut du procureur général, à titre de représentant du procureur général, a présenté un acte d'accusation en application de l'art. 507 du *Code criminel*, comportant quatre chefs d'accusation dont deux correspondaient aux deux chefs

committed (the wording of one of those was in the indictment somewhat different than that in the information); and the other two for offences disclosed from evidence adduced at the preliminary hearing.

The accused had originally sought in the Supreme Court, to quash not only the two additional counts but also one of the two for which he had been committed, an order of prohibition against the conduct of a trial on these counts, and an order of mandamus to compel the quashing of these counts. In his appeal to this Court the accused has abandoned his challenge to the count of the indictment for which he had been committed and is now seeking to quash only the two added counts.

#### The Issue

Could the agent of the Attorney General prefer an indictment pursuant to s. 507(2) of the *Criminal Code* of Canada containing counts which alleged offences, the commission of which were disclosed by the evidence taken at a preliminary inquiry but which were not the subject of a charge at the preliminary inquiry, in addition to those counts alleged in the offences contained in the information which were the subject of the preliminary inquiry and for which the accused was committed to stand trial at the conclusion of the preliminary inquiry?

Section 507 reads as follows:

507. (1) In the Provinces of Newfoundland, Prince Edward Island, New Brunswick, Quebec, Ontario, Manitoba, Saskatchewan, Alberta and British Columbia and in the Yukon Territory and Northwest Territories it is not necessary to prefer a bill of indictment before a grand jury, but it is sufficient if the trial of an accused is commenced by an indictment in writing setting forth the offence with which he is charged.

(2) An indictment under subsection (1) may be preferred by the Attorney General or his agent, or by any person with the written consent of a judge of the court or of the Attorney General or, in any province to which this section applies, by order of the court.

d'accusation que contenait la dénonciation et pour lesquels l'accusé avait été renvoyé à son procès (la formulation de l'un de ces chefs dans l'acte d'accusation était quelque peu différente de celle utilisée dans la dénonciation); les deux autres visaient des infractions révélées par la preuve présentée à l'enquête préliminaire.

En Cour suprême, l'accusé avait d'abord demandé l'annulation non seulement des deux chefs d'accusation additionnels mais aussi l'annulation d'un des deux chefs d'accusation pour lesquels il avait été renvoyé à son procès, une ordonnance prohibant la tenue d'un procès sur ces chefs d'accusation et un *mandamus* enjoignant d'annuler ces chefs d'accusation. Dans son pourvoi en cette Cour, l'accusé a abandonné sa contestation du chef d'accusation pour lequel il a été renvoyé à son procès et il ne demande plus maintenant que l'annulation des deux chefs additionnels.

#### La question en litige

Le représentant du procureur général pouvait-il, conformément au par. 507(2) du *Code criminel* du Canada, présenter un acte d'accusation qui comporte des chefs d'accusation imputant des infractions dont l'existence a été révélée par la preuve recueillie à l'enquête préliminaire mais qui n'ont pas fait l'objet d'accusations à cette enquête, en sus des chefs d'accusation visant les infractions mentionnées dans la dénonciation qui ont fait l'objet de l'enquête préliminaire et pour lesquelles l'accusé a été renvoyé à son procès?

Voici le texte de l'art. 507:

507. (1) Dans les provinces de Terre-Neuve, de l'Île-du-Prince-Édouard, du Nouveau-Brunswick, de Québec, d'Ontario, du Manitoba, de la Saskatchewan, d'Alberta et de la Colombie-Britannique, ainsi que dans le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest, il n'est pas nécessaire de présenter un projet d'acte d'accusation devant un grand jury, mais il suffit que le procès d'un prévenu commence par un acte d'accusation écrit, énonçant l'infraction dont il est inculpé.

(2) Un acte d'accusation prévu par le paragraphe (1) peut être présenté par le procureur général ou son représentant ou par toute personne avec le consentement écrit d'un juge de la cour ou celui du procureur général ou, dans une province à laquelle le présent article s'applique, par ordonnance de la cour.

(3) Notwithstanding anything in this section, where

- (a) a preliminary inquiry has not been held, or
- (b) a preliminary inquiry has been held and the accused has been discharged,

an indictment under subsection (1) shall not be preferred except with the written consent of a judge of the court, or by the Attorney General.

The governing section for preferring a charge in the case of a trial before a judge of Part XVI is s. 496:

**496.** (1) Where an accused elects under section 464, 484, or 492 to be tried by a judge without a jury, an indictment in Form 4 shall be preferred by the Attorney General or his agent, or by any person who has written consent of the Attorney General, and in the Province of British Columbia may be preferred by the clerk of the peace.

(2) An indictment that is preferred under subsection (1) may contain any number of counts, and there may be joined in the same indictment

(a) counts relating to offences in respect of which the accused elected to be tried by a judge without a jury and for which the accused was committed for trial, whether or not the offences were included in one information, and

(b) counts relating to offences disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry, in addition to or in substitution for any offence for which the accused was committed for trial.

(3) An indictment that is preferred under subsection (1) may include an offence that is not referred to in paragraph (2)(a) or (b) if the accused consents, and that offence may be dealt with, tried and determined and punished in all respects as if the offence were one in respect of which the accused had been committed for trial, but if that offence was committed wholly in a province other than that in which the accused is before the court, subsection 434(3) applies.

#### Appellant's position

The appellant's argument is, in the result, that the preferment for an additional charge is governed by subs. 3(a) of s. 507 and that only the Attorney General himself and not his agent, short of the agent's obtaining the Court's consent, could

(3) Nonobstant toute disposition du présent article, lorsque

- a) une enquête préliminaire n'a pas été tenue, ou que
- b) une enquête préliminaire a été tenue et que l'accusé a été libéré,

un acte d'accusation prévu par le paragraphe (1) ne peut être présenté qu'avec le consentement écrit d'un juge de la cour, ou par le procureur général.

L'article qui s'applique à la présentation d'un acte d'accusation dans le cas d'un procès devant un juge selon la partie XVI est l'art. 496:

**496.** (1) Lorsqu'un prévenu choisit, en vertu de l'article 464, 484 ou 492, d'être jugé par un juge sans jury, un acte d'accusation selon la formule 4 doit être présenté par le procureur général ou son représentant, ou par toute personne ayant le consentement écrit du procureur général et, dans la province de Colombie-Britannique, un tel acte d'accusation peut être présenté par le greffier de la paix.

(2) Un acte d'accusation présenté aux termes du paragraphe (1) peut renfermer n'importe quel nombre de chefs d'accusation; et peuvent être réunis dans le même acte:

a) des chefs concernant des infractions pour lesquelles le prévenu a choisi d'être jugé par un juge sans jury et à l'égard desquelles il a été renvoyé pour subir son procès, que les infractions aient été comprises ou non dans une même dénonciation, et

b) des chefs portant sur des infractions révélées par les témoignages recueillis à l'enquête préliminaire, en sus ou en remplacement d'une infraction à l'égard de laquelle le prévenu a été renvoyé pour subir son procès.

(3) Un acte d'accusation présenté aux termes du paragraphe (1) peut comprendre une infraction qui n'est pas mentionnée à l'alinéa (2)a) ou b) si le prévenu consent, et cette infraction peut être poursuivie, traitée, jugée et punie, à tous égards, comme si l'infraction en était une à l'égard de laquelle le prévenu avait été renvoyé pour subir son procès, mais quand cette infraction a été entièrement commise dans une province autre que celle où le prévenu comparaît devant la cour, le paragraphe 434(3) s'applique.

#### La position de l'appelant

En définitive, l'argumentation de l'appelant porte que la présentation d'accusations additionnelles est régie par l'al. 507(3)a) et que seul le procureur général lui-même et non son représentant, sauf si son représentant a obtenu l'autorisa-

prefer the indictment. His position is that one must read the words "a preliminary inquiry has (not) been held" as meaning an inquiry pursuant to an information which contains the count or counts subsequently found in the indictment. He says that s. 507 is a comprehensive procedure for preferring indictments in provinces where there is no grand jury, that s. 507(2) applies only when a preliminary has been held upon the offence charged in the information followed by a committal and that, if no preliminary was held or if it resulted in a discharge, it is s. 507(3) which governs the situation. His supportive arguments are twofold. He first argues that the power to add counts in one indictment preferred to a petit jury never existed in provinces where there is no grand jury; his second argument is that, in any event, this power, if it did exist, was taken away in 1969 when the *Code* was amended to include what is now s. 507(3).

#### The Crown's position

The Crown says that the plain meaning of the words "a preliminary inquiry has not been held" makes the limitation found in s. 507(3) to the general power to prefer before a petit jury inapplicable where there has been a preliminary inquiry at which evidence, relevant to the offence charged and sufficient to support a *prima facie* case on all of the charges contained in the indictment was properly adduced by the Crown, and where a committal results.

#### The Court of Appeal

The Court of Appeal for Ontario (1981), 64 C.C.C. (2d) 441, 35 O.R. (2d) 124, adopting the *obiter* view of Lacourcière J.A. in *R. v. Dwyer and Lauzon* (1978), 42 C.C.C. (2d) 83, and the reasoning adopted by the Court of Appeal of British Columbia in *R. v. G. & P. International News Ltd. and Judd* (1973), 12 C.C.C. (2d) 169, which was subsequently followed by the Alberta Court of Appeal in *R. v. Philbin and Henderson*, [1978] 1

tion de la cour, peut présenter l'acte d'accusation. Il soutient que les mots «une enquête préliminaire (n')a (pas) été tenue» signifient une enquête préliminaire qui fait suite à une dénonciation qui comporte le ou les chefs d'accusation qu'on trouvera plus tard dans l'acte d'accusation. Il affirme que l'art. 507 énonce une procédure complète de présentation d'actes d'accusation dans les provinces où il n'y a pas de grand jury, que le par. 507(2) ne s'applique que s'il y a eu enquête préliminaire sur l'infraction mentionnée dans la dénonciation et renvoi au procès et que, s'il n'y a pas eu d'enquête préliminaire ou si celle-ci s'est terminée par la libération de l'accusé, c'est le par. 507(3) qui s'applique en ce cas-là. Son argumentation comporte deux volets. Il soutient d'abord que le pouvoir d'ajouter des chefs d'accusation à un acte d'accusation présenté devant un petit jury n'a jamais existé dans les provinces où il n'y a pas de grand jury. Il soutient en second lieu que, de toute façon, si ce pouvoir a existé il a été aboli en 1969 lorsque le Code a été modifié par l'ajout du par. 507(3) actuel.

#### La position de la poursuite

La poursuite affirme que le sens ordinaire des mots «une enquête préliminaire n'a pas été tenue» rend inapplicable la restriction que le par. 507(3) apporte au pouvoir général de présenter des actes d'accusation devant un petit jury, lorsqu'il y a eu enquête préliminaire au cours de laquelle la poursuite a régulièrement soumis des éléments de preuve qui se rapportaient à l'infraction imputée et qui suffisaient pour constituer une preuve *prima facie* pour toutes les accusations mentionnées dans l'acte d'accusation, et qu'il en a résulté un renvoi au procès.

#### La Cour d'appel

Adoptant l'opinion incidente exprimée par le juge Lacourcière dans l'arrêt *R. v. Dwyer and Lauzon* (1978), 42 C.C.C. (2d) 83, et le raisonnement adopté par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. G. & P. International News Ltd. and Judd* (1973), 12 C.C.C. (2d) 169, que la Cour d'appel de l'Alberta a ultérieurement suivi dans l'arrêt *R. v. Philbin and Henderson*, [1978] 1 W.W.R. 122, la Cour d'appel de

W.W.R. 122, agreed with the Crown's interpretation of the section.

I am of the view that the power to prefer counts other than those charged but revealed by the evidence at a preliminary is found in s. 507(2) since its introduction in 1907 as s. 873A.

I am also of the view that the 1969 amendments, while curtailing the general power to prefer, did not take away that power.

#### The Power Always Existed

A historical review of the relevant sections shows that s. 507(3) was enacted by Parliament when it realized that what had started out as an exceptional procedure had gradually become the general rule and that control by the courts and greater direct political accountability through the Attorney General's personal involvement were desirable when by-passing the holding of an inquiry or when overlooking a discharge; and this was so even when there was to be a preferment before a grand jury.

Prior to codification, anyone could, under the common law, prefer an indictment before a grand jury except for certain offences (perjury, subornation of perjury, conspiracy, obtaining money by false pretences, keeping a gambling house, keeping a disorderly house, indecent assault (*Vexatious Indictments Act*, 1859 (U.K.), 22 & 23 Vict., c. 17) and libel (*Newspaper Libel and Registration Act*, 1881 (U.K.), 44 & 45 Vict., c. 60, s. 6)). For these offences there was a statutory requirement that the person either be bound over to prosecute by a magistrate following a preliminary inquiry or that he be given permission to prefer before the grand jury by a judge or by the Attorney General. By-passing the grand jury could only be done by a criminal information preferred before the petit jury by the Attorney General, the Solicitor General and the Master of the Crown Office, and, in any event, such a procedure was limited to mis-

l'Ontario (1981), 64 C.C.C. (2d) 441, 35 O.R. (2d) 124, a accepté l'interprétation de l'article proposée par la poursuite.

<sup>a</sup> Je suis d'avis que le pouvoir de présenter des chefs d'accusation non compris dans l'acte d'accusation mais que la preuve recueillie à l'enquête préliminaire a révélés se trouve au par. 507(2) depuis son adoption en 1907 sous le numéro d'article 873A.

<sup>b</sup> Je suis aussi d'avis que, même si elles ont restreint le pouvoir général de présenter des accusations, les modifications de 1969 n'ont pas aboli ce pouvoir.

#### Le pouvoir a toujours existé

<sup>c</sup> Une étude historique des dispositions pertinentes démontre que le Parlement a adopté le par. 507(3) après s'être rendu compte que ce qui, au début, était une procédure d'exception était devenu progressivement la règle générale, et qu'il était souhaitable d'avoir un contrôle judiciaire et une plus grande responsabilité politique directe, par l'intervention personnelle du procureur général, lorsqu'on passait outre à l'étape de l'enquête préliminaire ou qu'on ne tenait pas compte de la libération d'un prévenu; il en était ainsi même lorsque l'acte d'accusation devait être présenté devant un grand jury.

<sup>d</sup> Avant la codification, toute personne pouvait, en vertu de la *common law*, présenter un acte d'accusation devant un grand jury sauf en ce qui concernait certaines infractions (le parjure, la subornation de témoins, le complot, l'obtention d'une somme d'argent par faux semblant, la tenue d'une maison de jeux, la tenue d'une maison de désordre, l'attentat à la pudeur (*Vexatious Indictments Act*, 1859 (R.-U.), 22 & 23 Vict., chap. 17) et la diffamation (*Newspaper Libel and Registration Act*, 1881 (R.-U.), 44 & 45 Vict., chap. 60, art. 6)). Pour ces infractions, la loi exigeait que la personne s'engage devant magistrat à intenter des poursuites après la tenue d'une enquête préliminaire ou qu'elle obtienne l'autorisation d'un juge ou du procureur général de présenter une accusation devant le grand jury. Il n'était possible de passer outre à l'étape du grand jury que par la présentation d'une dénonciation dite *criminal*

demeanours. The system of preferment of indictments and that of criminal informations was greatly criticized by Stephen (see Stephen, *History of the Criminal Law of England* (1883), vol. 1, pp. 293 *et seq.*). Some of his views appear to have been accommodated in our first *Code* of 1892.

The Canadian system required the finding of a true bill by a grand jury. At the time, criminal informations, though not abolished till 1953, were no longer being authorized (see *R. v. Wilson* (1878), 43 U.C.Q.B. 583). The preferment of a bill of indictment, was governed by s. 641 of the *Code* of 1892:

641. Any one who is bound over to prosecute any person, whether committed for trial or not, may prefer a bill of indictment for the charge on which the accused has been committed, or in respect of which the prosecutor is so bound over, or for any charge founded upon the facts or evidence disclosed on the depositions taken before the justice. The accused may at any time before he is given in charge to the jury apply to the court to quash any count in the indictment on the ground that it is not founded on such facts or evidence, and the court shall quash such count if satisfied that it is not so founded. And if at any time during the trial it appears to the court that any count is not so founded, and that injustice has been or is likely to be done to the accused in consequence of such count remaining in the indictment, the court may then quash such count and discharge the jury from finding any verdict upon it.

2. The Attorney-General or any one by his direction or any one with the written consent of a judge of any court of criminal jurisdiction or of the Attorney-General, may prefer a bill of indictment for any offence before the grand jury of any court specified in such consent; and any person may prefer any bill of indictment before any court of criminal jurisdiction by order of such court.

3. It shall not be necessary to state such consent or order in the indictment. An objection to an indictment for want of such consent or order must be taken by motion to quash the indictment before the accused person is given in charge.

*information* devant le petit jury par le procureur général, le solliciteur général et le directeur des poursuites et, de toute façon, cette procédure se limitait aux délits (*misdemeanours*). Stephen a sévèrement critiqué le système de présentation d'actes d'accusation et de dénonciations dites *criminal informations* (voir Stephen, *History of the Criminal Law of England* (1883), vol. 1, pp. 293 *et suiv.*). On semble avoir tenu compte de certaines de ses idées dans notre premier *Code* en 1892.

Le système canadien exigeait une déclaration d'acte d'accusation par un grand jury. À cette époque, bien qu'elles n'aient été abolies qu'en 1953, les dénonciations dites *criminal informations* n'étaient plus autorisées (voir *R. v. Wilson* (1878), 43 U.C.Q.B. 583). La présentation d'un acte d'accusation était régie par l'art. 641 du *Code* de 1892:

641. Quiconque s'est engagé par une obligation à poursuivre quelqu'un, qu'il ait été renvoyé en prison ou non en attendant son procès, peut présenter un acte d'accusation pour le fait imputé à l'accusé, ou au sujet duquel le poursuivant s'est engagé à poursuivre, ou pour toute imputation basée sur les faits dévoilés ou la preuve faite devant le juge de paix. Le prévenu peut, en tout temps avant d'être renvoyé devant le jury, demander à la cour d'écarter tout chef d'accusation porté contre lui pour le motif qu'il n'est pas fondé sur ces faits ou cette preuve, et la cour l'annulera si elle est d'avis qu'il n'est pas ainsi fondé. Et si en aucun temps pendant le procès il appert à la cour que quelque chef d'accusation n'est pas ainsi supporté, et qu'il a été ou peut être fait une injustice à l'accusé parce que ce chef serait laissé dans l'acte d'accusation, la cour peut en retrancher ce chef et dispenser le jury de rendre un verdict à son égard.

2. Le procureur général, ou qui que ce soit par son ordre ou avec le consentement écrit d'un juge d'une cour de juridiction criminelle ou du procureur général, peut porter une accusation pour toute infraction devant le grand jury de toute cour désignée dans ce consentement; et toute personne peut porter une accusation devant toute cour de juridiction criminelle par ordre de cette cour.

3. Il ne sera pas nécessaire de citer ce consentement ou cet ordre dans l'acte d'accusation. Une objection à un acte d'accusation pour absence de ce consentement ou de cet ordre doit être faite par voie de motion à l'effet de casser l'accusation avant que le prévenu ne soit renvoyé devant le jury.

4. Save as aforesaid no bill of indictment shall after the commencement of this Act be preferred in any province of Canada.

A bill of indictment could be preferred with or without a preliminary inquiry into the matter, but, if no preliminary had been held, only the Attorney General, or someone by his direction or that of the Court or the consent of the Court could prefer before the grand jury. The main change in the system was that prosecutors other than those aforementioned had to go through a preliminary inquiry and then could prefer before the grand jury, for offences: 1) for which the accused had been committed, if bound over to do so; 2) for which he had been discharged but only if the prosecuting person had requested to be bound over to prosecute same; 3) which were founded upon the facts disclosed on the depositions taken before the justice in the course of the preliminary inquiry.

As for speedy trials, (roughly today's trials before a judge of Part XVI) the charging process was governed by the following sections: 765, 767 and 773, ss. 767(2) and 773 being those relevant to this appeal:

767. ...

2. If the prisoner demands a trial by jury the judge shall remand him to gaol; but if he consents to be tried by the judge without a jury the county solicitor, clerk of the peace or other prosecuting officer shall prefer the charge against him for which he has been committed for trial, and if, upon being arraigned upon the charge, the prisoner pleads guilty, the prosecuting officer shall draw upon a record as nearly as may be in one of the forms MM or NN in schedule one to this Act, such plea shall be entered on the record, and the judge shall pass the sentence of the law on such prisoner, which shall have the same force and effect as if passed by any court having jurisdiction to try the offence in the ordinary way.

773. The county attorney or clerk of the peace or other prosecuting officer may, with the consent of the judge, prefer against the prisoner a charge or charges for any offence or offences for which he may be tried under the provisions of this part other than the charge or

4. Sauf tel que susdit, aucun acte d'accusation, après l'entrée en vigueur du présent acte, ne sera présenté dans aucune province du Canada.

La présentation d'un acte d'accusation pouvait se faire avec ou sans enquête préliminaire sur l'affaire, mais, en l'absence d'enquête préliminaire, seul le procureur général ou quelqu'un agissant sur son ordre ou celui de la cour ou avec le consentement de la cour pouvait présenter un acte d'accusation devant le grand jury. Le principal changement apporté au système était que les poursuivants autres que ceux susmentionnés devaient passer par l'étape de l'enquête préliminaire et pouvaient alors présenter un acte d'accusation devant le grand jury concernant: 1) les infractions pour lesquelles l'accusé avait été renvoyé à son procès, si le poursuivant s'était engagé à poursuivre; 2) les infractions à l'égard desquelles il avait été libéré, mais seulement si le poursuivant avait demandé à souscrire l'engagement d'intenter des poursuites à leur égard; 3) les infractions fondées sur les faits révélés devant le juge de paix à l'enquête préliminaire.

Pour ce qui est des procès expéditifs (qui correspondent à peu près aux procès qui se tiennent, de nos jours, devant un juge selon la partie XVI), le processus d'accusation était régi par les art. 765, 767 et 773. Les dispositions qui nous intéressent en l'espèce sont le par. 767(2) et l'art. 773 :

767. ...

2. Si le prévenu demande un procès par jury, le juge le renverra en prison; mais s'il consent à subir son procès devant le juge sans l'intervention d'un jury, l'avocat de comté, le greffier de la paix ou tout autre officier poursuivant portera contre lui l'accusation pour laquelle il a été incarcéré en attendant son procès; et si, après avoir été interpellé au sujet de l'accusation, le prévenu plaide «coupable», l'officier poursuivant fera la grosse des procédures d'après l'une des formules, autant que possible, MM ou NN de la première annexe du présent acte; ce plaidoyer sera consigné au dossier, et le juge prononcera telle sentence que de droit contre le prévenu, laquelle sentence aura la même force et le même effet que si elle eût été prononcée par toute cour autorisée à juger l'infraction de la manière ordinaire.

773. L'avocat de comté ou le greffier de la paix, ou tout officier poursuivant, pourra, du consentement du juge, porter contre le prévenu une ou des accusations pour toute ou toutes infractions à l'égard desquelles il pourrait subir son procès en vertu des dispositions de la

charges for which he has been committed to gaol for trial, although such charge or charges do not appear or are not mentioned in the depositions upon which the prisoner was so committed.

(Emphasis added.)

We need not here consider summary trials.

The *Code* of 1892 was setting up a new system whereby the normal process was the holding of a preliminary before a justice or a magistrate.

Generally speaking, by-passing the grand jury, (though theoretically possible through criminal informations) occurred only when and as a result of an accused consenting to be tried for certain indictable offences under Part LIV (speedy trials).

By-passing the preliminary inquiry required the Attorney General's direction or consent or that of the court. But, of importance, once a preliminary had been held, except for speedy trials, binding over was sufficient to overcome the effect of a judge's discharge. Furthermore, as for offences not charged but revealed by the evidence adduced at the preliminary the rule did not even require committal. Committal would seem to be a restriction for speedy trials, but is only the result of the nature of that process. Speedy trials could only be offered to those who were going to be tried, and committal was not referred to in the governing sections as a restriction but mentioned as an inevitable prerequisite. The letter of the ancestor section to today's s. 496 would appear at first sight to be giving a much wider charging power. But it did not, as a matter of practice operate in that way and was quite in line with the rule for jury trials. Indeed, the judge when consenting to additional charges was expected to exercise his discretion in a way that would protect the accused who had consented to the process and relinquished his right to

présente partie, autres que l'infraction ou les infractions pour laquelle ou lesquelles il a été incarcéré en attendant son procès, bien que cette accusation ou ces accusations ne paraissent pas ou ne soient pas mentionnées dans les dépositions à la suite desquelles le prévenu a été ainsi incarcéré.

(C'est moi qui souligne.)

Nous n'avons pas à nous arrêter aux procès sommaires.

Le *Code* de 1892 établissait un nouveau système dans lequel la façon normale de procéder était de tenir une enquête préliminaire devant un juge de paix ou un magistrat.

De façon générale, l'élimination de l'étape du grand jury (même si en théorie, elle était possible par le biais des dénonciations dites *criminal informations*) n'avait lieu que si l'accusé consentait ou avait consenti à être jugé pour certains actes criminels en application de la partie LIV (procès expéditifs).

L'élimination de l'enquête préliminaire exigeait un ordre du procureur général ou son consentement ou celui du tribunal. Mais ce qui importe c'est qu'une fois qu'il y avait eu enquête préliminaire, sauf pour les procès expéditifs, l'engagement à poursuivre était suffisant pour enlever tout effet à la libération du prévenu par le juge. De plus, pour ce qui est des infractions révélées par la preuve soumise à l'enquête préliminaire mais qui n'avaient pas fait l'objet d'une accusation, la règle n'exigeait même pas qu'il y ait renvoi au procès. Le renvoi au procès semblerait constituer une restriction dans le cas des procès expéditifs, mais il n'est que le résultat de la nature même de ce processus. Les procès expéditifs ne pouvaient être offerts qu'à ceux qui devaient être jugés et le renvoi au procès était mentionné, dans les articles applicables, non pas comme une restriction, mais comme une condition préalable à laquelle on ne pouvait se soustraire. Le texte de l'article à l'origine de l'art. 496 actuel semble à première vue accorder un pouvoir beaucoup plus étendu de porter des accusations. Cependant, il n'avait pas, à toutes fins pratiques, cette portée et il était tout à fait compatible avec la règle applicable aux procès par jury. En réalité, on s'attendait à ce qu'en



a jury trial on the charge for which he had been committed.

Comments in *Tremear's Criminal Code* (2nd ed., 1908), on s. 834, the successor to s. 773 of the *Code* of 1892, support this view. At pages 668-69:

*Preferring another charge.*—Notwithstanding the provisions of sec. 834, a judge should not, against the wish of a prisoner, give his consent, at the trial before him, under the speedy trials clauses without a jury, to any other charge being preferred than that upon which the prisoner was committed for trial, unless it is clear that, while it may be more formally or differently expressed, it is substantially the same charge as the one on which he was committed for trial. *R. v. Carriere* (1902), 6 Can. Cr. Cas. 5, 14 Man. R. 52.

In order to have the right to prefer such other charge, the prisoner must have been committed or admitted to bail and subsequently placed and held in custody, on the charge of having committed an indictable offence, for which he had the right to demand a speedy trial without a jury, he must have been brought and must be legally before the judge of sessions, he must have consented to waive his right to a trial by jury and have consented to take a speedy trial without one. The object of this provision is to permit, during the course of a speedy trial, the prosecuting officer to prefer the same charge in another form, to substitute a charge for an attempt to commit an offence when the charge is for the complete commission of the offence, or to substitute a charge for the commission of an offence which is a lesser one than the offence for which the prisoner was committed for trial, but which is included in its commission, even though it should not be stated as described in the depositions. The other charge must not be a totally distinct charge nor be wholly disconnected with the charge for which the committal or the admission to bail for trial was made. It must be cognate to the one for which the prisoner was committed or bailed. *R. v. Wener* (1903), 6 Can. Cr. Cas. 406 (Qué.). When the charge has been drawn without sufficient accuracy, a proper and appropriate charge may be substituted and preferred. This gives a reasonable application to the provisions contained in sec. 834, which must preclude

consentant à la présentation d'autres chefs d'accusation, le juge exerce son pouvoir discrétionnaire de manière à protéger l'accusé qui avait consenti à cette façon de procéder et abandonné son droit à un procès par jury sur les chefs d'accusation pour lesquels il avait été renvoyé à son procès.

Les observations que l'on trouve dans *Tremear's Criminal Code* (2<sup>e</sup> éd., 1908), à propos de l'art. 834 qui a remplacé l'art. 773 du *Code* de 1892, vont dans le même sens. On lit ce qui suit, aux pp. 668 et 669.

[TRADUCTION] *Présentation d'une autre accusation.*—Nonobstant les dispositions de l'art. 834, un juge ne devrait pas, contre le gré du détenu, consentir, au procès tenu devant lui, en vertu des dispositions relatives aux procès expéditifs sans jury, à la présentation d'aucune autre accusation que celles pour lesquelles le détenu a été renvoyé à son procès, à moins qu'il ne soit clair que, même si elle est formulée différemment ou plus explicitement, il s'agit essentiellement de la même accusation que celle pour laquelle il a été renvoyé à son procès. *R. v. Carrière* (1902), 6 Can. Cr. Cas. 5, 14 Man. R. 52.

Pour avoir le droit de présenter une telle autre accusation, le détenu doit avoir été renvoyé à son procès ou avoir obtenu une mise en liberté sous caution et avoir été par la suite placé sous garde ou détenu sous l'accusation d'avoir commis un acte criminel pour lequel il avait le droit de demander un procès expéditif sans jury; il doit avoir été amené devant le juge des sessions et y être conformément au droit; il doit avoir consenti à renoncer à son droit à un procès par jury et à subir un procès expéditif sans jury. Le but de cette disposition est de permettre, pendant un procès expéditif, au représentant de la poursuite de présenter la même accusation sous une autre forme, de substituer l'accusation d'avoir tenté de commettre une infraction à celle d'avoir commis l'infraction elle-même ou de substituer une accusation d'avoir commis une infraction de gravité moindre que celle pour laquelle le détenu a été renvoyé à son procès, mais qui est comprise dans la première, même s'il n'est pas nécessaire qu'elle soit énoncée de la même manière que dans les témoignages. L'accusation substituée ne doit être ni totalement distincte ni totalement indépendante de celle pour laquelle il y a eu renvoi au procès ou mise en liberté sous caution. Elle doit être apparentée à celle pour laquelle le détenu a été renvoyé à son procès ou mis en liberté sous caution. *R. v. Wener* (1903), 6 Can. Cr. Cas. 406 (Qué.). Lorsque le texte de l'acte d'accusation manque de précision, il est possible d'y substituer et de présenter une accusation adéquate et

any other interpretation. *Regina v. Lonar*, 25 N.S.R., p. 124; *Regina v. Smith*, 25 N.S.R., p. 138, and *Regina v. Morgan*, 2 B.C.R., p. 829. The prisoner need not necessarily be tried for an offence in the language of the commitment or of the recognizance, but he may be tried on any form of charge in which the offence can properly be described, although not so mentioned in the depositions. *R. v. Wener* (1903), 6 Can. Cr. Cas. 406; *Cornwall v. Regina*, 33 U.C.Q.B. 119.

In case of a substitution of another charge for which the law permits a heavier punishment the prisoner's consent should be distinctly obtained, not to the substitution, but to the waiving of the right of trial by jury. *Goodman v. R.* (1883), 3 Ont. R. 18.

Where a man consents to waive his right to a jury, and to be tried summarily by the judge on a charge which on its face would only warrant an imprisonment for less than a year, he ought not by any implication to be held as assenting to waive such right as to any charge that the law may allow to be substituted therefor which might render him liable to a larger punishment, and his assent to be summarily tried on the substituted charge should be obtained and recorded. *Ibid.*

The consent of the judge must be obtained before the "other charge" is preferred. *R. v. Cohon*, 6 Can. Cr. Cas. 386 (N.S.).

After a committal for trial at the instance of the Crown upon a charge of manslaughter and arraignment thereon under the speedy trials clauses and election of the accused for speedy trial without a jury, the proceedings in the county court judge's criminal court will not be stayed at the instance of the Crown to enable a charge of murder to be substituted. *The King v. Telford*, 8 Can. Cr. Cas. 223.

After an election for speedy trial without a jury, leave should not be granted to add other charges substantially different from those upon which his election was made, unless the accused is willing to elect speedy trial in respect also of such additional charges. *R. v. Douglas* (1906), 12 Can. Cr. Cas. 120 (Man.).

The grand jury system was generally awkward and unfair to victims or other informants who had initiated a prosecution and were bound over. Awk-

régulière. Cela donne une portée raisonnable aux dispositions de l'art. 834, qui ne sauraient permettre aucune autre interprétation. Voir *Regina v. Lonar*, 25 N.S.R., p. 124; *Regina v. Smith*, 25 N.S.R., p. 138 et *Regina v. Morgan*, 2 B.C.R., p. 829. Le détenu ne doit pas nécessairement être jugé pour une infraction dans les mêmes termes que la promesse ou l'engagement, mais il peut être jugé sous toute forme d'accusation dans laquelle l'infraction peut être bien décrite même si elle n'est pas ainsi formulée dans les dépositions. *R. v. Wener* (1903), 6 Can. Cr. Cas. 406; *Cornwall v. Regina*, 33 U.C.Q.B. 119.

Dans le cas de la substitution d'une autre accusation pour laquelle la loi autorise une peine plus sévère, il faut obtenir le consentement exprès du détenu non pas à la substitution, mais à la renonciation au droit à un procès par jury. *Goodman v. R.* (1883), 3 Ont. R. 18.

Lorsqu'une personne consent à renoncer à son droit à un jury et à être jugée de façon sommaire par le juge relativement à une accusation pour laquelle elle est manifestement passible de moins d'une année d'emprisonnement, il ne faut pas présumer qu'elle a consenti à renoncer à ce droit à l'égard de toute accusation que la loi peut permettre de substituer à la première et qui la rendrait passible d'une peine plus sévère, et il faut obtenir et inscrire son consentement à être jugée de façon sommaire relativement à la nouvelle accusation. *Ibid.*

Il faut obtenir le consentement du juge avant de présenter «l'autre accusation». *R. v. Cohon*, 6 Can. Cr. Cas. 386 (N.-É.)

Après le renvoi au procès à la demande de la poursuite relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable, et interpellation quant à cette accusation en vertu des dispositions relatives aux procès expéditifs, après le choix par l'accusé d'un procès expéditif sans jury, les procédures devant le juge de la cour de comté de juridiction criminelle ne seront pas suspendues à la demande de la poursuite pour permettre la substitution d'une accusation de meurtre. *The King v. Telford*, 8 Can. Cr. Cas. 223.

Après le choix de procès expéditif sans jury, on ne doit pas autoriser l'ajout d'autres chefs d'accusation substantiellement différents de ceux sur lesquels a porté le choix, à moins que l'accusé ne consente à choisir un procès expéditif à l'égard également de ces accusations additionnelles. *R. v. Douglas* (1906), 12 Can. Cr. Cas. 120 (Man.).

Le système de grand jury était, dans l'ensemble, peu commode et injuste pour les victimes ou pour les autres dénonciateurs qui avaient intenté des

ward because public officers interested in the prosecution of crime had to either get a consent from the Attorney General or the Court, or lay an information. Unfair to them because, when laying an information before a justice, they were considered as being on the same footing as a private informant, were subject to being bound over and personally risk the consequences of a grand jury not finding a true bill or the consequences of an acquittal subsequent to a true bill. (See *R. v. St. Louis* (1897), 1 C.C.C. 141). Furthermore, it was unfair to the victims of crimes who prosecuted: "The fact that the attorney-general and the Crown prosecutors take charge of a case when it is transmitted to the proper Court and it is a public one and therefore submit the indictment to the Grand Jury and conduct the case before the Petit Jury, does not relieve the prosecutor from his liability to pay such costs on the happening of any of the events just enumerated." (See *R. v. St. Louis, supra, per* Wurtele J., at p. 147). Added to that was the fact that "The preferring of an indictment by an agent of the Attorney-General acting under a general appointment to attend to all criminal cases at a session of the Court without having obtained the special direction of the Attorney-General or an order or consent under *Cr. Code*, sec. 641, is not a compliance with *Cr. Code*, sec. 641, requiring the indictment to be preferred by the person bound over by recognizance to prefer the same, and, if the latter fails to appear, the indictment should be quashed." (The summary of the decision of Weatherbe J., Graham E.J., and Henry J. in *R. v. Hamilton* (1898), 2 C.C.C. 178, (C.A.N.S.))

Parliament in 1900, one might assume in reaction to this latter decision of the Court of Appeal for Nova Scotia, amended s. 641 of the *Code* by enacting 63-64 Vict., c. 46, s. 641, which added a paragraph:

poursuites et s'étaient engagés à le faire. Il était peu commode parce que les officiers de justice chargés des poursuites en matière criminelle devaient soit obtenir le consentement du procureur général ou de la cour, soit déposer une dénonciation. Il était injuste pour eux parce que, lorsqu'ils déposaient une dénonciation devant un juge de paix, ils étaient traités sur le même pied qu'un dénonciateur privé, ils pouvaient être appelés à souscrire un engagement et ils s'exposaient personnellement aux conséquences d'une non-déclaration d'acte d'accusation par un grand jury ou à celles d'un acquittement suite à une déclaration d'acte d'accusation (*finding an indictment*). (Voir *R. v. St. Louis* (1897), 1 C.C.C. 141). De plus, le système était injuste pour les victimes qui intentaient des poursuites: [TRADUCTION] «Le fait que le procureur général et ses substituts prennent en charge un dossier lorsqu'il est confié à la cour compétente et qu'il s'agisse d'une poursuite publique, et qu'en conséquence ils soumettent l'acte d'accusation à un grand jury et poursuivent l'affaire devant le petit jury, ne dégage pas le poursuivant de sa responsabilité de payer ces frais si l'un des événements que je viens d'énumérer se produit.» (Voir *R. v. St. Louis*, précité, motifs du juge Wurtele, à la p. 147). De plus, il y avait le fait que [TRADUCTION] «La présentation d'un acte d'accusation par un représentant du procureur général en vertu d'une désignation générale l'autorisant à s'occuper de toutes les causes criminelles à une session de la cour sans que lui ait été donné un ordre spécial du procureur général ou un ordre ou un consentement en vertu de l'art. 641 du *Code criminel*, n'est pas conforme à l'art. 641 du *Code criminel* qui exige que l'acte d'accusation soit présenté par la personne qui s'est engagée à le présenter, et si cette personne ne comparait pas, l'acte d'accusation doit être annulé.» (Résumé de la décision des juges Weatherbe, Graham et Henry dans l'arrêt *R. v. Hamilton* (1898), 2 C.C.C. 178 (C.A.N.-É.))

On pourrait supposer que c'est pour répondre à ce dernier arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse que le Parlement a, en 1900, modifié l'art. 641 du *Code* en adoptant l'art. 641, 63-64 Vict., chap. 46, qui ajoute le paragraphe suivant:

641. ...

2. The counsel acting on behalf of the Crown at any court of criminal jurisdiction may prefer against any person who has been committed for trial at such court a bill of indictment for the charge on which the accused has been so committed or for any charge founded on the facts or evidence disclosed in the depositions taken before the justice.

Crown counsel could therefore prefer the indictment in the stead of the person bound over or, more important, when no one was bound over following the committal. There was however a limitation, the requirement that there had to be a committal. In the case of a discharge, only the person bound over at his request could prefer the indictment, save of course a specific preferment under s. 641(3).

To summarize one sees that, by 1900, under the grand jury system the holding of a preliminary inquiry resulting in a committal was the rule and could be avoided or a discharge subsequent thereto could be overlooked only subject to either the control of the courts or to personal accountability on the part of a private citizen being open to forfeiture of his security, the payment of costs and even damages, or subject to control by the Attorney General. But on the other hand, once a preliminary had resulted in a committal, the system was lax as to what charges could be preferred, the only prerequisite (even for speedy trials as a matter of judicial practice) being that it be for a charge "founded on the facts or evidence disclosed in the depositions".

The Revised Statutes of Canada of 1906 brought no change to the system, save a rearrangement and renumbering of the relevant sections. But in 1907, by the enactment of s. 873A (6 & 7 Ed. VII, c. 8) there was introduced for the first time as an exception for the provinces of Saskatchewan and Alberta what has now become the system for all provinces save Nova Scotia.

873A. In the provinces of Saskatchewan and Alberta, it shall not be necessary to prefer any bill of indictment

641. ...

2. Le conseil de la couronne, devant une cour de juridiction criminelle, peut présenter un acte d'accusation contre la personne renvoyée en prison, en attendant son procès devant cette cour, pour le fait à elle imputé, ou pour toute imputation basée sur les faits dévoilés ou la preuve faite devant le juge de paix.

Le substitut du procureur général pouvait donc présenter l'acte d'accusation à la place de la personne qui s'était engagée à le faire ou, ce qui est plus important, si personne ne s'était engagé à le faire après le renvoi au procès. Il y avait cependant une restriction: il devait y avoir renvoi au procès. Si le prévenu était libéré, seule la personne qui, à sa demande, s'était engagée à présenter l'acte d'accusation pouvait le faire, sauf bien sûr dans le cas d'une présentation spéciale d'un acte d'accusation en application du par. 641(3).

En résumé, on constate que, dès 1900, sous le système du grand jury, la tenue d'une enquête préliminaire qui aboutissait à un renvoi au procès était la règle et qu'on pouvait l'éviter ou ne pas tenir compte d'une libération qui en découlait uniquement sous réserve du contrôle judiciaire ou de la responsabilité personnelle d'un particulier qui s'exposait à la confiscation de son cautionnement et à être condamné à payer des dépens et même des dommages-intérêts, ou sous réserve du contrôle du procureur général. D'autre part, dans le cas où une enquête préliminaire avait résulté en un renvoi au procès, le système était imprécis quant aux accusations qu'on pouvait présenter, la seule condition préalable (même pour les procès expéditifs, d'après la pratique judiciaire) étant que l'accusation «soit fondée sur les faits ou les éléments de preuve révélés dans les dépositions».

Les Statuts révisés du Canada de 1906 n'ont apporté aucun changement au système, si ce n'est le réaménagement et la renumérotation des articles pertinents. Mais en 1907, par l'adoption de l'art. 873A (6 & 7 Ed. VII, chap. 8), on a institué, à titre d'exception pour les provinces de la Saskatchewan et de l'Alberta, ce qui est devenu depuis le système applicable à toutes les provinces sauf la Nouvelle-Écosse.

873A. Dans les provinces de la Saskatchewan et d'Alberta, il n'est pas nécessaire de porter un acte d'accusa-

before a grand jury, but it shall be sufficient that the trial of any person charged with a criminal offence be commenced by a formal charge in writing setting forth as in an indictment the offence with which he is charged.

2. Such charge may be preferred by the Attorney General or an agent of the Attorney General, or by any person with the written consent of the judge of the court or of the Attorney General, or by order of the court.

This was at the time an exceptional mode of prosecution. There needed not be any preferment before a grand jury. These two new provinces had already known the system as having been part of the Northwest Territories where there was no grand jury. Preliminary inquiries were held but this was not always the rule, as appears from the remarks of Johnstone J. then of the Supreme Court of Saskatchewan, sitting *en banc* in 1909 in the case of *R. v. Duff (No. 2)* (1909), 15 C.C.C. 454, where he said, at p. 465:

It has been of common occurrence in this Province in the past, and in the Territories forming the Provinces of Saskatchewan and Alberta for years before the foundation of these Provinces, to commence the prosecution of persons for criminal offences without first having had a preliminary hearing before a justice of the peace.

The list of persons at s. 873A does not include "counsel acting on behalf of the Crown". The persons therein listed are practically the same persons, when adding to them the agents of the attorneys general, that could by-pass the holding of a preliminary inquiry or a discharge.

Nevertheless, following the introduction of s. 873A into the *Code* there was great uncertainty as to whether a preliminary could be by-passed in view of the fact that there was no grand jury. In 1910, this Court, Idington J. dissenting, on a reference *Re Criminal Code* (1910), 43 S.C.R. 434, found in the affirmative. Every judge clearly states in his reasons that the finding, because made on a reference, was not binding and that furthermore the Court had not had the benefit of adversarial argument. Idington J. predicated his dissent essen-

tion devant un grand jury, mais il suffit que le procès de toute personne accusée d'une infraction criminelle soit commencé par une accusation formelle par écrit qui énonce, de même que dans un acte d'accusation, l'infraction dont la personne est accusée.

2. Cette accusation peut être portée soit par le procureur général, soit par un de ses agents, soit par toute personne du consentement par écrit du juge de la cour ou du procureur général, soit d'après l'ordre de la cour.

C'était à l'époque, un mode exceptionnel de poursuite. Il n'était pas nécessaire de présenter d'acte d'accusation devant un grand jury. Ces deux nouvelles provinces avaient déjà connu ce système étant donné qu'elles avaient fait partie des territoires du Nord-Ouest où il n'y avait pas de grand jury. Des enquêtes préliminaires étaient tenues, mais ce n'était pas toujours la règle comme on peut le constater dans les observations du juge Johnstone, à l'époque juge à la Cour suprême de la Saskatchewan, siégeant «en banc» en 1909 dans l'affaire *R. v. Duff (No. 2)* (1909), 15 C.C.C. 454, où il affirme à la p. 465:

[TRADUCTION] Il est arrivé souvent, par le passé, dans cette province et dans les territoires qui constituaient les provinces de la Saskatchewan et de l'Alberta pendant les années qui ont précédé la création de ces provinces, que l'on amorce des poursuites contre des personnes accusées d'infractions criminelles sans d'abord tenir une enquête préliminaire devant un juge de paix.

La liste des personnes mentionnées à l'art. 873A n'inclut pas «un avocat agissant au nom de Sa Majesté». Les personnes qui y sont mentionnées sont presque les mêmes personnes, en y ajoutant les représentants du procureur général, qui pouvaient passer outre à la tenue d'une enquête préliminaire ou ne pas tenir compte d'une libération de l'accusé.

Néanmoins, suite à l'ajout au *Code* de l'art. 873A, il y a eu beaucoup d'incertitude quant à savoir s'il était possible de passer outre à l'étape de l'enquête préliminaire compte tenu du fait qu'il n'y avait pas de grand jury. En 1910, cette Cour, le juge Idington étant dissident, a conclu par l'affirmative dans le renvoi *Re Criminal Code* (1910), 43 R.C.S. 434. Chacun des juges affirme clairement dans ses motifs que, parce qu'il s'agit d'un renvoi, la conclusion ne lie personne et que, de plus, la Cour n'a pas bénéficié d'un débat contra-

tially on two arguments: first, that as regards s. 873A, there was open to the Court two interpretations, one of which permitting to read into that section the requirement for a preliminary inquiry. This is what I understand from his remarks, at p. 450:

It seems to me the question cannot be answered as if beyond doubt, and when answered here and thus *ex parte* can bind no one.

But I am quite sure of one thing relative to the administration of justice, and that is that no one entrusted therewith or any part thereof should ever jeopardize or prejudice by the adoption of a doubtful course of procedure, when a safer one was at hand, either the administration of justice or the standing, reputation or freedom of another for a single hour.

I therefore answer the first question, 'yes,' and each of the others, 'no.'

His other argument was more textual. It seized onto the words of s. 873A "the trial of any person charged with a criminal offence be commenced by a formal charge". His reasoning went as follows, at pp. 448-49:

With some changes in 1869 the law stood as above indicated till the Criminal Code was enacted in 1892.

Section 641 thereof expressly prohibited indictments being preferred unless there had been the preliminary examination followed by a prosecutor being bound over or a committal; or the Attorney-General or any one by his direction or a judge permitted.

This was again amended by 63 & 64 Vict. ch. 46, and again by the Revised Statutes of Canada and stood as it now stands in the Criminal Code sections 870 to 873 inclusive.

These sections are plain. They require, except in specified cases left to the discretion of an Attorney-General or a judge of a court of record or of criminal jurisdiction, preliminary proceedings.

The amendment section 873(a) does not in the slightest degree imply any intention to repeal them beyond the obvious necessity arising from the substitution of the officers above named for the discharge of the functions of the grand jury relative to placing a man on his trial.

dictoire. Le juge Idington fonde sa dissidence essentiellement sur deux arguments. D'abord pour ce qui est de l'art. 873A, il était possible à la Cour de lui donner deux interprétations, dont l'une permet de voir dans l'article l'obligation de tenir une enquête préliminaire. C'est ainsi que j'interprète ses observations à la p. 450:

[TRADUCTION] Il me semble qu'on ne peut répondre à la question avec certitude et qu'en y répondant ainsi sur requête *ex parte*, la réponse ne peut lier personne.

Mais il y a, à propos de l'administration de la justice, une chose dont je suis tout à fait certain, c'est que celui qui en est chargé à quelque titre que ce soit ne devrait jamais, par l'adoption d'un moyen de procédure douteux, quand il en existe un plus sûr, mettre en danger l'administration de la justice ou la qualité pour ester en justice, la réputation ou la liberté d'une autre personne pendant un seul moment.

Je répondrai donc «oui» à la première question et «non» à chacune des autres.

L'autre argument du juge est davantage fondé sur le texte. Il se rattache aux mots de l'art. 873A «le procès de toute personne accusée d'une infraction criminelle soit commencé par une accusation formelle». Voici son raisonnement, aux pp. 448 et 449:

[TRADUCTION] Sauf pour quelques changements survenus en 1869, le droit est resté tel que décrit plus haut jusqu'à l'adoption du Code criminel en 1892.

L'article 641 du Code interdisait expressément la présentation d'actes d'accusation à moins qu'il n'y ait eu une enquête préliminaire suivie de l'engagement d'un poursuivant ou d'un renvoi au procès, ou à moins que le procureur général, quelqu'un agissant sur son ordre ou un juge n'ait autorisé leur présentation.

Cette disposition a été de nouveau modifiée par 63 & 64 Vict., chap. 46, et par les Statuts révisés du Canada et elle est restée comme on la trouve maintenant dans le Code criminel aux articles 870 à 873 inclusivement.

Ces articles sont clairs. Sauf dans certains cas laissés à la discrétion du procureur général ou à celle d'un juge d'une cour d'archives ou de juridiction criminelle, ils exigent la tenue d'enquêtes préliminaires.

La modification apportée par l'article 873(a) ne sous-tend aucunement l'intention de les abroger au delà de ce qui est manifestement nécessaire en raison de la substitution des officiers précités au grand jury pour ce qui est du renvoi d'une personne à son procès.

It deals only with the case of "the trial of any person charged with a criminal offence." How charged? Is it confined to those who have been judicially so charged, by virtue of the provisions of the law for committing the accused for trial?

How can it mean aught else? The word "charged" is the apt one to designate a person accused and in charge. Doubtless it has another meaning but it may well be argued that it is in this restricted sense that the Act applies it.

(Emphasis added.)

The majority's view was that the system those Territories had known prior to their becoming provinces would continue. Though they did not expressly say so one might assume that they felt that the fact those Territories had become provinces did not change the need for an exceptional mode of prosecution in that part of the country. Also, they said that the text of s. 873A was clear, unambiguous and expressed clearly what Parliament had intended. But the Court so insisted on the fact that the decision was in no way binding that I cannot but think that the uncertainty the reference was intended to dispel remained. Nevertheless, Parliament did not speak out on that aspect of the matter till 1953. In the meantime however, by amendments in 1909, 1925 and in 1943, the charging power in the case of speedy trials was gradually modified.

By 1944 the *Criminal Code* provided:  
827. . . .

2. If the prisoner has been brought before the prosecuting officer, and consents to be tried by the judge, without a jury, the trial shall proceed on the day named by the judge in the manner provided by the next following subsection.

(3) In such case or if the prisoner has been brought before the judge and consents to be tried by him without a jury, the prosecuting officer shall prefer a formal statement in writing, setting forth as separate counts therein the charge or charges against him for which he has been committed for trial and any charge or charges founded on the facts or evidence disclosed in the depositions and any charge or charges preferred against him pursuant to the provisions of section eight hundred and thirty-four.

Elle vise uniquement le cas du «procès de toute personne accusée d'une infraction criminelle». Accusée de quelle façon? Se limite-t-elle aux personnes qui ont été ainsi accusées en justice, en vertu des dispositions du droit relatives au renvoi d'un accusé à son procès?

Comment peut-elle signifier autre chose? Le mot «accusé» est le mot approprié pour désigner une personne mise en accusation. Il a sans doute un autre sens, mais on peut bien soutenir que c'est ce sens restreint qu'il a dans la Loi.

(C'est moi qui souligne.)

La Cour à la majorité a estimé que le régime en vigueur dans ces territoires avant qu'ils ne deviennent des provinces continuait de s'appliquer. Bien que les juges ne l'aient pas dit expressément, on pourrait présumer qu'ils ont estimé que le fait que ces territoires étaient devenus des provinces ne changeait rien à la nécessité d'un mode exceptionnel de poursuite dans cette partie du pays. Ils ont aussi affirmé que le texte de l'art. 873A était clair et précis et qu'il exprimait clairement l'intention du Parlement. Mais la Cour a tellement insisté sur le fait que la décision ne liait personne que je ne puis m'empêcher de penser que l'incertitude que le renvoi visait à écarter est demeurée. Néanmoins, le Parlement ne s'est pas prononcé sur cet aspect de la question avant 1953. Entre temps cependant, par des modifications apportées en 1909, 1925 et 1943, le pouvoir de présenter des accusations dans le cas de procès expéditifs a été progressivement transformé.

Dès 1944, le *Code criminel* prévoyait ce qui suit:  
827. . . .

2. Si le prisonnier a été amené devant le fonctionnaire poursuivant, et consent à subir son procès devant un juge, sans l'intervention d'un jury, le procès se poursuit au jour fixé par le juge en la manière prévue par le paragraphe qui suit.

(3) En pareil cas, ou si le prisonnier a été amené devant le juge et consent à subir son procès devant lui sans jury, le fonctionnaire poursuivant émet une déclaration formelle par écrit, énonçant comme chefs d'accusation distincts l'accusation ou les accusations pour lesquelles il a été incarcéré en attendant le procès et toute ou toutes accusations fondées sur les faits ou la preuve révélés dans les dépositions et toute ou toutes accusations portées contre lui en conformité des dispositions de l'article huit cent trente-quatre.

834. The prosecuting officer may, with the consent of the judge, prefer against the prisoner a charge for any offence for which he may be tried under the provisions of this Part other than the charge for which he has been committed to jail for trial or bound over, although such charge does not appear or is not mentioned in the depositions upon which the prisoner was committed or is for a wholly distinct and unconnected offence: Provided that the prisoner shall not be tried under this Part or upon any such additional charge unless with his consent obtained as hereinbefore provided.

2. Any such charge may thereupon be dealt with, prosecuted and disposed of, and the prisoner may be remanded, held for trial or admitted to bail thereon, in all respects as if such charge had been the one upon which the prisoner was committed for trial.

Following a committal, no longer was the judge's and the accused's consent required as regards offences revealed at the preliminary. The criterion of the case law for the judge giving his consent had been enacted. By 1944, the special intervention, consent or direction of the attorney general or his agent or of the court was only required to by-pass a preliminary or to overcome a discharge so as to go directly to trial with a jury in petit jury provinces or to the grand jury in others. If a preliminary had been held and resulted in a committal "a prosecuting officer" could, in speedy trials, charge additionally or in the stead of the offence the object of the committal for any offence revealed by the evidence. On the other hand, the powers of the agent of the Attorney General (as all others listed in today's s. 507(2)) were unlimited for jury trials but limited to those of a "prosecuting officer" in speedy trials: the offence charged had to be disclosed in the evidence taken at the preliminary. The limitation to the Attorney General's and his agent's wide powers to indict in the case of jury trials when charging in speedy trials is understandable in the light of two facts: the Attorney General could always avoid a speedy trial by ordering a trial by jury (see *R. v. King* (1956), 114 C.C.C. 125; that power recognized by the courts was eventually enacted by 1968-69 (Can.), c. 38,

834. Le fonctionnaire poursuivant, peut, du consentement du juge, porter contre le prévenu une accusation pour toute infraction à l'égard de laquelle il pourrait subir son procès en vertu des dispositions de la présente Partie, autre que l'infraction pour laquelle il a été incarcéré ou admis à caution en attendant son procès, bien que cette accusation ne paraisse pas ou ne soit pas mentionnée dans les dépositions à la suite desquelles le prévenu a été ainsi incarcéré, ou soit pour une infraction entièrement distincte ou indépendante; mais le prévenu ne peut être jugé sous le régime de la présente Partie, non plus que sur cette accusation nouvelle, sans son consentement, obtenu ainsi qu'il est plus haut prévu.

2. Cette accusation peut, sur ce, être traitée, poursuivie, et il en peut être disposé, et le prisonnier peut être remis en prison ou en dépôt, et détenu en attendant son procès, ou admis à caution sur cette accusation, à tous égards, comme si cette accusation était celle pour laquelle le prisonnier a été incarcéré pour subir son procès.

Après un renvoi au procès, il n'était plus nécessaire d'avoir le consentement du juge et celui de l'accusé quant aux infractions révélées au cours de l'enquête préliminaire. Le critère que la jurisprudence avait établi pour que le juge donne son consentement avait été consacré par la loi. En 1944, l'intervention spéciale, savoir le consentement ou l'ordre du procureur général, de son représentant ou de la cour, n'était requis que pour passer outre à l'étape de l'enquête préliminaire ou pour ne pas tenir compte d'une libération du prévenu de manière à passer directement au procès avec jury dans les provinces où le système de petit jury était en vigueur, ou au grand jury dans les autres provinces. Si une enquête préliminaire avait été tenue et avait abouti à un renvoi au procès, «un fonctionnaire poursuivant» pouvait, dans un procès expéditif, porter des accusations pour toute infraction révélée par la preuve en sus ou au lieu de l'infraction qui avait fait l'objet du renvoi au procès. D'autre part, les pouvoirs du représentant du procureur général (comme tous ceux qui sont mentionnés au par. 507(2) actuel) étaient illimités quant aux procès par jury, mais limités à ceux d'un «fonctionnaire poursuivant» quant aux procès expéditifs: la preuve présentée à l'enquête préliminaire devait révéler l'infraction visée dans l'accusation. La restriction aux pouvoirs étendus du procureur



s. 43, and is today s. 498 of the *Code*); furthermore, this was only fair to the accused, who has relinquished his right to a jury trial on the assumption that he would be tried for an offence related to the events that were investigated and disclosed to him at the preliminary inquiry.

In the new *Code* of 1953, Parliament modified the wording of the section, by then s. 489, and replaced the words "the trial of any person charged with a criminal offence" upon which Idington J. rested in part his dissenting views by the words "the trial of an accused".

489. (1) In the provinces of Quebec, Manitoba, Saskatchewan, Alberta and British Columbia and in the Yukon Territory and Northwest Territories it is not necessary to prefer a bill of indictment before a grand jury, but it is sufficient if the trial of an accused is commenced by an indictment in writing setting forth the offence with which he is charged.

(2) An indictment under subsection (1) may be preferred by the Attorney General or his agent, by the Deputy Attorney General, or by any person with the written consent of a judge of the court or of the Attorney General or, in any province to which this section applies, by order of the court.

By then other provinces, namely Quebec, Manitoba and British Columbia, that had formerly been grand jury provinces, had joined Saskatchewan and Alberta in a non grand jury system. The considerations that could explain and justify for Alberta and Saskatchewan such an exceptional system at the outset were no longer valid for those two provinces and in any event could surely not be invoked as regards these newcomers. Yet Parliament did not speak out, except to take out of the *Code* most of the footing of the argument of Idington J. Curiously, Parliament specifically abrogated in 1953 what had since long disappeared, the laying of criminal informations. Yet,

général et de son représentant de porter des accusations dans des procès par jury appliquée à la présentation d'accusations dans des procès expéditifs peut s'expliquer en fonction de deux faits: le procureur général pouvait toujours éviter le procès expéditif en ordonnant la tenue d'un procès par jury (voir *R. v. King* (1956), 114 C.C.C. 125; ce pouvoir, reconnu par les cours, a finalement été consacré à 1968-69 (Can.), chap. 38, art. 43 et se trouve aujourd'hui à l'art. 498 du *Code*); de plus ce n'était que juste pour l'accusé qui avait renoncé à son droit à un procès par jury en présumant qu'il serait jugé pour une infraction liée aux événements qui avaient fait l'objet d'une enquête et qui lui avait été divulgués à l'enquête préliminaire.

Dans le nouveau *Code* de 1953, le Parlement a modifié le texte de l'article, devenu l'art. 489, et a remplacé les mots «le procès de toute personne accusée d'une infraction criminelle» sur lesquels le juge Idington avait en partie fondé sa dissidence par les mots «le procès d'un prévenu».

489. (1) Dans les provinces de Québec, de Manitoba, de Saskatchewan, d'Alberta et de Colombie-Britannique ainsi que dans le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest, il n'est pas nécessaire d'intenter une accusation devant un grand jury, mais il suffit que le procès d'un prévenu commence par un acte d'accusation écrit énonçant l'infraction dont il est inculqué.

(2) Un acte d'accusation prévu par le paragraphe (1) peut être présenté par le procureur général ou son représentant, par le sous-procureur général, ou par toute personne avec le consentement écrit d'un juge de la cour ou du procureur général ou, dans une province à laquelle le présent article s'applique, par ordonnance de la cour.

À ce moment-là d'autres provinces, savoir le Québec, le Manitoba et la Colombie-Britannique qui avaient déjà connu le système de grand jury, ont rejoint la Saskatchewan et l'Alberta comme provinces où il n'y a pas de grand jury. Les considérations qui pouvaient initialement expliquer et justifier un système aussi exceptionnel pour l'Alberta et la Saskatchewan n'étaient plus valables pour ces deux provinces et, de toute façon, ne pouvaient certainement pas être invoquées pour ces nouvelles venues. Même là, le Parlement ne s'est pas prononcé, sauf pour retirer du *Code* presque tout le fondement de l'argument du juge Idington. Curieusement, le Parlement a expressé-

this is precisely for all practical purposes what could be done under s. 489, and even more so as it applied to all indictable offences and not only to misdemeanours as was the case for criminal informations. Be that as it may, I cannot read down, as suggested by appellant, the unambiguous language of s. 489 of the 1953 *Code* that Parliament could well have modified had it intended to express its disagreement with the views of the majority of this Court in *Re Criminal Code*.

At the time of the 1969 amendments, there was no restriction on the power enjoyed by those persons listed at today's s. 507(2) to indict directly in jury trials. Furthermore, the restriction to their powers to indict was only for trials before a judge of Part XVI, and, though requiring that a preliminary had been held, that there be a committal, and that the count be one related to offences disclosed in the evidence, clearly did not require that a preliminary have been held and a committal have ensued for each count found in the indictment.

#### The 1969 Amendments

But there was an anomaly. As I said, at the outset the exceptional mode of prosecuting instituted in 1907 had become the rule. Also, there was a controversy between the courts of various provinces as to whether, having chosen to proceed by resorting to a preliminary inquiry, an attorney general could under the section shortcircuit the process before the magistrate's decision, or overrule his discharge by indicting directly. (For a review of the case law on the point, see Culliton C.J.S. in *R. v. Sommerville* (1963), 40 C.R. 384). Even those courts acknowledging that the attorney general was so empowered expressed concern over the fact that it should exist and expressed the feeling that in any event that it should be only in exceptional circumstances that the attorney general disregard a finding of the judiciary resulting in

ment abrogé en 1953 ce qui avait disparu depuis longtemps, c'est-à-dire le dépôt de dénonciations dites *criminal informations*. Néanmoins à toutes fins pratiques, c'est précisément ce qu'on pouvait faire en vertu de l'art. 489 d'autant plus qu'il s'appliquait à tous les actes criminels et non seulement aux délits (*misdemeanours*) comme c'était le cas des dénonciations dites *criminal informations*. Quoiqu'il en soit, je ne puis interpréter de façon atténuée, comme le propose l'appelant, le langage clair de l'art. 489 du *Code* de 1953 que le Parlement aurait bien pu modifier s'il avait voulu exprimer son désaccord avec l'avis de la majorité de cette Cour dans *Re Criminal Code*.

Au moment des modifications apportées en 1969, il n'y avait pas de restriction au pouvoir que possédaient les personnes mentionnées au par. 507(2) actuel de porter directement des accusations dans des procès par jury. De plus, la limitation de leurs pouvoirs de porter des accusations ne s'appliquait qu'aux procès tenus devant un juge selon la partie XVI et, même si elle exigeait qu'il y ait eu enquête préliminaire, qu'il y ait eu renvoi au procès et que le chef d'accusation ait un rapport avec les infractions révélées par la preuve, elle n'exigeait manifestement pas qu'il y ait eu une enquête préliminaire ayant abouti à un renvoi au procès pour chacun des chefs d'accusation mentionnés dans l'acte d'accusation.

#### Les modifications de 1969

Il y avait cependant une anomalie. Comme je l'ai déjà dit au début, le mode exceptionnel de poursuite instauré en 1907 était devenu la règle. Les tribunaux de différentes provinces avaient exprimé des divergences sur la question de savoir si, après avoir choisi de procéder à une enquête préliminaire, un procureur général pouvait, en vertu de l'article, interrompre le processus avant la décision du magistrat ou ne pas tenir compte de la libération du prévenu en présentant directement un acte d'accusation. (Pour une étude de la jurisprudence sur ce point, voir les motifs du juge en chef Culliton de la Saskatchewan, dans l'arrêt *R. v. Sommerville* (1963), 40 C.R. 384). Même les tribunaux qui reconnaissaient que le procureur général avait ce pouvoir se sont dits inquiets de son existence et ont exprimé le sentiment que, de toute

a discharge, and indict notwithstanding. This was further aggravated by the fact that gradually most prosecutions were being handled by full time Crown attorneys who were usually agents of the attorney general and that the attorney general was more and more remote from the taking of such a delicate decision and that as a result his political accountability was not sufficiently being triggered. Furthermore, a review of the cases in the 1960's reveals conflicting attitudes from one province to another and in a few jurisdictions, what some might consider an abuse of the power by the Crown Attorneys acting as agents of the attorney general. (See, as illustrations, *R. v. Biernacki* (1962), 37 C.R. 226; *R. v. Beaudry*, [1967] 1 C.C.C. 272).

In 1969, Idington J.'s policy arguments, though not his conclusions, finally prevailed. I am referring to those expressed when he said, at pp. 449-50:

I am satisfied from the practice of such a thing, though possible in law, never having been attempted, it was of set purpose to bring about a definite preliminary examination, as the key-note of criminal prosecution save where an Attorney-General or judge directed otherwise.

The result was in the plainest possible case the hearing had to be repeated before a magistrate to ensure committal for trial.

The policy of the law that there should be a preliminary examination was thus clearly settled and so settled in order that on grounds of humanity and justice that examination might, as so often happens, enable one accused, without perhaps the slightest foundation, by cross-examination of his accusers or by his own explanations to dispel the false appearances against him and save him the pain and indignity of being improperly placed on his trial.

The differences between that and the system of placing a man on his trial without being given such opportunity is most radical. The tendency in the one method is towards a humane administration of justice and in the other towards the vicious reverse thereof.

(Emphasis added.)

façon, le procureur général ne devrait décider de ne pas tenir compte d'une décision judiciaire de libérer un prévenu et de porter quand même une accusation que dans des circonstances exceptionnelles. La situation était d'autant plus sérieuse que, de plus en plus, c'étaient des procureurs de la Couronne permanents, représentant habituellement le procureur général, qui s'occupaient des poursuites, que le procureur général était de plus en plus éloigné de la prise d'une décision aussi délicate et qu'en conséquence sa responsabilité politique n'était pas suffisamment engagée. De plus, une étude de la jurisprudence des années 60 révèle des attitudes contradictoires d'une province à l'autre et, dans certains cas, ce qu'on pourrait considérer comme un abus de pouvoir de la part des procureurs de la Couronne qui agissaient à titre de représentants du procureur général. (Voir, par exemple, *R. v. Biernacki* (1962), 37 C.R. 226; *R. v. Beaudry*, [1967] 1 C.C.C. 272).

En 1969, les arguments de principe du juge Idington, mais non sa conclusion, l'ont finalement emporté. Je parle de ceux qu'il exprime aux pp. 449 et 450 lorsqu'il affirme:

[TRADUCTION] Je suis convaincu, puisqu'une telle chose, bien que possible en droit, n'a jamais été tentée, qu'on avait la ferme intention d'établir une enquête préliminaire précise qui constituerait l'élément dominant des poursuites en matière criminelle sauf lorsque le procureur général ou un juge en ordonne autrement.

Il en est résulté que, dans les cas les plus simples, l'audition devait être reprise devant un magistrat pour assurer un renvoi au procès.

Le principe de droit portant qu'il doit y avoir enquête préliminaire a donc été clairement établi et ce, afin que pour des motifs d'humanité et de justice cette enquête permette, comme cela se produit souvent, à une personne accusée peut-être sans le moindre motif, soit par le contre-interrogatoire de ses accusateurs soit par ses propres explications, de dissiper les soupçons injustifiés qui pèsent contre elle et de lui épargner la souffrance et la honte d'être renvoyée à tort à son procès.

Les différences entre ce système et celui qui consiste à renvoyer une personne à son procès sans lui fournir cette possibilité sont de la première importance. L'une de ces méthodes tend vers une administration humaine de la justice et l'autre vers son contraire plein d'embûches.

(C'est moi qui souligne.)

His views were predicated, and with respect I should say rightly so, on the need to afford an accused a mechanism to “dispel the false appearances against him” and avoid a trial by ensuring that he be given an opportunity to cross-examine and be heard and offer his own evidence, and that a decision to deprive the accused of same or to override a justice’s discharge be taken by the Attorney General himself with full knowledge of the circumstances, a decision for which he would be politically accountable.

This is what in my view was enacted by Parliament by the addition of subs. (3) to s. 489:

489. ...

(3) Notwithstanding anything in this section, where

(a) a preliminary inquiry has not been held, or

(b) a preliminary inquiry has been held and the accused has been discharged,

an indictment under subsection (1) shall not be preferred except with the written consent of a judge of the court, or by the Attorney General.

The effect of this amendment is to put all those listed in s. 507(2), except the Attorney General (or save judicial intervention), as regards jury trials in the position they were already in when preferring charges before a judge of Part XVI. While the amendment to s. 507 is the result of the two policy considerations I have already alluded to, its drafting reflects the interaction of two facts: the very general power enjoyed until then by those listed at s. 507(2) as regards jury trials, and the relatively limited scope of the powers to charge enjoyed by them and others when acting before a judge of Part XVI. The draftsmen proceeded by subtraction rather than by rewriting s. 507(2) along the lines of s. 496(2)(b). Questionable as that may be, I cannot find any further curtailment to the very general power to indict such as to require that the preliminary inquiry be held for each specific charge contained in the indictment. What Idington J. was thinking of, an opportunity to cross-examine, to be heard and put the Crown’s case to the test, is accommodated by the fact that, an inquiry having to be held, any count in the indictment will necessarily be related to the charge investigated at the preliminary under the evidenti-

Son point de vue se fondait, et avec égards je dirais que c’était à juste titre, sur le besoin de donner à l’accusé un moyen de «dissiper les soupçons injustifiés qui pèsent contre [lui]» et d’éviter un procès en lui offrant la possibilité de contre-interroger, de se faire entendre et de présenter ses propres éléments de preuve, et sur la nécessité que la décision d’enlever ce droit à l’accusé soit prise par le procureur général lui-même en pleine connaissance des circonstances, décision dont il sera politiquement responsable.

À mon avis, c’est ce que le Parlement a adopté en ajoutant le par. (3) à l’art. 489:

489. ...

(3) Nonobstant toute disposition du présent article, lorsque

a) une enquête préliminaire n’a pas été tenue, ou que

b) une enquête préliminaire a été tenue et que l’accusé a été libéré,

une accusation en vertu du paragraphe (1) ne peut être intentée qu’avec le consentement écrit d’un juge de la cour, ou par le procureur général.

Cette modification a pour effet de placer toutes les personnes qui sont mentionnées au par. 507(2), à l’exception du procureur général (ou hormis le cas d’intervention judiciaire), pour ce qui est des procès par jury, dans la situation où elles étaient déjà lorsqu’elles présentaient des accusations devant un juge selon la partie XVI. Bien que la modification apportée à l’art. 507 résulte de deux considérations de principe dont j’ai déjà parlé, son texte reflète l’interaction de deux faits: le pouvoir très général dont jouissaient jusqu’alors les personnes mentionnées au par. 507(2) pour ce qui est des procès par jury et la portée relativement limitée des pouvoirs de présenter des accusations qu’elles-mêmes et d’autres personnes possédaient lorsqu’elles agissaient devant un juge selon la partie XVI. Les rédacteurs ont choisi d’abrégier le par. 507(2) plutôt que de le réécrire en s’inspirant de l’al. 496(2)b). Aussi discutable que cela puisse être, je ne puis trouver aucune autre restriction au pouvoir très général de présenter des accusations qui exigerait la tenue d’une enquête préliminaire pour chaque chef d’accusation spécifiquement mentionné dans l’acte d’accusation. Les moyens que le juge Idington voulait offrir au prévenu,

ary rules of relevancy, and by the requirement that there be a committal for that charge.

Cory J.A., speaking for the Court of Appeal in the present case, put the matter as follows:

The question of relevancy and thus the admissibility of evidence relating to a charge other than that contained in the information will always constitute a serious problem for the Crown. The question of relevancy will also act as a safeguard for the accused and ensure that he has had full opportunity to investigate. The issue will only arise in those cases where the additional counts disclosed by the evidence form an integral part of the offence with which the accused is charged, in other words, they are really a part of the same transaction. The acts upon which these counts are based will be so closely interwoven with the offence facing the accused on the preliminary inquiry that they will be a part of the *res gestae*. Thus the evidence will be admissible on the preliminary hearing as an essential part of the history of events pertaining to the charge under investigation.

Appellant in his factum and in oral argument before this Court relied greatly on what this Court said in *R. v. Chabot, supra*. The issue in that case was *inter alia*, as stated by my brother Dickson, as follows, at p. 1000:

How wide is the scope of a provincial court judge's power to commit for trial at a preliminary inquiry? Can the judge commit for any charge disclosed by the evidence at the hearing? Alternatively, can he commit only for charges that are 'related' to the charge specified in the information? Can he commit only for the actual offence charged in the information or an included offence?

and concluded at p. 1009:

I conclude, therefore, that a justice conducting a preliminary inquiry may inquire into, and commit only on, the charge specified in the information or informations. This includes any 'included offences' since

c'est-à-dire la possibilité de contre-interroger, de se faire entendre et de vérifier la solidité de la preuve de la poursuite sont assurés par le fait que, puisqu'il faut tenir une enquête préliminaire, chaque chef de l'acte d'accusation sera nécessairement lié à l'accusation qui a fait l'objet de l'enquête préliminaire conformément aux règles relatives à la pertinence de la preuve, et par l'exigence qu'il y ait renvoi au procès pour cette accusation.

Le juge Cory, s'exprimant au nom de la Cour d'appel en l'espèce, énonce la question comme suit:

[TRADUCTION] La question de la pertinence et donc de la recevabilité d'éléments de preuve relatifs à une accusation qui ne se trouve pas dans la dénonciation constituera toujours un problème sérieux pour la poursuite. La question de la pertinence sert aussi de protection à l'accusé et lui offre pleinement la possibilité de vérifier la valeur de la preuve. La question ne se pose que dans les cas où les chefs d'accusation additionnels révélés par la preuve font partie intégrante de l'infraction dont l'accusé est inculpé, en d'autres termes, ils font vraiment partie de la même opération. Les actes sur lesquels ces chefs d'accusation se fondent sont si intimement liés à l'infraction pour laquelle l'accusé subit son enquête préliminaire qu'ils font partie des *res gestae*. Ainsi, cette preuve est recevable à l'enquête préliminaire à titre de partie essentielle de l'historique des événements relatifs à l'accusation qui fait l'objet de l'enquête.

Dans son mémoire et au cours de sa plaidoirie en cette Cour, l'appelant a fortement insisté sur ce que la Cour a affirmé dans l'arrêt *R. c. Chabot*, précité. Comme l'affirme mon collègue le juge Dickson dans cet arrêt, à la p. 1000, il s'agissait notamment de déterminer ce qui suit:

Quelle est l'étendue du pouvoir d'un juge d'une cour provinciale de renvoyer à procès à l'enquête préliminaire? Le juge peut-il renvoyer à procès sur toute accusation révélée par la preuve faite à l'audience? Subsidièrement, peut-il renvoyer à procès seulement sur les accusations qui sont «relées» à l'accusation mentionnée dans la dénonciation? Peut-il renvoyer à procès uniquement sur l'infraction réellement imputée dans la dénonciation ou sur une infraction comprise?

et il conclut, à la p. 1009:

Je conclus donc qu'un juge qui mène une enquête préliminaire ne peut faire enquête et renvoyer à procès que sur l'accusation énoncée dans la dénonciation ou les dénonciations. Cela englobe toutes «infractions compri-

included offences necessarily form part of the original charge: s. 589(1) of the *Criminal Code*.

One of his reasons in support of this conclusion followed, at pp. 1008-09:

Had Parliament wished to confer on a magistrate the power to commit an accused for any offence disclosed by the evidence, it could easily have done so in clear terms. The failure to specify such a power in s. 475 is not due to inadvertence. Later sections dealing with the power of the Crown to prefer an indictment expressly contemplate such power. In s. 496(2)(b), for example, it is provided that the attorney general, in certain circumstances, may prefer an indictment which includes counts "relating to offences disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry . . .". A similar provision is included in s. 504, which deals with procedure before a court constituted with a grand jury. Parliament clearly adverted to a power such as is argued for by the Crown in the present case. Parliament chose expressly to provide such power in ss. 496 and 504. No such power was intended under s. 475.

These remarks must be read in the light of those preceding where he said, at p. 1002:

It is critical, as it seems to me, to commence the inquiry with an analysis of the provisions of the *Code*. If the power to commit for trial on offences other than those specified in the information exists, such power must be found in the *Code*, either expressly or by necessary implication. This is evident from the opinion of Mr. Justice Ritchie in *Doyle v. The Queen, supra*, at p. 602, where he stated:

Whatever inherent powers may be possessed by a superior court judge in controlling the process of his own Court, it is my opinion that the powers and functions of a magistrate acting under the *Criminal Code* are circumscribed by the provisions of that statute and must be found to have been thereby conferred either expressly or by necessary implication.

It is conceded by the Crown that nowhere is a power to commit for a greater offence expressly conferred by the *Code*. The question therefore becomes, is it manifest that Parliament conferred such power by necessary implication?

(Emphasis added.)

Appellant seeks support from these remarks now and says that the letter of s. 507(2) does not and never did expressly confer the power to prefer for

ses» puisque ces infractions font nécessairement partie de l'accusation originale: par. 589(1) du *Code criminel*.

Un des motifs à l'appui de sa conclusion est le suivant, aux pp. 1008 et 1009:

Si le législateur avait voulu conférer au magistrat le pouvoir de renvoyer un prévenu à procès sur toute infraction révélée par la preuve, il aurait facilement pu le faire en termes clairs. Ce n'est pas par inadvertance que ce pouvoir n'a pas été précisé à l'art. 475. D'autres articles portant sur le pouvoir du ministère public de présenter un acte d'accusation envisagent expressément ce pouvoir. Par exemple, l'al. 496(2)b prévoit que le procureur général peut, en certaines circonstances, présenter un acte d'accusation qui comporte des chefs «portant sur des infractions révélées par les témoignages recueillis à l'enquête préliminaire . . . ». L'article 504 qui concerne une procédure devant une cour constituée avec grand jury comprend une disposition semblable. Le législateur a nettement fait référence au pouvoir que réclame le ministère public en l'espèce. Le législateur a expressément accordé ce pouvoir aux art. 496 et 504, mais s'est abstenu de le faire à l'art. 475.

Ces observations doivent être interprétées en fonction de celles qui les précèdent à la p. 1002 où il affirme:

Il est essentiel, à mon avis, de commencer cet examen par l'analyse des dispositions du *Code*. Si le pouvoir de renvoyer à procès pour des infractions autres que celles précisées dans la dénonciation existe, ce pouvoir doit être prévu par le *Code* soit expressément soit implicitement. Cela se dégage clairement de l'opinion du juge Ritchie dans l'arrêt *Doyle c. La Reine*, précité, à la p. 602, où il dit:

Quels que soient les pouvoirs inhérents d'un juge d'une cour supérieure sur le déroulement des procédures dans sa propre cour, j'estime que les pouvoirs et les fonctions d'un magistrat agissant en vertu du *Code criminel* sont délimités par les dispositions de cette loi et doivent lui avoir été conférés explicitement ou implicitement.

Le ministère public concède qu'aucune disposition du *Code* n'accorde expressément le pouvoir de renvoyer à procès sur une infraction plus grave. Il s'agit donc de savoir s'il est évident que le législateur a implicitement accordé ce pouvoir.

(C'est moi qui souligne.)

L'appellant cherche maintenant à s'appuyer sur ces observations et il affirme que le par. 507(2) ne confère pas et n'a jamais conféré expressément le

additional charges and that Parliament could well have done so as it did for trials before judges sitting under Part XVI of the *Code* and for the preferment of indictments before grand juries in Nova Scotia.

As I have already said, s. 507 was, until the introduction in 1969 of s. 507(3), as clear and unambiguous as was s. 873A in 1907 and s. 489 in 1953, and to all mentioned at s. 507(2) it granted expressly, given the unqualified broad language of s. 507(1), the power to indict for any offence irrespective of a preliminary inquiry having been held or the result thereof.

By saying that, if the power ever existed, it was taken away in 1969 by the addition of s. 507(3), it is the appellant who is arguing, as the Crown did unsuccessfully in *Chabot*, that it is manifest that Parliament took the power away by "necessary implication" by reading into the words of s. 507(3)(a) (as was the Crown in *Chabot* by reading in words into the words of s. 475 of the *Code*) "a preliminary inquiry has not been held . . ." the additional words "into each of the offences charged in the indictment."

Furthermore, the amendment of 1969 could not so curtail the general power that existed under subs. (1) and (2) of s. 507 as such would be giving to the words "a preliminary inquiry has not been held" a different meaning under s. 507(3) than that under subs. (4) of s. 505, *infra*, notwithstanding the fact that both sections using identical language were introduced at the same time. On the other hand, if appellant's suggested meaning were given to both sections, we are led into an absurdity. Indeed, dealing with this latter hypothesis, giving to those words the meaning suggested by appellant in both sections would lead to an absurdity as regards s. 504.

Section 504 reads:

**504.** The prosecutor may prefer, before a court constituted with a grand jury, a bill of indictment against

pouvoir de présenter des accusations additionnelles et que le Parlement aurait bien pu l'avoir fait comme il l'a fait pour les procès devant les juges qui siègent en vertu de la partie XVI du *Code* et  
 a pour la présentation d'actes d'accusation devant les grands jurys en Nouvelle-Écosse.

Comme je l'ai déjà mentionné, jusqu'à l'ajout en 1969, du par. 507(3), l'art. 507 était aussi clair et aussi précis que l'art. 873A en 1907 et que l'art. 489 en 1953, et il accordait expressément à toutes les personnes mentionnées au par. 507(2), vu les termes généraux du par. 507(1), le pouvoir de présenter n'importe quel chef d'accusation qu'il y ait eu ou non enquête préliminaire ou peu importe le résultat de cette enquête.

En affirmant que, si le pouvoir a jamais existé, il a été retiré en 1969 par l'ajout du par. 507(3), c'est l'appellant lui-même qui soutient, comme la poursuite l'avait fait sans succès dans l'arrêt *Chabot*, qu'il est manifeste que le Parlement a retiré ce pouvoir «par déduction nécessaire» en ajoutant à l'al. 507(3)a, par voie d'interprétation, (comme l'avait fait la poursuite dans l'arrêt *Chabot* en ajoutant à l'art. 475 du *Code* des mots qui ne s'y trouvaient pas) «une enquête préliminaire n'a pas été tenue . . . » les mots «pour chacune des infractions mentionnées dans l'acte d'accusation».

De plus, la modification apportée en 1969 ne pouvait pas réduire ainsi le pouvoir général qui existait en vertu des par. (1) et (2) de l'art. 507 puisque cela aurait pour effet de donner aux mots «une enquête préliminaire n'a pas été tenue» un sens différent au par. 507(3) de celui qu'ils ont au par. 505(4), cité plus loin, en dépit du fait que ces deux paragraphes qui sont rédigés de manière identique ont été ajoutés au *Code* en même temps. Par ailleurs, si l'on donne aux deux paragraphes le sens proposé par l'appellant, on aboutit à une absurdité. En fait, au sujet de cette dernière hypothèse, en donnant à ces mots dans les deux paragraphes le sens proposé par l'appellant, on aboutirait à une absurdité pour ce qui est de l'art. 504.

Voici le texte de l'art. 504:

**504.** Le poursuivant peut présenter, devant une cour constituée avec grand jury, un projet d'acte d'accusation

any person who has been committed for trial at that court in respect of

- (a) the charge on which that person was committed for trial, or
- (b) any charge founded on the facts disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry.

Section 505 reads:

505. (1) A bill of indictment may be preferred

(a) by the Attorney General or anyone by his direction, before the grand jury of any court constituted with a grand jury,

(b) by anyone who has the written consent of the Attorney General, or the written consent of a judge of a court constituted with a grand jury, before the grand jury of the court specified in the consent, or

(c) by order of a court constituted with a grand jury, before the grand jury of that court.

(2) No reference is necessary in an indictment to a consent that is given or an order that is made under this section.

(3) No objection shall be taken to an indictment for want of a consent or order required by this section unless it is taken by motion to quash the indictment before the accused is given in charge to the jury.

(4) Notwithstanding anything in this section, where

- (a) a preliminary inquiry has not been held, or
- (b) a preliminary inquiry has been held and the accused has been discharged,

a bill of indictment shall not be preferred except with the written consent of a judge of a court constituted with a grand jury, before the grand jury of the court specified in the consent, or by the Attorney General before the grand jury of any court constituted with a grand jury.

Parliament could not have intended to abolish under s. 505(4) the power it had conferred upon the prosecutor under s. 504(b).

To summarize, and to relate my conclusion as regards s. 507(2) to s. 507(1) and (3): except in Nova Scotia (and save a few exceptions, such as, to illustrate a prosecution under s. 124) the preferment of indictments in jury trials is governed as follows:

contre toute personne qui a été renvoyée pour subir son procès à ladite cour en ce qui concerne

- a) l'inculpation sur laquelle cette personne a été renvoyée pour subir son procès, ou
- b) toute inculpation fondée sur les faits révélés par la preuve recueillie à l'enquête préliminaire.

Voici le texte de l'art. 505:

505. (1) Un projet d'acte d'accusation peut être présenté

a) par le procureur général ou toute personne sur ses instructions, devant le grand jury de toute cour constituée avec grand jury,

b) par toute personne qui possède le consentement écrit du procureur général ou le consentement écrit d'un juge d'une cour constituée avec grand jury, devant le grand jury de la cour spécifiée dans le consentement, ou

c) par ordonnance d'une cour constituée avec grand jury, devant le grand jury de ladite cour.

(2) Il n'est pas nécessaire de faire mention, dans un acte d'accusation, d'un consentement donné ou d'une ordonnance rendue en vertu du présent article.

(3) On ne peut s'objecter à un acte d'accusation pour motif d'absence d'un consentement ou d'une ordonnance requise par le présent article, qu'au moyen d'une motion pour faire casser l'acte d'accusation avant que le prévenu soit remis entre les mains du jury.

(4) Nonobstant toute disposition du présent article, lorsque

- a) une enquête préliminaire n'a pas été tenue, ou que
- b) une enquête préliminaire a été tenue et que le prévenu a été libéré,

g un projet d'acte d'accusation ne peut être présenté qu'avec le consentement par écrit d'un juge d'une cour constituée avec grand jury, devant le grand jury de la cour mentionnée dans ce consentement, ou que par le procureur général devant le grand jury de toute cour constituée avec grand jury.

Le Parlement ne peut avoir voulu abolir dans le par. 505(4) le pouvoir qu'il avait conféré au poursuivant à l'al. 504(b).

i En résumé, pour appliquer aux par. 507(1) et (3) ma conclusion concernant le par. 507(2): sauf en Nouvelle-Écosse (et sauf quelques exceptions comme, par exemple, une poursuite en vertu de l'art. 124), la présentation des actes d'accusation dans les procès par jury est régie de la façon suivante:



1. The Attorney General or anyone with the written consent of a judge of the court may prefer an indictment for any offence irrespective of whether a preliminary inquiry has been held, and if so, whether the accused was discharged or committed for that or any other offence. *a*

2. Anyone else empowered under s. 507(2) to prefer indictments can do so only if the following conditions have been met: *b*

- 1) A preliminary inquiry has been held;
- 2) The accused has been committed for trial on at least one of the charges inquired into by the justice; *c*
- 3) The count of the indictment must be for *d*
  - a) an offence for which the accused was committed, or
  - b) for an offence disclosed in the evidence introduced at the preliminary inquiry, and which is not an offence for which the accused was discharged. *e*

I would dismiss the appeal.

The reasons of Dickson and Wilson JJ. were delivered by *f*

DICKSON J. (*dissenting*)—The question is whether the provisions of s. 507 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, permit an agent of the Attorney General to prefer an indictment containing counts alleging offences additional to those with which an accused has been charged, and committed to trial, at a preliminary inquiry. Though essentially a question of statutory interpretation the ramifications extend to basic issues concerning the nature and purpose of a preliminary inquiry. *g*

### I The Facts

On April 2, 1980 the appellant Rodger David McKibbon appeared before Bennett Prov.Ct.J. on charges of breaking and entering with intent to commit an indictable offence contrary to *j*

1. Le procureur général, ou toute personne qui a le consentement du juge de la cour, peut présenter un acte d'accusation pour toute infraction qu'il y ait eu ou non enquête préliminaire, et, s'il y en a eu une, peu importe que l'accusé ait été libéré ou renvoyé à son procès pour cette infraction ou toute autre infraction.

2. Toute autre personne que le par. 507(2) habilite à présenter des actes d'accusation ne peut le faire que si les conditions suivantes ont été remplies:

- 1) Une enquête préliminaire doit avoir été tenue;
- 2) L'accusé doit avoir été renvoyé à son procès relativement à au moins un des chefs d'accusation sur lesquels a porté l'enquête du juge;
- 3) Le chef d'accusation doit porter sur *d*
  - a) une infraction pour laquelle l'accusé a été renvoyé à son procès, ou
  - b) une infraction révélée par la preuve soumise à l'enquête préliminaire et concernant laquelle l'accusé n'a pas été libéré. *e*

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Dickson et Wilson rendus par *f*

LE JUGE DICKSON (*dissident*)—Il s'agit de déterminer si les dispositions de l'art. 507 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, permettent à un représentant du procureur général de présenter un acte d'accusation qui comporte des chefs d'accusation imputant des infractions autres que celles dont un prévenu a été accusé et pour lesquelles il a été renvoyé à son procès lors d'une enquête préliminaire. Bien qu'il s'agisse essentiellement d'une question d'interprétation d'un texte législatif, ses ramifications s'étendent à des questions fondamentales quant à la nature et à l'objet d'une enquête préliminaire. *g*

### I Les faits

Le 2 avril 1980, l'appellant Rodger David McKibbon a comparu devant le juge Bennett de la Cour provinciale, relativement aux accusations de s'être introduit par effraction dans un endroit avec *j*

s. 306(1)(a) of the *Criminal Code* and with impersonating a police officer, contrary to s. 361(a). Following a preliminary inquiry, McKibbon was committed for trial on both charges. Counsel for the Crown requested that the appellant be committed for trial on two additional counts which he maintained were disclosed by the evidence at the preliminary inquiry, namely breaking and entering a dwelling place and committing therein an indictable offence contrary to s. 306(1)(b) and possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace contrary to s. 85. The presiding judge following the decision of this Court in *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985, refused to commit for the additional offences.

On April 18, 1980 the Assistant Crown Attorney for the Judicial District of Hamilton-Wentworth purported to prefer an indictment on all four counts, the two for which McKibbon had been committed for trial and the two on which the judge presiding at the preliminary inquiry had declined to commit. McKibbon subsequently brought an application before Galligan J. to quash the two additional counts as improperly preferred. Galligan J. (1981), 61 C.C.C. (2d) 126, 34 O.R. (2d) 185, dismissed the application and his decision was confirmed by the Ontario Court of Appeal (Brooke, Weatherston and Cory J.J.A.) now reported *sub nom. Re McKibbon and The Queen* (1981), 64 C.C.C. (2d) 441, 35 O.R. (2d) 124. In this decision Cory J.A. held that where a preliminary inquiry results in an accused being committed for trial, the Crown prosecutor may, without the personal intervention of the Attorney General, prefer an indictment which includes counts with which the accused was not originally charged but which were disclosed in the evidence adduced at the preliminary inquiry.

l'intention d'y commettre un acte criminel contrairement à l'al. 306(1)a) du *Code criminel* et de s'être fait passer pour un agent de police contrairement à l'al. 361a) du *Code criminel*. Suite à une enquête préliminaire, McKibbon a été renvoyé à son procès relativement aux deux chefs d'accusation. Le substitut du procureur général a demandé le renvoi de l'appelant à son procès relativement à deux autres chefs d'accusation relatifs à des infractions révélées, selon lui, par la preuve soumise à l'enquête préliminaire. Ces deux autres chefs d'accusation inculpaient l'appelant de s'être introduit par effraction dans une maison d'habitation et d'y avoir commis un acte criminel contrairement à l'al. 306(1)b), et d'avoir eu en sa possession une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique contrairement à l'art. 85. Appliquant l'arrêt de cette Cour *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985, le juge qui a présidé à l'enquête a refusé de renvoyer l'accusé à son procès relativement aux deux infractions additionnelles.

Le 18 avril 1980, le substitut adjoint du procureur général pour le district judiciaire d'Hamilton-Wentworth a apparemment présenté un acte d'accusation comportant les quatre chefs d'accusation, savoir les deux chefs pour lesquels McKibbon avait été renvoyé à son procès et les deux chefs d'accusation à l'égard desquels le juge qui avait présidé à l'enquête avait refusé d'ordonner un renvoi au procès. McKibbon a par la suite présenté au juge Galligan une demande d'annulation des deux chefs d'accusation additionnels pour le motif qu'ils ont été présentés irrégulièrement. Le juge Galligan a rejeté cette demande et sa décision (1981), 61 C.C.C. (2d) 126, 34 O.R. (2d) 185, a été confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Brooke, Weatherston et Cory) dont l'arrêt est maintenant publié sous l'intitulé *Re McKibbon and The Queen* (1981), 64 C.C.C. (2d) 441, 35 O.R. (2d) 124. Dans cet arrêt, le juge Cory a conclu que, lorsqu'une enquête préliminaire donne lieu au renvoi de l'accusé à son procès, le substitut du procureur général peut, sans l'intervention personnelle de ce dernier, présenter un acte d'accusation qui comporte des chefs imputant des infractions dont l'accusé n'a pas été inculpé au départ, mais qui ont été révélées par la preuve soumise à l'enquête préliminaire.

## II The Effect of *R. v. Chabot*

Much of the argument before this Court dealt with the implications for this case of the decision in *R. v. Chabot, supra*. In the *Chabot* case this Court unanimously held that the judge presiding at a preliminary inquiry has no power to commit a person for trial for any offences (except for included offences) other than those with which that person was charge at the beginning of the preliminary inquiry. The Court held that in view of the principle in *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597, any power of committal would have to be found either expressly or by necessary implication in the provisions of the *Criminal Code*. None of the sections of the *Code* cited by the Crown was capable of supporting a power to commit for offences with which the accused had not been charged at the preliminary inquiry, even if such offences were disclosed by the evidence. At pages 1008-09 of the judgment the following was said about the presiding judge's purported power to commit in such circumstances:

Had Parliament wished to confer on a magistrate the power to commit an accused for any offence disclosed by the evidence, it could easily have done so in clear terms. The failure to specify such a power in s. 475 is not due to inadvertence. Later sections dealing with the power of the Crown to prefer an indictment expressly contemplate such power. In s. 496(2)(b), for example, it is provided that the attorney general, in certain circumstances, may prefer an indictment which includes counts "relating to offences disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry ...". A similar provision is included in s. 504, which deals with procedure before a court constituted with a grand jury. Parliament clearly adverted to a power such as is argued for by the Crown in the present case. Parliament chose expressly to provide such power in ss. 496 and 504. No such power was intended under s. 475.

The appellant seeks to extend this reasoning to the present case. In *Chabot* the issue was a judge's power to commit. Here it is a Crown prosecutor's power to prefer an indictment. According to the appellant, however, the principles are the same. If the Crown prosecutor is to be authorized to prefer

## II Les effets de l'arrêt *R. c. Chabot*

L'argumentation en cette Cour a porté, en grande partie, sur l'incidence de l'arrêt *R. c. Chabot*, précité, sur la présente affaire. Dans l'arrêt *Chabot*, cette Cour a décidé à l'unanimité que le juge qui préside à une enquête préliminaire n'a pas le pouvoir de renvoyer une personne à son procès pour des infractions (à l'exception des infractions comprises) autres que celles dont cette personne était inculpée au début de l'enquête préliminaire. La Cour a jugé que, compte tenu du principe appliqué dans l'arrêt *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597, tout pouvoir de renvoyer une personne à son procès doit être prévu expressément ou de façon nettement implicite par les dispositions du *Code criminel*. Aucun des articles du *Code* invoqués par la poursuite ne permet d'étayer le pouvoir de renvoyer un accusé à son procès pour des infractions dont il n'a pas été inculpé à l'enquête préliminaire, même si ces infractions ont été révélées par la preuve. Aux pages 1008 et 1009 de l'arrêt, on dit ceci au sujet du pouvoir qu'a apparemment le juge qui préside à l'enquête de renvoyer une personne à son procès dans ces circonstances:

Si le législateur avait voulu conférer au magistrat le pouvoir de renvoyer un prévenu à procès sur toute infraction révélée par la preuve, il aurait facilement pu le faire en termes clairs. Ce n'est pas par inadvertance que ce pouvoir n'a pas été précisé à l'art. 475. D'autres articles portant sur le pouvoir du ministère public de présenter un acte d'accusation envisagent expressément ce pouvoir. Par exemple, l'al. 496(2)b) prévoit que le procureur général peut, en certaines circonstances, présenter un acte d'accusation qui comporte des chefs «portant sur des infractions révélées par les témoignages recueillis à l'enquête préliminaire ...». L'article 504 qui concerne une procédure devant une cour constituée avec grand jury comprend une disposition semblable. Le législateur a nettement fait référence au pouvoir que réclame le ministère public en l'espèce. Le législateur a expressément accordé ce pouvoir aux art. 496 et 504, mais s'est abstenu de le faire à l'art. 475.

L'appellant cherche à appliquer ce raisonnement à l'espèce. Dans l'arrêt *Chabot*, il était question du pouvoir d'un juge de renvoyer un accusé à son procès. Ici, il s'agit du pouvoir du substitut du procureur général de présenter un acte d'accusation. Toutefois, selon l'appellant, les principes sont

an indictment alleging offences other than those for which a preliminary inquiry has been held, that power must appear either explicitly or by necessary implication in the *Criminal Code*. Where the trial is to take place before a judge sitting without a jury or before a judge and jury in a jurisdiction where indictments are preferred before a grand jury, the *Criminal Code* explicitly grants the Crown prosecutor the powers in dispute in the present case. As *Chabot* points out the relevant sections are ss. 496 and 504. Section 496 deals with a trial to be held before a judge sitting without a jury:

496. (1) Where an accused elects under section 464, 484 or 492 to be tried by a judge without a jury, an indictment in Form 4 shall be preferred by the Attorney General or his agent, or by any person who has the written consent of the Attorney General, and in the Province of British Columbia may be preferred by the clerk of the peace.

(2) An indictment that is preferred under subsection (1) may contain any number of counts, and there may be joined in the same indictment

(a) counts relating to offences in respect of which the accused elected to be tried by a judge without a jury and for which the accused was committed for trial, whether or not the offences were included in one information, and

(b) counts relating to offences disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry, in addition to or in substitution for any offence for which the accused was committed for trial.

(Emphasis added.)

Where an accused elects to be tried by a judge and jury in a grand jury jurisdiction (currently Nova Scotia is the only such jurisdiction) powers such as those in issue are specified in s. 504:

504. The prosecutor may prefer, before a court constituted with a grand jury, a bill of indictment against any person who has been committed for trial at that court in respect of

les mêmes. Pour que le substitut du procureur général ait le pouvoir de présenter un acte d'accusation qui impute des infractions autres que celles pour lesquelles une enquête préliminaire a été tenue, ce pouvoir doit être prévu expressément ou de façon nettement implicite par le *Code criminel*. Lorsque le procès doit se dérouler devant un juge seul ou devant un juge et un jury dans un ressort où les actes d'accusation sont présentés devant un grand jury, le *Code criminel* accorde expressément au substitut du procureur général les pouvoirs contestés en l'espèce. Comme l'arrêt *Chabot* le souligne, les articles pertinents sont les art. 496 et 504. L'article 496 vise un procès tenu devant un juge sans jury:

496. (1) Lorsqu'un prévenu choisit, en vertu de l'article 464, 484 ou 492, d'être jugé par un juge sans jury, un acte d'accusation selon la formule 4 doit être présenté par le procureur général ou son représentant, ou par toute personne ayant le consentement écrit du procureur général et, dans la province de Colombie-Britannique, un tel acte d'accusation peut être présenté par le greffier de la paix.

(2) Un acte d'accusation présenté aux termes du paragraphe (1) peut renfermer n'importe quel nombre de chefs d'accusation, et peuvent être réunis dans le même acte

(a) des chefs concernant des infractions pour lesquelles le prévenu a choisi d'être jugé par un juge sans jury et à l'égard desquelles il a été renvoyé pour subir son procès, que les infractions aient été comprises ou non dans une même dénonciation, et

(b) des chefs portant sur des infractions révélées par les témoignages recueillis à l'enquête préliminaire, en sus ou en remplacement d'une infraction à l'égard de laquelle le prévenu a été renvoyé pour subir son procès.

(C'est moi qui souligne.)

Dans le cas où un accusé choisit d'être jugé par un juge et un jury dans un ressort où s'applique le système de grand jury (actuellement la Nouvelle-Écosse est la seule province où ce système s'applique), des pouvoirs comme ceux contestés en l'espèce sont énumérés à l'art. 504:

504. Le poursuivant peut présenter, devant une cour constituée avec grand jury, un projet d'acte d'accusation contre toute personne qui a été renvoyée pour subir son procès à ladite cour en ce qui concerne

(a) the charge on which that person was committed for trial, or

(b) any charge founded on the facts disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry.

(Emphasis added.)

In the present case the appellant elected trial by judge and jury in a jurisdiction in which indictments are not preferred before a grand jury. The relevant section of the *Criminal Code* in such a situation is s. 507. According to the appellant, unlike ss. 496 and 504, but like the sections of the *Code* cited by the Crown in *Chabot*, s. 507 contains no mention of the power being claimed:

507. (1) In the Provinces of Newfoundland, Prince Edward Island, New Brunswick, Quebec, Ontario, Manitoba, Saskatchewan, Alberta and British Columbia and in the Yukon Territory and Northwest Territories it is not necessary to prefer a bill of indictment before a grand jury, but it is sufficient if the trial of an accused is commenced by an indictment in writing setting forth the offence with which he is charged.

(2) An indictment under subsection (1) may be preferred by the Attorney General or his agent, or by any person with the written consent of a judge of the court or of the Attorney General or, in any province to which this section applies, by order of the court.

(3) Notwithstanding anything in this section, where

(a) a preliminary inquiry has not been held, or

(b) a preliminary inquiry has been held and the accused has been discharged,

an indictment under subsection (1) shall not be preferred except with the written consent of a judge of the court, or by the Attorney General.

In the absence of the explicit authorization found in ss. 496 and 504, the appellant contends, the Crown prosecutor in a non-grand jury jurisdiction, should, like the presiding judge in *Chabot*, not be held to possess the powers claimed for him.

In the Ontario Court of Appeal, Cory J.A. pointed out a flaw in this argument. It was his opinion that the Crown prosecutor's purported

a) l'inculpation sur laquelle cette personne a été renvoyée pour subir son procès, ou

b) tout inculpation fondée sur les faits révélés par la preuve recueillie à l'enquête préliminaire.

<sup>a</sup> (C'est moi qui souligne.)

<sup>b</sup> En l'espèce, l'appelant a choisi d'être jugé par un juge et un jury dans une province où les actes d'accusation ne sont pas présentés devant un grand jury. Dans ce cas, la disposition pertinente du *Code criminel* est l'art. 507. Selon l'appelant, à la différence des art. 496 et 504, mais à l'instar des articles du *Code* invoqués par la poursuite dans <sup>c</sup> l'arrêt *Chabot*, l'art. 507 ne comporte aucune mention du pouvoir allégué:

<sup>d</sup> 507. (1) Dans les provinces de Terre-Neuve, de l'Île-du-Prince-Édouard, du Nouveau-Brunswick, de Québec, d'Ontario, du Manitoba, de la Saskatchewan, d'Alberta et de la Colombie-Britannique, ainsi que dans le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest, il n'est pas nécessaire de présenter un projet d'acte d'accusation devant un grand jury, mais il suffit que le procès d'un prévenu commence par un acte d'accusation écrit, <sup>e</sup> énonçant l'infraction dont il est inculpé.

(2) Un acte d'accusation prévu par le paragraphe (1) peut être présenté par le procureur général ou son représentant ou par toute personne avec le consentement écrit d'un juge de la cour ou celui du procureur général <sup>f</sup> ou, dans une province à laquelle le présent article s'applique, par ordonnance de la cour.

(3) Nonobstant toute disposition du présent article, lorsque

<sup>g</sup> a) une enquête préliminaire n'a pas été tenue, ou que

b) une enquête préliminaire a été tenue et que l'accusé a été libéré,

<sup>h</sup> un acte d'accusation prévu par le paragraphe (1) ne peut être présenté qu'avec le consentement écrit d'un juge de la cour, ou par le procureur général.

<sup>i</sup> L'appelant soutient qu'en l'absence de l'autorisation expresse qu'on trouve aux art. 496 et 504, dans un ressort où il n'y a pas de grand jury, le substitut du procureur général, tout comme le juge qui a présidé à l'enquête dans l'affaire *Chabot*, ne doit pas être considéré comme investi des pouvoirs qu'on prétend qu'il possède.

<sup>j</sup> En Cour d'appel de l'Ontario, le juge Cory a relevé une faiblesse dans cet argument. À son avis, même si le pouvoir de présenter des accusations

power of indictment, though not specified in the detail found in ss. 496 and 504 was nevertheless included in the general power granted by s. 507. Section 507(2) provides:

(2) An indictment under subsection (1) may be preferred by the Attorney General or his agent, or by any person with the written consent of a judge of the court or of the Attorney General or, in any province to which this section applies, by order of the court.

In the opinion of Cory J.A. this section, when combined with s. 507(1) which provides that it is sufficient if the trial of an accused is commenced "by an indictment in writing setting forth the offence with which he is charged", constituted adequate specific authorization within the *Criminal Code* for a Crown prosecutor to prefer an indictment in a situation such as the present. In his opinion, the only remaining issue was whether s. 507(3) limited this wide power.

The conclusion of Cory J.A. as to the width of s. 507(1) and (2) echoes the majority view in *Re Criminal Code* (1910), 43 S.C.R. 434. In that reference this Court was asked its opinion as to whether the predecessor of s. 507(1) and (2) (s. 873A of the 1906 *Criminal Code*, R.S.C. 1906, c. 146 as amended by 1907 (Can.), 6 & 7 Ed.VII, c. 8, s. 2) permitted an agent of the Attorney General to prefer an indictment in the absence of a prior preliminary inquiry. The majority of the Court had no difficulty in finding a power to prefer an indictment (even where no preliminary inquiry had been held) in the following words of s. 873A, substantially still present in s. 507(1):

... it shall be sufficient that the trial of any person charged with a criminal offence be commenced by a formal charge in writing setting forth as in an indictment the offence with which he is charged.

It is true that each member of the majority in *Re Criminal Code*, *supra*, emphasized that the opinions in that reference had no binding force, and it is also true that the case was the occasion

qu'est censé avoir le substitut du procureur général n'est pas exprimé avec autant de précision qu'aux art. 496 et 504, il est néanmoins compris dans le pouvoir général accordé par l'art. 507. Le par. 507(2) prévoit ce qui suit:

(2) Un acte d'accusation prévu par le paragraphe (1) peut être présenté par le procureur général ou son représentant ou par toute personne avec le consentement écrit d'un juge de la cour ou celui du procureur général ou, dans une province à laquelle le présent article s'applique, par ordonnance de la cour.

De l'avis du juge Cory, ce paragraphe, joint au par. 507(1) qui prévoit qu'il suffit que le procès d'un accusé commence «par un acte d'accusation écrit, énonçant l'infraction dont il est inculpé», constitue une autorisation précise suffisante, dans le *Code criminel*, pour permettre à un substitut du procureur général de présenter un acte d'accusation dans un cas comme celui dont il est question en l'espèce. À son avis, la seule autre question est de savoir si le par. 507(3) limite ce pouvoir général.

La conclusion du juge Cory sur la portée des par. 507(1) et (2) reflète l'avis de la majorité dans *Re Criminal Code* (1910), 43 R.C.S. 434. Dans ce renvoi, on avait demandé l'avis de la Cour sur la question de savoir si la disposition qui a précédé les par. 507(1) et (2) (savoir l'art. 873A du *Code criminel* de 1906, S.R.C. 1906, chap. 146, modifié par 1907 (Can.), 6 & 7 Ed. VII, chap. 8, art. 2) permettait à un représentant du procureur général de présenter un acte d'accusation s'il n'y avait pas eu auparavant d'enquête préliminaire. La Cour à la majorité n'a pas hésité à conclure que les mots suivants de l'art. 873A, qui en substance se retrouvent toujours dans le par. 507(1), conféraient le pouvoir de présenter un acte d'accusation (même si aucune enquête préliminaire n'avait été tenue):

... il suffit que le procès de toute personne accusée d'une infraction criminelle soit commencé par une accusation formelle par écrit qui énonce, de même que dans un acte d'accusation, l'infraction dont la personne est accusée.

Il est vrai que chacun des juges formant la majorité dans le renvoi *Re Criminal Code*, précité, a souligné que les avis donnés dans ce renvoi n'avaient pas force obligatoire et il est également

for a powerful and eloquent dissent by Idington J. which concluded that no such power was to be found in the words in question. Nevertheless, most judicial opinion has endorsed the majority view, especially in view of the fact that in 1953 (1953-54 (Can.), c. 51, s. 489(1)) Parliament deleted the words "the trial of any person charged with a criminal offence" upon which Idington J. based much of his dissent, and substituted the phrase "trial of an accused".

Assuming that this preponderant judicial opinion is correct, then the words of s. 507(1) and (2) standing alone would provide more than ample authorization for the Crown prosecutor to prefer the indictment now in issue. In that case, the only question, as Cory J.A. points out, is whether s. 507(3) limits the wide powers granted in subs. (1) and (2) so as nevertheless to prohibit what the Crown prosecutor purported to do.

### III "Where a preliminary inquiry has not been held"

Section 507 was amended in 1969 by the addition of subs. (3):

(3) Notwithstanding anything in this section, where

- (a) a preliminary inquiry has not been held, or  
 (b) a preliminary inquiry has been held and the accused has been discharged,

an indictment under subsection (1) shall not be preferred except with the written consent of a judge of the court, or by the Attorney General.

(Emphasis added.)

There is no question that this provision limits the wide powers otherwise apparently conferred by s. 507(1) and (2). Does it limit them sufficiently to apply to the present case? The answer depends on the meaning of the words "a preliminary inquiry has not been held". The appellant claims that these words contemplate a preliminary inquiry on the specific charges for which the indictment is sought to be preferred; otherwise "a preliminary inquiry has not been held". The Crown says that

vrai que le renvoi a permis au juge Idington d'exprimer une dissidence vigoureuse et éloquente dans laquelle il conclut que les mots en cause ne confèrent absolument pas un tel pouvoir. Néanmoins, la jurisprudence dans l'ensemble a suivi cette opinion de la majorité, compte tenu particulièrement du fait qu'en 1953 (1953-54 (Can.), chap. 51, par. 489(1)), le Parlement a supprimé les mots «le procès de toute personne accusée d'une infraction criminelle» sur lesquels le juge Idington avait fondé dans une large mesure sa dissidence, et les a remplacés par les mots «le procès d'un prévenu».

À supposer que cette jurisprudence prépondérante soit juste, alors les mots des par. 507(1) et (2) pris isolément accorderaient au substitut du procureur général une autorisation plus que suffisante de présenter l'acte d'accusation en cause en l'espèce. Dans ce cas, comme le souligne le juge Cory, il s'agit seulement de savoir si le par. 507(3) restreint les pouvoirs étendus accordés par les par. (1) et (2) au point de quand même interdire au substitut du procureur général de faire ce qu'il a apparemment fait.

### III «Lorsqu'une enquête préliminaire n'a pas été tenue»

L'article 507 a été modifié en 1969 par l'ajout du par. (3):

(3) Nonobstant toute disposition du présent article, lorsque

- a) une enquête préliminaire n'a pas été tenue, ou que  
 b) une enquête préliminaire a été tenue et que l'accusé a été libéré,

un acte d'accusation prévu par le paragraphe (1) ne peut être présenté qu'avec le consentement écrit d'un juge de la cour, ou par le procureur général.

(C'est moi qui souligne.)

Il n'y a pas de doute que cette disposition limite les pouvoirs étendus que les par. 507(1) et (2) semblent accorder par ailleurs. Les limite-t-elle suffisamment pour s'appliquer à l'espèce? La réponse dépend du sens des mots «une enquête préliminaire n'a pas été tenue». L'appellant soutient que ces mots veulent dire une enquête préliminaire sur les chefs d'accusation précis à l'égard desquels on cherche à présenter un acte d'accusation, sinon «une enquête préliminaire n'a pas été tenue». La

this is reading too much into the phrase and so long as the charges in question arise following a preliminary inquiry, even if that inquiry is into charges other than those for which the indictment is sought to be preferred, it cannot be said that “a preliminary inquiry has not been held”.

Cory J.A. agreed with the Crown’s contention, citing in support, *inter alia*, *R. v. G. & P. International News Ltd. and Judd* (1973), 12 C.C.C. (2d) 169 (B.C.C.A.), *R. v. Philbin and Henderson*, [1978] 1 W.W.R. 122 (Alta. C.A.) and *R. v. Dwyer and Lauzon* (1978), 42 C.C.C. (2d) 83 (Ont. C.A.), reversed on other grounds [1980] 1 S.C.R. 481. The appellant’s submission, on the other hand, harks back to lower court judgments, *inter alia* *R. v. Dwyer* (1976), 38 C.R.N.S. 129 (Ont. H.C.) and *R. v. Cormier* (unreported, Ont. H.C.).

Counsel for the Crown argues that the appellant’s interpretation of the phrase is essentially similar to the unsuccessful argument by the Crown in *Chabot*, namely that a meaning absent from the express words of the section is to be read into it “by necessary implication” and is to be preferred to the plain meaning of the words in question. I do not think the Crown can succeed on this argument. In my view the reading proposed by the appellant does not depart from the plain meaning of the words in question and it is, with respect, more likely than the Crown’s reading.

A preliminary inquiry cannot be held in the abstract. It is a proceeding designed to investigate specific charges in order to determine whether there is sufficient evidence to commit an accused for trial on those charges. It begins with a reading of the charges in question and ends with the presiding judge’s decision whether or not to commit on any or all of those charges. This means that if the preliminary inquiry does not pass through all these stages, if it is commenced but not completed, then “a preliminary inquiry has not been held” within the meaning of s. 507(3)(a) (*Re Stewart and The Queen No. 2* (1977), 35 C.C.C.

poursuite affirme que c’est faire dire à la phrase ce qu’elle ne dit pas et que, dans la mesure où les accusations en cause découlent d’une enquête préliminaire, même si celle-ci a porté sur des chefs d’accusation autres que ceux à l’égard desquels on cherche à présenter l’acte d’accusation, on ne peut pas dire qu’«une enquête préliminaire n’a pas été tenue».

b Le juge Cory a accepté l’argument de la poursuite en s’appuyant notamment sur *R. v. G. & P. International News Ltd. and Judd* (1973), 12 C.C.C. (2d) 169 (C.A.C.-B.), *R. v. Philbin and Henderson*, [1978] 1 W.W.R. 122 (C.A. Alb.) et *R. v. Dwyer and Lauzon* (1978), 42 C.C.C. (2d) 83 (C.A. Ont.), infirmé pour d’autres motifs à [1980] 1 R.C.S. 481. Dans son argumentation, l’appelant reprend d’autre part des décisions d’instances inférieures, notamment *R. v. Dwyer* (1976), 38 C.R.N.S. 129 (H.C. Ont.) et *R. v. Cormier* (non publiée, H.C. Ont.).

e Le substitut du procureur général soutient que l’interprétation donnée à la phrase par l’appelant est essentiellement semblable à l’argument soumis sans succès par la poursuite dans l’affaire *Chabot*, savoir qu’il faut, «par déduction nécessaire», donner aux termes exprimés de l’article un sens qu’ils n’ont pas et que ce sens doit être préféré au sens ordinaire des termes en question. Je ne crois pas que la poursuite puisse avoir gain de cause sur ce point. À mon avis, l’interprétation proposée par l’appelant ne s’écarte pas du sens ordinaire des mots en question et, avec égards, elle est plus plausible que l’interprétation proposée par la poursuite.

h Un enquête préliminaire ne peut se tenir dans l’abstrait. C’est une procédure qui vise à enquêter sur des accusations précises afin de déterminer s’il y a une preuve suffisante pour renvoyer un accusé à son procès relativement à ces accusations. Elle commence par la lecture des accusations en question et se termine par une décision du juge qui la préside de renvoyer ou non l’accusé à son procès relativement à l’une ou l’autre ou à la totalité de ces accusations. Cela signifie que si l’enquête préliminaire ne franchit pas toutes ces étapes, si elle a été commencée mais non terminée, alors «une enquête préliminaire n’a pas été tenue» au sens de



(2d) 281 (Ont. C.A.)). In other words “a preliminary inquiry has not been held” absent a conclusion about the specific offence with which the accused has been charged. Section 507(3) refers to “an indictment under subsection (1)”, that is “an indictment in writing setting forth the offence with which [the accused] is charged”. I agree with Goodman J. (as he then was) in *R. v. Dwyer*, *supra*, that this is strong evidence that s. 507(3)(a) contemplates a preliminary inquiry into each and every charge with reference to which an indictment is sought to be preferred. In my view, as a purely textual issue, based only on the wording of s. 507, the appellant’s reading is preferable to that of the Crown.

The Crown, however, presents additional arguments essentially to the effect that even if the appellant’s reading is a possible one when s. 507 is looked at in isolation, when one considers the wider context of the *Criminal Code* provisions relating to the preferment of indictments, the appellant’s reading becomes logically and pragmatically insupportable.

The phrase “where a preliminary inquiry has not been held” appears not only in s. 507 but also in s. 505 dealing with indictments before a court constituted with a grand jury. If in s. 507 this phrase contemplates a preliminary inquiry into the specific charges in question then it must have the same meaning in s. 505. But this, the Crown contends, leads to a logical absurdity.

In order to understand the Crown’s contention on this point it is useful to place side by side the *Criminal Code* provisions dealing respectively with indictments in grand jury and non-grand jury jurisdictions.

#### GRAND JURY

504. The prosecutor may prefer, before a court constituted with a grand jury, a bill of indictment against any person who has been commit-

#### NON-GRAND JURY

l’al. 507(3)a) (*Re Stewart and The Queen No. 2* (1977), 35 C.C.C. (2d) 281 (C.A. Ont.)). En d’autres termes, «une enquête préliminaire n’a pas été tenue» si aucune conclusion n’a été tirée au sujet de l’infraction précise dont l’accusé a été inculpé. Le paragraphe 507(3) parle d’«un acte d’accusation prévu par le paragraphe (1)» c’est-à-dire «un acte d’accusation écrit, énonçant l’infraction dont [le prévenu] est inculpé». Je partage l’avis exprimé par le juge Goodman (alors à la Haute Cour de l’Ontario) dans la décision *R. v. Dwyer*, précitée, selon lequel cela prouve clairement que l’al. 507(3)a) envisage une enquête préliminaire sur chacune des accusations à l’égard desquelles on cherche à présenter un acte d’accusation. À mon avis, sur le plan purement littéral, compte tenu seulement de la formulation de l’art. 507, l’interprétation donnée par l’appelant est préférable à celle proposée par la poursuite.

La poursuite soumet cependant d’autres arguments qui visent essentiellement à démontrer que même si l’interprétation proposée par l’appelant est possible lorsque l’on considère isolément l’art. 507, elle devient logiquement et pratiquement insoutenable lorsque l’on considère le contexte plus général des dispositions du *Code criminel* relatives à la présentation d’actes d’accusation.

Les mots «lorsqu’une enquête préliminaire n’a pas été tenue» figurent non seulement dans l’art. 507 mais aussi dans l’art. 505 qui porte sur la présentation d’actes d’accusation devant une cour constituée avec grand jury. Si, dans l’art. 507, ces mots visent une enquête préliminaire sur les accusations précises en question, alors ils doivent avoir le même sens à l’art. 505. Mais, selon les prétentions de la poursuite, cela mène à une absurdité.

Pour comprendre l’argument de la poursuite sur ce point, il est utile de mettre en regard les dispositions du *Code criminel* qui portent sur la présentation d’actes d’accusation respectivement dans les ressorts où il y a un système de grand jury et dans ceux où ce système n’existe pas.

#### AVEC GRAND JURY

504. Le poursuivant peut présenter, devant une cour constituée avec grand jury, un projet d’acte d’accusation contre toute personne qui a

#### SANS GRAND JURY

ted for trial at that court in respect of

(a) the charge on which that person was committed for trial, or

(b) any charge founded on the facts disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry.

505. (1) A bill of indictment may be preferred

(a) by the Attorney General or anyone by his direction, before the grand jury or any court constituted with a grand jury,

(b) by anyone who has the written consent of the Attorney General, or the written consent of a judge of a court constituted with a grand jury, before the grand jury of the court specified in the consent, or

(c) by order of a court constituted with a grand jury, before the grand jury of that court.

(2) No reference is necessary in an indictment to a consent that is given or an order that is made under this section.

(3) No objection shall be taken to an indictment for want of a consent or order required by this section unless it is taken by motion to quash the indictment before the accused is given in charge to the jury.

(4) Notwithstanding anything in this section, where

(a) a preliminary inquiry has not been held, or

(b) a preliminary inquiry has been held and the accused has been discharged,

a bill of indictment shall not be preferred except with the

507. (1) In the Provinces of Newfoundland, Prince Edward Island, New Brunswick, Quebec, Ontario, Manitoba, Saskatchewan, Alberta and British Columbia and in the Yukon Territory and Northwest Territories it is not necessary to prefer a bill of indictment before a grand jury, but it is sufficient if the trial of an accused is commenced by an indictment in writing setting forth the offence with which he is charged.

(2) An indictment under subsection (1) may be preferred by the Attorney General or his agent, or by any person with the written consent of a judge of the court or of the Attorney General or, in any province to which this section applies, by order of the court.

(3) Notwithstanding anything in this section, where

(a) a preliminary inquiry has not been held, or

(b) a preliminary inquiry has been held and the accused has been discharged,

an indictment under subsection (1) shall not be preferred

été renvoyée pour subir son procès à ladite cour en ce qui concerne

a) l'inculpation sur laquelle cette personne a été renvoyée pour subir son procès, ou

b) toute inculpation fondée sur les faits révélés par la preuve recueillie à l'enquête préliminaire.

505. (1) Un projet d'acte d'accusation peut être présenté

a) par le procureur général ou toute personne sur ses instructions, devant le grand jury de toute cour constituée avec grand jury,

b) par toute personne qui possède le consentement écrit du procureur général ou le consentement écrit d'un juge d'une cour constituée avec grand jury, devant le grand jury de la cour spécifiée dans le consentement, ou

c) par ordonnance d'une cour constituée avec grand jury, devant le grand jury de ladite cour.

(2) Il n'est pas nécessaire de faire mention, dans un acte d'accusation, d'un consentement donné ou d'une ordonnance rendue en vertu du présent article.

(3) On ne peut s'objecter à un acte d'accusation pour motif d'absence d'un consentement ou d'une ordonnance requise par le présent article, qu'au moyen d'une motion pour faire casser l'acte d'accusation avant que le prévenu soit remis entre les mains du jury.

(4) Nonobstant toute disposition du présent article, lorsque

a) une enquête préliminaire n'a pas été tenue, ou que

b) une enquête préliminaire a été tenue et que le prévenu a été libéré,

un projet d'acte d'accusation ne peut être présenté qu'avec

507. (1) Dans les provinces de Terre-Neuve, de l'Île-du-Prince-Édouard, du Nouveau-Brunswick, de Québec, d'Ontario, du Manitoba, de la Saskatchewan, d'Alberta et de la Colombie-Britannique, ainsi que dans le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest, il n'est pas nécessaire de présenter un projet d'acte d'accusation devant un grand jury, mais il suffit que le procès d'un prévenu commence par un acte d'accusation écrit, énonçant l'infraction dont il est inculpé.

(2) Un acte d'accusation prévu par le paragraphe (1) peut être présenté par le procureur général ou son représentant ou par toute personne avec le consentement écrit d'un juge de la cour ou celui du procureur général ou, dans une province à laquelle le présent article s'applique, par ordonnance de la cour.

(3) Nonobstant toute disposition du présent article, lorsque

a) une enquête préliminaire n'a pas été tenue, ou que

b) une enquête préliminaire a été tenue et que l'accusé a été libéré,

un acte d'accusation prévu par le paragraphe (1) ne peut

written consent of a judge of a court constituted with a grand jury, before the grand jury of the court specified in the consent, or by the Attorney General before the grand jury of any court constituted with a grand jury.

except with the written consent of a judge of the court, or by the Attorney General.

le consentement par écrit d'un juge d'une cour constituée avec grand jury, devant le grand jury de la cour mentionnée dans ce consentement, ou que par le procureur général devant le grand jury de toute cour constituée avec grand jury.

être présenté qu'avec le consentement écrit d'un juge de la cour, ou par le procureur général.

(Emphasis added.)

In the sections dealing with indictments before a grand jury the phrase currently in issue appears in s. 505(4)(a). If one looks only at s. 505, there is nothing inherently implausible about reading "where a preliminary inquiry has not been held" in the manner suggested by the appellant. The problem arises when one considers the effect of such a reading on s. 504. Where there has been a committal, s. 504 explicitly authorizes the prosecutor in a grand jury jurisdiction to prefer an indictment on charges disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry. This is, of course, precisely the power claimed for the Crown prosecutor in non-grand jury jurisdictions in the present case, a power which the appellant claims is specifically negated by s. 507(3). If section 505(4) has—as it must—the same meaning and effect as s. 507(3), then the result, says the respondent, will be that s. 504 gives the Crown prosecutor a power which s. 505(4) immediately takes away. This, he says, would be an absurd result and one which points to the impossibility of reading "where a preliminary inquiry has not been held" in the manner proposed by the appellant.

If this were indeed the effect of the appellant's reading it would be a telling, and perhaps decisive, factor against it. In my view, however, it does not have this effect.

Subsection 505(4) provides that its restrictions apply "notwithstanding anything in this section". Its effect is to modify the general powers of preferment articulated in s. 505(1)(a-c). It has no effect on the powers granted the "prosecutor" in s. 504, which is a separate and distinct provision from

(C'est moi qui souligne.) -

Dans les articles qui portent sur les actes d'accusation présentés devant un grand jury, la phrase en cause en l'espèce figure à l'al. 505(4)a). Si l'on ne considère que l'art. 505, il n'y a rien d'in vraisemblable en soi à interpréter les mots «lorsqu'une enquête préliminaire n'a pas été tenue» de la manière proposée par l'appelant. La difficulté surgit lorsqu'on examine l'effet d'une telle interprétation sur l'art. 504. Lorsqu'il y a eu renvoi au procès, l'art. 504 permet expressément au poursuivant dans un ressort soumis au système de grand jury, de présenter un acte d'accusation relativement à des inculpations fondées sur les faits révélés par la preuve recueillie à l'enquête préliminaire. Il va sans dire qu'en l'espèce c'est précisément le pouvoir qu'on prétend que le substitut du procureur général possède dans les ressorts où il n'y a pas de grand jury, un pouvoir que, selon les prétentions de l'appelant, le par. 507(3) nie expressément. Si le paragraphe 505(4) a — comme ce doit être le cas — le même sens et le même effet que le par. 507(3), il en résulte, selon l'intimé, que l'art. 504 accorde au substitut du procureur général un pouvoir que le par. 505(4) lui retire immédiatement. Cela, dit-il, constitue un résultat absurde qui souligne l'impossibilité d'interpréter les mots «lorsqu'une enquête préliminaire n'a pas été tenue» de la manière proposée par l'appelant.

Si tel était vraiment l'effet de l'interprétation proposée par l'appelant, cela constituerait un motif puissant, voire décisif, de la rejeter. À mon avis cependant, elle n'a pas cet effet.

Le paragraphe 505(4) prévoit que les restrictions qu'il prescrit s'appliquent «nonobstant toute disposition du présent article». Il a pour effet de limiter les pouvoirs généraux de présenter des actes d'accusation, énoncés aux al. a) à c) du par. 505(1). Il n'a aucun effet sur les pouvoirs accordés

s. 505. The relationship between these two sections is somewhat obscured by the fact that s. 504 precedes s. 505. This sequence is, however, of no particular significance. When the predecessor of s. 504 was enacted in 1900 (63-64 Vict., c. 46) as s. 641(2) of the then *Criminal Code* it followed some of the provisions now contained in s. 505 and preceded others. Over the course of time the original provisions relating to the preferment of indictments have been amended, split up, renumbered and rearranged. Their present sequence is more fortuitous than deliberate and does not reflect their logical relationship. If one considers the logical sequence of ss. 504 and 505 rather than their numerical arrangement, it will be seen that s. 505(1-3) sets out the general principles governing the preferment of an indictment before a court constituted with a grand jury. Subsection (4), which contains the phrase in issue, imposes a general restriction on the powers of preferment set out in subs. (1) by restricting who may prefer an indictment where no preliminary inquiry into the charge in question has been held or where such a preliminary inquiry has been held and the accused has been discharged. Section 504 then lays out an exception to the restriction contained in s. 505(4)(a). Where the accused has been committed for trial on a charge for which a preliminary inquiry has been held, and where this preliminary inquiry discloses evidence of further offences, then despite the fact that a preliminary inquiry into these charges has not been held within the meaning of s. 505(4)(a), s. 504 nevertheless authorizes the Crown prosecutor to add to the indictment counts relating to these additional offences.

On this reading it becomes possible both to give the phrase in issue its more probable meaning and to avoid any contradiction between ss. 504 and 505. Admittedly this reading does result in different powers being given a prosecutor in grand jury jurisdictions from those accorded in non-grand jury jurisdictions. This, however, is objectionable

au «poursuivant» à l'art. 504 qui constitue une disposition séparée et distincte de l'art. 505. Le rapport qui existe entre ces deux articles est quelque peu embrouillé par le fait que l'art. 504 précède l'art. 505. Cet ordre ne revêt toutefois aucune importance particulière. Lorsque la disposition qui a précédé l'art. 504 a été adoptée en 1900 (63-64 Vict., chap. 46), sous le numéro d'article 641(2) du *Code criminel* d'alors, elle suivait certaines dispositions maintenant contenues à l'art. 505 et en précédait d'autres. Avec le temps, les premières dispositions relatives à la présentation d'actes d'accusation ont été modifiées, scindées, renumérotées et remaniées. L'ordre dans lequel elles se présentent actuellement est davantage fortuit que voulu et il ne reflète en rien le rapport logique qui existe entre elles. Si l'on considère l'ordre logique des art. 504 et 505 plutôt que leur ordre numérique, on constate que les par. (1) à (3) de l'art. 505 énoncent les principes généraux qui régissent la présentation d'un acte d'accusation devant une cour constituée avec grand jury. Le paragraphe (4), qui renferme la phrase en cause en l'espèce, impose une restriction générale aux pouvoirs de présenter des actes d'accusation, énoncés au par. (1), en déterminant qui peut présenter un acte d'accusation lorsqu'aucune enquête préliminaire n'a été tenue relativement à l'accusation en cause ou lorsqu'une telle enquête préliminaire a été tenue et que l'accusé a été libéré. L'article 504 énonce alors une exception à la restriction contenue à l'al. 505(4)a). Lorsque l'accusé a été renvoyé à son procès relativement à une accusation pour laquelle une enquête préliminaire a été tenue et lorsque la preuve recueillie à cette enquête préliminaire a révélé l'existence d'autres infractions, alors, même si une enquête préliminaire relative à ces accusations n'a pas été tenue au sens de l'al. 505(4)a), l'art. 504 permet néanmoins au substitut du procureur général d'ajouter à l'acte d'accusation des chefs imputant ces infractions additionnelles.

Selon cette interprétation, il devient possible à la fois de donner à la phrase en cause son sens plus probable et d'éviter toute contradiction entre les art. 504 et 505. Tous reconnaissent que cette interprétation a pour effet d'accorder au poursuivant dans un ressort soumis au système de grand jury des pouvoirs différents de ceux qui sont accor-

from neither an historical nor a policy point of view. The majority in *Re Criminal Code, supra*, was of the opinion that it was possible to bypass the preliminary inquiry in non-grand jury jurisdictions in a way that was impossible before a court constituted with a grand jury. This is an indication that almost from the beginning the predecessors of ss. 504 and 505 on the one hand, and s. 507 on the other, were conceptualized as capable of leading to dramatically different procedural results. Further, the limited exception embodied in s. 504 to the general rule prohibiting a prosecutor from preferring an indictment where no preliminary inquiry has been held into the charges in question can be justified in a grand jury jurisdiction in a way that it could not be where there is no grand jury. The deliberations of the grand jury will afford an opportunity for the sufficiency of the charges in question to be tested before the accused is made to stand his trial, an opportunity which would be totally missing were a similar power to be granted to a prosecutor in a non-grand jury jurisdiction.

On the basis of this analysis there seems little justification for the Crown's contention that the reading proposed by the appellant is unacceptable from the point of view of either logic or policy. On the contrary, on closer examination it would seem that it is the reading proposed by the Crown that exhibits the infelicities purported by the Crown to mar the appellant's reading.

The Crown contends that a preliminary inquiry has been held within the meaning of ss. 505(4) and 507(3) even if the ostensible subject of the preliminary inquiry is a charge other than and in addition to the one for which the indictment is sought to be preferred. This reading leads to startling results when it is applied to s. 507(3)(b). If, for example, a preliminary inquiry were held on the basis of an information alleging three different offences and the inquiry ended with the accused

dés dans un ressort où il n'y a pas de grand jury. Cela n'est cependant inacceptable ni du point de vue historique ni du point de vue des principes. Dans le renvoi *Re Criminal Code*, précité, la Cour à la majorité a exprimé l'avis qu'il était possible de passer outre à l'étape de l'enquête préliminaire dans des ressorts où il n'y avait pas de grand jury, d'une manière qui n'était pas possible devant une cour constituée avec grand jury. Cela indique que presque depuis le début, les dispositions qui ont précédé les art. 504 et 505 d'une part et l'art. 507 d'autre part étaient perçues comme susceptibles de conduire à des résultats tout à fait différents sur le plan de la procédure. De plus, l'exception restreinte que l'art. 504 apporte à la règle générale qui interdit à un poursuivant de présenter un acte d'accusation s'il n'y a pas eu d'enquête préliminaire sur les accusations en question peut se justifier dans un ressort soumis au système de grand jury d'une manière qui serait impossible là où il n'y a pas de grand jury. Les délibérations du grand jury donnent l'occasion de vérifier le caractère suffisant des accusations en question avant que l'accusé ne soit renvoyé à son procès, une occasion qui serait totalement absente si le poursuivant avait un pouvoir semblable dans un ressort où il n'y a pas de grand jury.

En fonction de cette analyse, il semble y avoir peu d'éléments qui justifient la prétention de la poursuite que l'interprétation proposée par l'appellant est inacceptable tant sur le plan de la logique que sur le plan des principes. Au contraire, en y regardant de plus près, il semblerait que c'est l'interprétation proposée par la poursuite qui présente le manque de pertinence qui, selon la poursuite, gâche l'interprétation proposée par l'appellant.

La poursuite soutient qu'il y a eu enquête préliminaire au sens des par. 505(4) et 507(3) même si l'objet apparent de l'enquête préliminaire était une accusation différente et en sus de celle à l'égard de laquelle on cherche à présenter un acte d'accusation. Cette interprétation conduit à des résultats alarmants si on l'applique à l'al. 507(3)(b). Si par exemple, on tenait une enquête préliminaire en fonction d'une dénonciation imputant trois infractions différentes et que l'enquête préliminaire se

being committed on two counts and being discharged on the third, then on a consistent application of the Crown's proposed reading, the situation would be one where "a preliminary inquiry has been held and the accused has been discharged". It would therefore fall directly within the terms of s. 507(3)(b) and therefore, despite the committal, an indictment could not be preferred except by the Attorney General or with the written consent of the court. This would clearly be an absurd result but it is difficult to see how it could be avoided on the Crown's reading of what constitutes a situation "where a preliminary inquiry has been held".

There are further problems with the Crown's interpretation. If the Crown's submission is correct and in this case s. 507 authorizes a prosecutor to add to an indictment counts relating to offences disclosed in the evidence on a preliminary inquiry into other charges, then it of course follows that the similar wording in s. 505 has the same effect. But this is also precisely what s. 504 authorizes. This fact leads to one of two very problematic conclusions as to the effect of s. 504. One possibility is that s. 504 merely confirms a power that the Crown prosecutor already has by virtue of s. 505. In that case s. 504 constitutes a totally redundant provision, a highly unlikely possibility with regard to a section of the *Criminal Code*. The other perhaps more likely possibility is that since the powers given the prosecutor in s. 504 are cast in narrower terms than those which the Crown says are given by s. 505, s. 504 modifies and constricts the ampler provisions of s. 505. This gives s. 504 some purpose within the *Criminal Code* but it results in a situation in which the powers to indict of a Crown prosecutor are narrower in a grand jury jurisdiction than they are in jurisdictions where there is no grand jury (where there is no equivalent to s. 504 to constrict the powers the Crown says are granted by s. 507). From a policy point of view this is an unlikely result since it results in less protection for the accused precisely in the jurisdiction where he also does not have the added safeguard of a grand jury to test the sufficiency of the charges in question. This surprising

terminait par le renvoi de l'accusé à son procès relativement à deux chefs d'accusation et par sa libération quant au troisième chef, alors, par application logique de l'interprétation proposée par la poursuite, ce serait une situation où «une enquête préliminaire a été tenue et [où] l'accusé a été libéré». Elle relèverait donc directement des dispositions de l'al. 507(3)b) et, par conséquent, malgré le renvoi au procès, un acte d'accusation ne pourrait être présenté que par le procureur général ou avec le consentement écrit de la cour. Ce serait manifestement un résultat absurde, mais il est difficile de voir comment on pourrait l'éviter si l'on accepte l'interprétation de la poursuite de ce qui constitue une situation où «une enquête préliminaire a été tenue».

L'interprétation proposée par la poursuite soulève d'autres problèmes. Si l'argument de la poursuite est exact et, en l'espèce, l'art. 507 permet à un poursuivant d'ajouter à un acte d'accusation des chefs d'accusation relatifs à des infractions révélées par la preuve recueillie à une enquête préliminaire portant sur d'autres accusations, il s'ensuit bien entendu que le texte semblable de l'art. 505 a le même effet. Mais c'est aussi exactement ce que l'art. 504 permet. Ce fait mène à l'une de deux conclusions très douteuses quant à l'effet de l'art. 504. Selon une première possibilité, l'art. 504 ne fait que confirmer un pouvoir que le substitut du procureur général a déjà en vertu de l'art. 505. Dans ce cas, l'art. 504 constitue une disposition tout à fait redondante, ce qui est très improbable pour un article du *Code criminel*. Selon l'autre possibilité, qui est peut-être plus plausible, étant donné que les pouvoirs accordés au poursuivant par l'art. 504 sont formulés en des termes moins généraux que ceux qui, au dire de la poursuite, sont accordés par l'art. 505, l'art. 504 modifie et restreint les dispositions plus générales de l'art. 505. Cela confère à l'art. 504 un certain but dans le *Code criminel*, mais il en résulte une situation où les pouvoirs du substitut du procureur général de présenter des actes d'accusation sont plus restreints dans un ressort soumis au système de grand jury que dans un ressort où il n'y a pas de grand jury (où aucune disposition équivalente à l'art. 504 ne limite les pouvoirs qui, au dire de la poursuite, sont conférés par l'art. 507). Du point de vue des

consequence also has the effect of undermining the Crown's argument that its interpretation is superior since it results in a uniformity of procedure in grand jury and non-grand jury jurisdictions. It would appear that it is the Crown's interpretation that is logically and pragmatically unsupportable.

#### IV The Effects of the Powers Claimed by the Crown

On the basis of the preceding analysis it is my firm view that as a question of statutory interpretation the words "where a preliminary inquiry has not been held" must refer to a preliminary inquiry with reference to the specific charge for which an indictment is sought to be preferred. I am glad to come to this conclusion because in my view it produces a result that is both truer to the purpose of a preliminary inquiry and more equitable to the accused.

The function of a preliminary inquiry is to allow the sufficiency of the case for the Crown to be tested and if the case does not persuade the presiding judge that the accused is "probably guilty", to spare the accused the expense, anxiety and humiliation of a criminal trial. Its purpose therefore is to benefit the accused and to provide him with a preliminary opportunity to clear himself of the charges against him without having to go to trial. Its purpose is not to serve as an investigatory tool to allow the Crown to strengthen or broaden its case.

Does the power contended for by the Crown accord with the purposes of a preliminary inquiry? In the argument before this Court, as in the decision in the Ontario Court of Appeal, the question at issue was treated as though it were confined to the powers of a Crown prosecutor to add to an indictment counts alleging offences disclosed by the evidence at the preliminary inquiry where an accused has already been committed for trial fol-

principes, c'est un résultat invraisemblable puisqu'il aboutit à moins de protection pour l'accusé précisément dans le ressort où la garantie additionnelle du grand jury lui fait défaut pour vérifier le caractère suffisant des accusations en question. Cette conséquence étonnante a aussi pour effet de miner l'argument de la poursuite portant que son interprétation est plus valable puisqu'elle aboutit à l'uniformité de la procédure applicable dans les ressorts soumis en système de grand jury et dans ceux où il n'y a pas de grand jury. Il semblerait que c'est l'interprétation de la poursuite qui est insoutenable des points de vue logique et pratique.

#### c IV L'effet des pouvoirs réclamés par la poursuite

Compte tenu de l'analyse qui précède, je suis convaincu que, sur le plan de l'interprétation législative, les mots «lorsqu'une enquête préliminaire n'a pas été tenue» ne peuvent que viser une enquête préliminaire sur l'accusation précise à l'égard de laquelle on veut présenter un acte d'accusation. Je suis heureux d'en arriver à cette conclusion parce que, à mon avis, elle aboutit à un résultat qui est à la fois plus conforme au but de l'enquête préliminaire et plus équitable pour l'accusé.

Le but de l'enquête préliminaire est de permettre de vérifier le caractère suffisant de la preuve de la poursuite et, si cette preuve ne convainc pas le juge qui préside à l'enquête que l'accusé est «probablement coupable», d'éviter à l'accusé les frais, les angoisses et l'humiliation d'un procès criminel. Son but est donc de profiter à l'accusé et de lui fournir une occasion préliminaire de se libérer des accusations portées contre lui sans devoir subir un procès. Son but n'est pas de servir d'instrument d'enquête pour permettre à la poursuite de renforcer ou d'élargir sa preuve.

Le pouvoir que prétend avoir la poursuite est-il compatible avec le but de l'enquête préliminaire? Au cours des débats en cette Cour et dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, la question en litige a été traitée comme si elle se limitait au pouvoir du substitut du procureur général d'ajouter à un acte d'accusation des chefs imputant des infractions révélées par la preuve recueillie à l'enquête préliminaire lorsque l'accusé a déjà été ren-

lowing a preliminary inquiry on other charges. That indeed is what the Crown prosecutor purported to do in the case before us, and it is on the basis of this understanding of the issue that Cory J.A. was able to dismiss the possibility of a Crown prosecutor taking unfair advantage of the power in issue. Basing himself on the statement in *Chabot, supra*, that the rules of evidence relating to relevancy apply to preliminary hearings as well as trials, it was his opinion that the scope afforded to a Crown prosecutor for adding counts to an indictment was very narrow:

The question of relevancy and thus the admissibility of evidence relating to a charge other than that contained in the information will always constitute a serious problem for the Crown. The question of relevancy will also act as a safeguard for the accused and ensure that he has had full opportunity to investigate. The issue will only arise in those cases where the additional counts disclosed by the evidence form an integral part of the offence with which the accused is charged, in other words, they are really part of the same transaction. The acts upon which these counts are based will be so closely interwoven with the offence facing the accused on the preliminary inquiry that they will be a part of the *res gestae*. Thus the evidence will be admissible on the preliminary hearing as an essential part of the history of events pertaining to the charge under investigation.

I cannot agree that the power claimed for the Crown prosecutor can logically be restricted in this way. Whatever the limits on the authority claimed for the Crown in the present case, the arguments advanced in support of this purported power are capable of sustaining a much broader claim. Assuming the majority opinion in *Re Criminal Code, supra*, to be correct, then standing by themselves s. 507(1) and (2) would authorize an agent of the Attorney General to prefer an indictment on any charge whether or not there has been a preliminary inquiry on the charge in question or any other charge. The only limitations on this power are those contained in s. 507(3), and these on the Crown's interpretation amount only to a requirement that (a) a preliminary inquiry leading to a committal on some charge has been held and (b) the accused has not been discharged with reference

voyé à son procès par suite d'une enquête préliminaire sur d'autres accusations. C'est précisément ce que le substitut du procureur général a voulu faire en l'espèce et c'est cette conception de la question en litige qui a permis au juge Cory de rejeter la possibilité qu'un substitut du procureur général tire un avantage déraisonnable du pouvoir en cause. En se fondant sur l'affirmation contenue dans l'arrêt *Chabot*, précité, portant que les règles relatives à la pertinence de la preuve s'appliquent aux enquêtes préliminaires autant qu'aux procès, il a exprimé l'avis que le pouvoir accordé à un substitut du procureur général d'ajouter des chefs à un acte d'accusation était très limité:

[TRADUCTION] La question de la pertinence et donc de la recevabilité d'éléments de preuve relatifs à une accusation qui ne se trouve pas dans la dénonciation constituera toujours un problème sérieux pour la poursuite. La question de la pertinence sert aussi de protection à l'accusé et lui offre pleinement la possibilité de vérifier la valeur de la preuve. La question ne se pose que dans les cas où les chefs d'accusation additionnels révélés par la preuve font partie intégrante de l'infraction dont l'accusé est inculpé, en d'autres termes, ils font vraiment partie de la même opération. Les actes sur lesquels ces chefs d'accusation se fondent sont si intimement liés à l'infraction pour laquelle l'accusé subit son enquête préliminaire qu'ils font partie des *res gestae*. Ainsi, cette preuve est recevable à l'enquête préliminaire à titre de partie essentielle de l'historique des événements relatifs à l'accusation qui fait l'objet de l'enquête.

Je ne puis accepter que le pouvoir qu'on prétend que le substitut du procureur général possède puisse logiquement être ainsi limité. Quelles que soient les limites du pouvoir qu'on prétend que la poursuite possède en l'espèce, les arguments soumis à l'appui de ce prétendu pouvoir peuvent servir de fondement à une réclamation beaucoup plus vaste. À supposer que l'avis de la majorité dans *Re Criminal Code*, précité, soit exact, alors les par. 507(1) et (2) à eux seuls permettraient à un représentant du procureur général de présenter un acte d'accusation pour n'importe quelle accusation, qu'il y ait eu ou non enquête préliminaire sur l'accusation en question ou sur toute autre accusation. Les seules restrictions à ce pouvoir sont celles énoncées au par. 507(3) et, selon l'interprétation de la poursuite, elles se résument à l'exigence a) qu'il y ait eu une enquête préliminaire qui a abouti



to the offence for which the indictment is sought to be preferred. This is a considerably wider power to indict than that contemplated by Cory J.A. If, in a grand jury jurisdiction the Crown prosecutor's power to indict is restricted in the way described by Cory J.A. it is the result of the operation of s. 504, a section which has no equivalent in the provisions applicable to non-grand jury provinces.

It might be suggested that the words in s. 507(3) operate as the requisite restriction. The essence of such a submission would be that while it is not necessary to hold a preliminary hearing into the precise offence for which the indictment is sought to be preferred in order to satisfy the requirement that a preliminary inquiry be held, this requirement does at least make it necessary that a preliminary hearing be held into "related charges" so that additional charges would be based on evidence adduced at the preliminary inquiry.

An essentially similar argument was advanced in *Chabot* with reference to the purported power of the presiding judge at a preliminary inquiry to commit an accused for trial on charges "related" to those that formed the subject matter of the preliminary inquiry. That argument was rejected in *Chabot*. I can see no more basis for it in the language of s. 507 than there was in the language of the sections in issue in *Chabot*.

I am very far from impugning the integrity or sense of decency of Crown prosecutors in Canada, but in my view acceding to the Crown's submissions in this case would open, at least as a theoretical consequence, the possibility of preliminary inquiries being used to bolster and widen rather than to test the Crown's case, for "fishing expeditions" rather than to allow the accused to rebut the accusations against him.

Putting aside any fanciful flights of imagination as to potential prosecutorial abuses of the wide

à un renvoi au procès relativement à une accusation quelconque et b) que l'accusé n'ait pas été libéré quant à l'infraction à l'égard de laquelle on cherche à présenter un acte d'accusation. Il s'agit là d'un pouvoir d'accusation beaucoup plus large que celui envisagé par le juge Cory. Si, dans un ressort soumis au système de grand jury, le pouvoir d'accusation du substitut du procureur général est limité de la manière décrite par le juge Cory, c'est en raison de l'application de l'art. 504, qui n'a pas d'équivalent dans les dispositions applicables aux provinces où il n'y a pas de grand jury.

On pourrait laisser entendre que le texte de l'art. 507(3) pourvoit la restriction nécessaire. Un tel argument revient essentiellement à dire que, bien qu'il ne soit pas nécessaire, pour satisfaire à l'exigence de tenir une enquête préliminaire, de tenir une enquête préliminaire sur l'infraction précise à l'égard de laquelle on cherche à présenter un acte d'accusation cette exigence rend au moins nécessaire de tenir une enquête préliminaire sur des «infractions reliées» de manière que toute accusation additionnelle soit fondée sur la preuve recueillie à l'enquête préliminaire.

On a soumis un argument essentiellement semblable dans l'affaire *Chabot* quant au pouvoir que possède apparemment le juge qui préside à une enquête préliminaire de renvoyer un accusé à son procès relativement à des accusations «reliées» à celles qui ont fait l'objet de l'enquête préliminaire. Cet argument a été rejeté dans l'arrêt *Chabot*. Je ne puis voir dans le texte de l'art. 507 plus de fondement à cet argument qu'il y en avait dans le texte des articles en cause dans l'affaire *Chabot*.

Je suis loin de mettre en doute l'intégrité ou l'esprit de décence des substituts du procureur général au Canada, mais à mon avis, si on faisait droit aux prétentions de la poursuite en l'espèce il deviendrait possible, en théorie du moins, que des enquêtes préliminaires servent à étayer et à élargir la preuve de la poursuite plutôt qu'à la vérifier, ou encore à faire des «recherches à l'aveuglette» plutôt que de permettre à l'accusé de repousser les accusations portées contre lui.

Mettant de côté tout élan d'imagination quant aux abus qui pourraient être commis par les substituts

powers latent in the Crown's interpretation of s. 507, it is plain that simply knowing that any evidence he gives can lead to additional charges being preferred against him will have a chilling effect on an accused's willingness to testify himself, or to ask others to testify on his behalf, at a preliminary inquiry. Furthermore, since he cannot know in advance the nature of possible additional charges against him, his ability to rebut these charges will be crucially weakened. Finally, as regards such additional offences, the preliminary inquiry cannot be at all to the benefit of the accused. With regard to alleged offences that form the subject of the preliminary inquiry, it is possible for the presiding judge to dismiss the charges and the accused is thereafter protected by the provisions of s. 507(3)(b). No such conclusion is possible in relation to any additional offences or to offences "disclosed by the evidence". Where no charges have been laid, they cannot be dismissed. Under such conditions the preliminary inquiry can only benefit the Crown.

Finally, it should be noted that while granting the powers claimed on behalf of the Crown could cause substantial inequity to an accused, rejecting these claims would seem to have little deleterious effect on the Crown's ability to make its case or on the administration of justice. All that is really being asked of the Crown prosecutor is that he know the nature of his case before he embarks on the preliminary inquiry. In special circumstances such as where it would be unjust to witnesses to compel them to repeat at a second inquiry testimony of a particularly distressing or traumatic character, s. 507(3) does allow for an indictment to be preferred even absent a preliminary inquiry, with the consent of the court, or as is more usual, by the Attorney General himself. This provision is capable of dealing sensibly with unusual or exceptional cases without turning the preferring of indictments on charges for which a preliminary inquiry has not been held, into an ordinary part of criminal procedure.

tuts du procureur général dans l'exercice des pouvoirs étendus que sous-tend l'interprétation de l'art. 507 proposée par la poursuite, il est évident que le seul fait, pour l'accusé, de savoir que tout témoignage qu'il rend peut conduire à la présentation d'accusations additionnelles contre lui aura un effet négatif sur sa volonté de témoigner lui-même ou d'appeler d'autres personnes à témoigner pour son compte à l'enquête préliminaire. De plus, puisqu'il ne peut pas connaître à l'avance la nature des accusations additionnelles qui pourront être portées contre lui, son aptitude à repousser ces accusations s'en trouvera gravement diminuée. Enfin, quant à ces infractions additionnelles, l'enquête préliminaire ne peut absolument pas profiter à l'accusé. En ce qui concerne les prétendues infractions qui font l'objet de l'enquête préliminaire, il est possible au juge qui préside à l'enquête de rejeter les accusations et, le cas échéant, l'accusé sera protégé par les dispositions de l'al. 507(3)b). On ne peut pas tirer cette conclusion relativement à des infractions additionnelles ou à des infractions «révélées par la preuve». Il est impossible de les rejeter lorsqu'aucune accusation n'a été portée. Dans ces conditions, l'enquête préliminaire ne peut profiter qu'à la poursuite.

Enfin, il faut souligner qu'alors que l'accusé pourrait subir une injustice grave si les pouvoirs revendiqués par la poursuite étaient accordés, refuser ces pouvoirs semblerait avoir peu d'effet négatif sur l'aptitude de la poursuite à établir sa preuve ou sur l'administration de la justice. Tout ce qu'on exige vraiment du substitut du procureur général, c'est qu'il connaisse la nature de sa preuve avant de s'engager dans l'enquête préliminaire. Dans des circonstances spéciales où il serait injuste que les témoins soient forcés de répéter, à une seconde enquête, un témoignage particulièrement pénible ou traumatisant, le par. 507(3) permet, même si une enquête préliminaire n'a pas été tenue, la présentation d'un acte d'accusation, avec le consentement de la cour ou, ce qui est plus habituel, par le procureur général lui-même. Cette disposition permet de traiter raisonnablement des situations exceptionnelles tout en permettant d'éviter que la présentation d'actes d'accusation comportant des accusations qui n'ont pas fait l'objet d'une enquête préliminaire ne devienne une pratique courante en procédure criminelle.

V Conclusion

In *Re Criminal Code, supra*, at p. 450, Idington J. said as follows:

... I am quite sure of one thing relative to the administration of justice, and that is that no one entrusted therewith or any part thereof should ever jeopardize or prejudice by the adoption of a doubtful course of procedure, when a safer one was at hand, either the administration of justice or the standing reputation or freedom of another for a single hour.

In my view, the course of procedure proposed by the Crown in this case is more than just "doubtful". It is based on an interpretation of s. 507 that is logically and practically the less acceptable of the two alternatives. It would place in the hand of the Crown prosecutor a power not in accord with the purpose of a preliminary inquiry, inherently inequitable to the accused and potentially open to abuse. For all these reasons I prefer the "safer course" advocated on behalf of the appellant.

I would allow the appeal. The two additional counts in the indictment should be quashed as improperly preferred.

*Appeal dismissed, DICKSON and WILSON JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: MacKesy, Smye, Turnbull & Grilli, Hamilton.*

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

V Conclusion

Dans *Re Criminal Code*, précité, à la p. 450, le juge Idington affirme:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] ... il y a, à propos de l'administration de la justice, une chose dont je suis tout à fait certain, c'est que celui qui en est chargé à quelque titre que ce soit ne devrait jamais, par l'adoption d'un moyen de procédure douteux, quand il en existe un plus sûr, mettre en danger l'administration de la justice ou la qualité <sup>b</sup> pour ester en justice, la réputation ou la liberté d'une autre personne pendant un seul moment.

À mon avis, la façon de procéder proposée par la poursuite en l'espèce est plus que simplement «douteuse». Elle se fonde sur une interprétation de l'art. <sup>c</sup> 507 qui est logiquement et pratiquement la moins acceptable des deux solutions. Elle conférerait au substitut du procureur général un pouvoir qui n'est <sup>d</sup> pas compatible avec le but de l'enquête préliminaire, qui est en soi injuste pour l'accusé et susceptible de donner lieu à des abus. Pour tous ces motifs je préfère la «solution plus sûre» préconisée par l'appellant.

<sup>e</sup> Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Les deux chefs d'accusation additionnels contenus dans l'acte d'accusation devraient être annulés pour le motif qu'ils ont été irrégulièrement présentés.

<sup>f</sup> *Pourvoi rejeté, les juges DICKSON et WILSON sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant: MacKesy, Smye, Turnbull & Grilli, Hamilton.*

<sup>g</sup> *Procureur de l'intimée: Le procureur général de la province de l'Ontario, Toronto.*

**Réal Bibeault, Marc Brière, Labour Court**  
*Appellants;*

and

**Kenneth McCaffrey** *Respondent;*

and

**Amalgamated Food and Allied Workers,  
Local P-405**

and

**N.D.G. Meat Market Ltd.** *Mis en cause.*

and between

**L'Association des employés de La  
Laurentienne** *Appellant;*

and

**Robert Carrier, Nicole Allard** *Respondents;*

and

**Maurice Vassart**

and

**La Laurentienne Compagnie Mutuelle  
d'Assurance** *Mis en cause.*

and between

**Maurice Vassart** *Appellant;*

and

**Robert Carrier, Nicole Allard** *Respondents;*

and

**L'Association des employés de La  
Laurentienne**

and

**La Laurentienne Compagnie Mutuelle  
d'Assurance** *Mis en cause.*

File Nos. : 16840, 16842 and 16839.

1983: November 1; 1984: April 2.

Present: Dickson, Beetz, Chouinard, Lamer and  
Wilson JJ.

**Réal Bibeault, Marc Brière, Tribunal du  
travail** *Appellants;*

et

<sup>a</sup> **Kenneth McCaffrey** *Intimé;*

et

<sup>b</sup> **Travailleurs unis de l'alimentation et d'autres  
industries, local P-405**

et

**N.D.G. Meat Market Ltd.** *Mis en cause.*

<sup>c</sup> et entre

**L'Association des employés de La  
Laurentienne** *Appelante;*

<sup>d</sup> et

**Robert Carrier, Nicole Allard** *Intimés;*

et

<sup>e</sup> **Maurice Vassart**

et

<sup>f</sup> **La Laurentienne Compagnie Mutuelle  
d'Assurance** *Mis en cause.*

et entre

**Maurice Vassart** *Appelant;*

<sup>g</sup> et

**Robert Carrier, Nicole Allard** *Intimés;*

et

<sup>h</sup> **L'Association des employés de La  
Laurentienne**

et

<sup>i</sup> **La Laurentienne Compagnie Mutuelle  
d'Assurance** *Mises en cause.*

N<sup>os</sup> du greffe: 16840, 16842 et 16839.

1983: 1 novembre; 1984: 2 avril.

<sup>j</sup> Présents: Les juges Dickson, Beetz, Chouinard, Lamer  
et Wilson.

## ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Labour relations — Investigation into definition of bargaining unit — Employees included in the bargaining unit denied right to be present and to be heard by labour commissioners — Writ of evocation — Whether employees interested parties — Code of Civil Procedure, art. 846 — Labour Code, R.S.Q. 1977, c. C-27 (as amended by 1977 (Que.), c. 41), ss. 25, 28, 32, 39, 43, 59, 118, 129, 131; formerly R.S.Q. 1964, c. 141 as amended, ss. 22, 24a, 24e, 30, 34, 47, 103, 106, 108.*

*Administrative law — Judicial review — Employees denied by Labour Court and labour commissioners the right to be heard at the inquiry regarding the description of the bargaining unit — Appeals brought by two labour commissioners, the Labour Court, and one of its judges — Locus standi.*

These appeals are to determine whether s. 32 of the Quebec *Labour Code* recognizes that employees included in the bargaining unit for which a union is seeking certification have the status of interested parties at an investigation by the labour commissioner into the definition of the bargaining units.

In the first case, a labour commissioner refused to hear respondent McCaffrey or to allow him to examine and cross-examine witnesses, or even to attend the hearing regarding the description of the bargaining unit. The Labour Court affirmed the decision of the commissioner and his interpretation of s. 32, holding that the wording of that section does not give an employee the status of an interested party or the right to be present. Alleging an excess of jurisdiction and a failure to observe the *audi alteram partem* rule, respondent then took the case to the Superior Court, which authorized a writ of evocation to be issued against the decision of the commissioner and the Labour Court. The Court of Appeal affirmed the judgment of the Superior Court. The commissioner, the Labour Court and its judge appealed from this decision.

In the second case respondents Carrier and Allard, following the refusal of the labour commissioner to hear them, went directly to the Superior Court, making the same arguments as above, but the latter dismissed their application for a writ of evocation. The Court of Appeal, basing itself on its earlier judgment, reversed the judgment of the Superior Court and authorized the writ to be issued. The commissioner and the employee associa-

## EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Relations de travail — Enquête relative à la définition de l'unité de négociation — Commissaires du travail refusant à des salariés compris dans l'unité de négociation le droit d'être présents et d'être entendus — Bref d'évocation — Les salariés sont-ils des personnes intéressées? — Code de procédure civile, art. 846 — Code du travail, L.R.Q. 1977, chap. C-27 (modifié par 1977 (Qué.), chap. 41), art. 25, 28, 32, 39, 43, 59, 118, 129, 131; auparavant S.R.Q. 1964, chap. 141 et modifications, art. 22, 24a, 24e, 30, 34, 47, 103, 106, 108.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Tribunal du travail et commissaires du travail refusant à des salariés le droit d'être entendus à l'enquête relative à la définition de l'unité de négociation — Appels interjetés par deux commissaires du travail, le Tribunal du travail et l'un de ses juges — Intérêt pour agir.*

Les présents pourvois visent à déterminer si l'art. 32 du *Code du travail* du Québec reconnaît aux salariés compris dans l'unité de négociation, pour laquelle un syndicat demande l'accréditation, la qualité de partie intéressée à l'enquête du commissaire du travail relative à la définition des unités de négociation.

Dans la première affaire, un commissaire du travail a refusé d'entendre l'intimé McCaffrey ou de lui permettre de procéder à l'interrogatoire et au contre-interrogatoire des témoins ou même d'assister à l'audition de l'enquête relative à la description de l'unité de négociation. Le Tribunal du travail a confirmé la décision du commissaire et son interprétation de l'art. 32 en statuant que le texte de cet article ne reconnaît pas au salarié la qualité de partie intéressée ni le droit d'être présent. Alléguant un excès de juridiction et un manquement à la règle *audi alteram partem*, l'intimé s'est alors adressé à la Cour supérieure qui a autorisé la délivrance d'un bref d'évocation à l'encontre de la décision du commissaire et du Tribunal du travail. La Cour d'appel a confirmé le jugement de la Cour supérieure. Le commissaire, le Tribunal du travail et son juge en appellent de cette décision.

Dans la deuxième affaire, suite au refus du commissaire du travail de les entendre, les intimés Carrier et Allard, invoquant les mêmes moyens que précédemment, se sont adressés directement à la Cour supérieure qui a toutefois rejeté leur requête visant la délivrance d'un bref d'évocation. La Cour d'appel, se fondant sur son jugement antérieur, a infirmé le jugement de la Cour supérieure et autorisé la délivrance du bref. Le commis-

tion, in two separate appeals, appealed from this decision.

*Held:* The appeals should be allowed.

An employee is not an interested party in respect of the description of the bargaining unit for the purposes of the commissioner's investigation preceding the granting of certification to an employee association. According to the principles of administrative law, in the absence of any provision to the contrary any interested party generally has a right to present his arguments and to be present at a hearing. By specifying in s. 32 of the Code in whose presence the investigation of a bargaining unit should be held—namely, in the presence of the "associations concerned" and of "the employer"—the legislator indicated his intent to divest the employee of the status of an interested party. This interpretation is indeed the most coherent and logical, in light of the legislative context and the general purport of the Code. This is therefore a case in which the issuance of writs of evocation should be refused, since the decision of the commissioners and the Labour Court, protected by a privative clause, was based on an interpretation of s. 32 which was not manifestly unreasonable. Finally, the Labour Court, its judge and the commissioners were entitled to appeal. The excess of jurisdiction alleged in the case at bar is of the kind which the decisions of this Court have recognized as conferring on them the necessary interest to be appellants.

*Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Air-Care Ltd. v. United Steel Workers of America*, [1976] 1 S.C.R. 2; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; *Canada Labour Relations Board v. Transair Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 722; *Labour Relations Board of New Brunswick v. Eastern Bakeries Ltd.*, [1961] S.C.R. 72; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. Dominion Fire Brick and Clay Products Ltd.*, [1947] S.C.R. 336; *International Association of Machinists v. Genaire Ltd.* (1958), 18 D.L.R. (2d) 588, referred to.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1981] C.A. 406, affirming a judgment of the Superior Court<sup>1</sup> authorizing a writ of evocation to be issued. Appeal allowed.

<sup>1</sup> C.S. Mtl., No. 500-05-009 797-794, July 17, 1979.

saire et l'association des salariés, dans deux pourvois distincts, en appellent de cette décision.

*Arrêt:* Les pourvois sont accueillis.

<sup>a</sup> Le salarié n'est pas une partie intéressée relativement à la description de l'unité de négociation pour les fins de l'enquête du commissaire qui précède l'attribution d'une accréditation à une association de salariés. Selon les principes de droit administratif, en l'absence d'une disposition contraire, toute partie intéressée a généralement le droit d'être présente et d'être entendue à une enquête. En spécifiant à l'art. 32 du Code en présence de qui l'enquête relative à l'unité de négociation devait se tenir—soit en présence des «associations en cause» et de «l'employeur»—le législateur a indiqué son intention de retirer aux salariés la qualité de partie intéressée. Cette interprétation est de fait la plus cohérente et la plus logique en regard du contexte législatif et de l'économie générale du Code. Il y a donc lieu de refuser la délivrance des brevets d'évocation puisque la décision des commissaires et du Tribunal du travail, protégée par une clause privative, reposait sur une interprétation de l'art. 32 qui n'était pas manifestement déraisonnable. Finalement, le Tribunal du travail, son juge et les commissaires avaient le droit de se porter appelants. L'excès de juridiction invoqué en l'espèce est de la nature de ceux que les décisions de cette Cour ont reconnu comme leur conférant l'intérêt voulu pour agir en cette qualité.

<sup>f</sup> Jurisprudence: *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Air-Care Ltd. c. United Steel Workers of America*, [1976] 1 R.C.S. 2; *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Conseil canadien des relations du travail c. Transair Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 722; *Labour Relations Board of New Brunswick v. Eastern Bakeries Ltd.*, [1961] R.C.S. 72; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. Dominion Fire Brick and Clay Products Ltd.*, [1947] R.C.S. 336; *International Association of Machinists v. Genaire Ltd.* (1958), 18 D.L.R. (2d) 588.

<sup>j</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1981] C.A. 406, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure<sup>1</sup> autorisant la délivrance d'un bref d'évocation. Pourvoi accueilli.

<sup>1</sup> C.S. Mtl., n° 500-05-009 797-794, 17 juillet 1979.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal<sup>2</sup> setting aside a judgment of the Superior Court, [1981] C.S. 80, refusing to issue a writ of evocation. Appeals allowed.

*Louis Crête*, for the appellants Bibeault and Vassart.

*Robert P. Gagnon*, for the appellant and mis en cause L'Association des employés de La Laurentienne.

*H. Laddie Schnaiberg, Q.C.*, for the respondents McCaffrey, Carrier and Allard.

English version of the judgment of the Court delivered by

LAMER J.—This case concerns three appeals from judgments of the Court of Appeal of Quebec, the effect of which was to authorize the issuance of writs of evocation to the Labour Court and to one of its judges. Although it relates to two separate cases, the question raised is the same except for a few minor details.

Following an application for certification made by an association, a commissioner undertook an investigation in each case into the representative nature of the union and the definition of the proposed bargaining units. One or more employees wished to make oral representations at the investigation, to call witnesses and to cross-examine other parties' witnesses regarding the definition of the bargaining unit. The commissioner refused this request, and in one case also prohibited the employee, Mr. McCaffrey, and his counsel, from attending that part of the investigation. In both cases under consideration, the commissioners based their decisions on s. 32 of the *Labour Code* (for the sake of convenience, I will use the current numbering), which reads as follows:

32. After an investigation, the labour commissioner seized of the matter shall decide as to the representative nature of the petitioning association. He shall also settle, after an investigation held in the presence of every association concerned and the employer, any matter relating to the bargaining unit and the persons contemplated by it.

<sup>2</sup> C.A. Mtl., No. 09-000349-811, September 17, 1981.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec<sup>2</sup> qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1981] C.S. 80, refusant la délivrance d'un bref d'évocation. Pourvois accueillis.

*Louis Crête*, pour les appelants Bibeault et Vassart.

*Robert P. Gagnon*, pour l'appelante et mise en cause L'Association des employés de La Laurentienne.

*H. Laddie Schnaiberg, c.r.*, pour les intimés McCaffrey, Carrier et Allard.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LAMER—Il s'agit de trois pourvois contre des décisions de la Cour d'appel du Québec qui ont eu pour effet d'autoriser l'émission de brefs d'évocation adressés au Tribunal du travail ainsi qu'à l'un de ses juges. Quoique concernant deux affaires distinctes, la question soulevée, est à quelques détails près, la même.

Suite à une demande d'accréditation syndicale faite par une association, un commissaire a procédé dans chaque affaire à une enquête portant sur le caractère représentatif du syndicat, ainsi que sur la définition des unités de négociation envisagées. Un ou des employés ont voulu faire des représentations orales à l'enquête, y faire entendre des témoins et contre-interroger ceux des autres parties, relativement à la définition de l'unité de négociation. Le commissaire a refusé cette demande et, dans l'un des cas a de plus empêché le salarié, M. McCaffrey et son procureur d'assister à cette partie de l'enquête. Dans les deux cas sous étude, les commissaires ont fondé leurs décisions sur l'art. 32 du *Code du travail* (pour plus de commodité, j'utilise la numérotation courante) qui se lit comme suit:

32. Le commissaire du travail saisi de l'affaire doit décider, après enquête, du caractère représentatif de l'association requérante. Il doit aussi trancher, après enquête tenue en présence de toute association en cause et de l'employeur, toute question relative à l'unité de négociation et aux personnes qu'elle vise.

<sup>2</sup> C.A. Mtl., n° 09-000349-811, 17 septembre 1981.

Only an employee included in the bargaining unit, or an interested association of employees shall be deemed an interested party as regards the representative character of an association of employees.

However, the two cases came to this Court by different routes.

In *Bibeault and Brière v. McCaffrey* (herein after called the *N.D.G. Meat Market* case), respondent McCaffrey, an employee of N.D.G. Meat Market Ltd., first appealed from this decision to the Labour Court as provided in s. 118 of the Code.

Judge Brière of the Labour Court affirmed the decision of commissioner Réal Bibeault certifying the petitioning union and his description of the bargaining unit, and gave to s. 32 *L.C.* the same interpretation as that given by the commissioner.

Relying both on the wording of s. 32 and on the general purport of the Code, Judge Brière refused to recognize the employee as an "interested party", or as having the right to be present, since the Code does not require the commissioner to hold his investigation in public, as is the case with the Labour Court. He concluded that the *audi alteram partem* rule had not been infringed, as follows:

[TRANSLATION] In any case, contrary to the allegations of appellant, the commissioner did not thereby infringe the *audi alteram partem* rule, since the legislator has not conferred the status of an interested party in any matter relating to the bargaining unit on an employee individually, though he may in fact be affected by such a matter, and this has undoubtedly been done in order to avoid the proliferation of such interventions and unnecessary complication of the commissioner's administrative function in deciding on the appropriate bargaining unit: the participation of the employer and of any employee association concerned has been held to be sufficient.

McCaffrey took the case to the Superior Court by a motion for a writ of evocation, alleging that the commissioner had infringed the *audi alteram partem* rule, thereby exceeding his jurisdiction. McCaffrey further alleged that the commissioner had exceeded his jurisdiction by his refusal to exercise it, in not ordering that a vote be held

Sont seuls considérés parties intéressées quant au caractère représentatif d'une association de salariés, tout salarié compris dans l'unité de négociation ou toute association de salariés intéressée.

<sup>a</sup> Toutefois, les deux affaires ont suivi un cheminement différent pour se rendre devant cette Cour.

Dans l'affaire *Bibeault et Brière c. McCaffrey* (ci-après l'affaire *N.D.G. Meat Market*), l'intimé McCaffrey, un employé de N.D.G. Meat Market Ltd., a d'abord appelé de cette décision devant le Tribunal du travail, comme le prévoit l'art. 118 du Code.

<sup>c</sup> Le juge Brière, du Tribunal du travail, confirmait la décision du commissaire Réal Bibeault accréditant l'union requérante et sa description de l'unité de négociation, et donnait à l'art. 32 *C.T.* la même interprétation que celle donnée par le commissaire.

<sup>e</sup> Se fondant tant sur le texte de l'art. 32 que sur l'économie générale du Code le juge Brière ne reconnaît pas au salarié la qualité de «partie intéressée», ni non plus le droit d'être présent, la loi n'obligeant pas le commissaire à tenir son enquête en public, comme c'est le cas pour le Tribunal du travail. Il conclut que la règle *audi alteram partem* n'a pas été violée, comme suit:

<sup>g</sup> Quoi qu'il en soit, contrairement à ce qu'allègue l'appellant, le commissaire n'a pas ainsi violé la règle *audi alteram partem*, puisque le législateur n'a pas reconnu au salarié individuellement la qualité de partie intéressée sur toute question relative à l'unité de négociation, bien qu'il soit effectivement concerné par cette question, et ce, sans doute, pour éviter la prolifération de telles interventions et compliquer indûment la tâche administrative du commissaire de déterminer l'unité de négociation appropriée, la seule participation de l'employeur et de toute association de salariés en cause étant jugée suffisante.

<sup>i</sup> McCaffrey a porté l'affaire en Cour supérieure au moyen d'une requête pour l'émission d'un bref d'évocation, alléguant que le commissaire avait contrevenu à la règle *audi alteram partem*, excédant ainsi à sa juridiction. McCaffrey alléguait aussi que le commissaire avait excédé sa juridiction par son refus de l'exercer, en n'ordonnant pas



based on proof of irregularities connected with the signing of their membership cards by certain members of the unit. (This argument was not raised in this Court.)

McCaffrey further argued that the Labour Court and its judge had lost jurisdiction for refusing to exercise it, in not setting aside the decision of the commissioner on these points, and added that the Court and the judge had lost jurisdiction by rendering judgment some thirteen months after the end of the hearing, thereby contravening s. 131 *L.C.*, which provides that the judgment must be rendered within fifteen days.

Paradis J. of the Superior Court allowed this motion as follows:

[TRANSLATION] This provision requires the commissioner to proceed on matters relating to the bargaining unit in the presence of any association concerned and of the employer, but does not exclude anyone else. Manifestly, anyone who has an interest should be heard, and to proceed disregarding this rule constitutes a serious irregularity and abuse of power which leads me to conclude that justice was not done.

It may be concluded from this passage in his reasons that he considered that the investigation should be public and that McCaffrey and his counsel were entitled to be present at the hearing just as any other person might be; also, that McCaffrey is an "interested party" in this part of the commissioner's investigation, and as such had the right not only to be present but to be heard as well.

The Court of Appeal of Quebec, [1981] C.A. 406, upheld the decision of Paradis J., relying essentially on the same reasons, though in a more elaborate form.

In the two appeals *Vassart v. Carrier and Allard* and *L'Association des employés de La Laurentienne v. Carrier and Allard*, respondents Carrier and Allard, two employees of La Laurentienne, elected when denied a hearing to go directly to the Superior Court by a motion for a writ of evocation, without waiting for the rest of the hearing and a decision on the merits, alleging a violation of the *audi alteram partem* rule by commissioner Vassart.

la tenue d'un vote suite à la preuve d'irrégularités en regard de la signature par certains membres de l'unité de leurs cartes d'adhésion. (Ce moyen n'a pas été soulevé devant notre Cour.)

<sup>a</sup> McCaffrey entreprenait également en regard de sa perte de juridiction le Tribunal du travail et son juge pour avoir refusé d'exercer sa juridiction en ne cassant pas sur ces questions la décision du commissaire, et ajoutait que le Tribunal et le juge avaient perdu juridiction en rendant jugement quelques treize mois après la fin de l'audition, contrevenant ainsi à l'art. 131 *C.T.* qui porte que la décision doit être rendue dans les quinze jours.

<sup>b</sup> Le juge Paradis de la Cour supérieure, a accueilli cette requête comme suit:

<sup>c</sup> Cette disposition oblige le commissaire à procéder en présence de toute association en cause et de l'employeur sur les questions relatives à l'unité de négociation, mais n'exclut personne d'autre. Manifestement celui qui y a intérêt doit être entendu, et procéder à l'encontre de ce précepte, constitue une irrégularité grave et un abus de pouvoir qui me donne raison de croire que justice n'a pas été rendue.

<sup>d</sup> De ce passage de ses propos on peut en déduire qu'il est d'avis que l'enquête doit être publique et que McCaffrey et son procureur avaient le droit d'être présents à l'audition au même titre que toute autre personne; aussi, que McCaffrey est une «partie intéressée» à cette partie de l'enquête du commissaire et comme tel avait le droit d'être non seulement présent, mais aussi entendu.

<sup>e</sup> La Cour d'appel du Québec, [1981] C.A. 406, a maintenu la décision du juge Paradis, s'appuyant essentiellement sur les mêmes motifs, quoique de façon plus élaborée.

<sup>f</sup> Dans les deux pourvois *Vassart c. Carrier et Allard*, et *L'Association des employés de La Laurentienne c. Carrier et Allard*, les intimés Carrier et Allard, deux employés de La Laurentienne, ont, face au refus d'être entendus, choisi d'aller directement en Cour supérieure au moyen d'une requête pour l'émission d'un bref d'évocation, sans attendre la suite de l'enquête et la décision au fond, alléguant la violation de la règle *audi alteram partem* par le commissaire Vassart.

Gonthier J. of the Superior Court, [1981] C.S. 80, dismissed their motion. Without ruling expressly on the question of whether an employee is, regarding the definition of a bargaining unit, an "interested party" within the meaning of s. 32 *L.C.*, Gonthier J. stated that in his opinion, in any case, only "associations concerned" and "the employer", and no others, be they interested parties or not, had a right to be present at this stage and participate in this aspect of the hearing before the labour commissioner.

Analysing section 32 *L.C.*, he said the following (at pp. 81-82):

[TRANSLATION] According to this section, the labour commissioner must decide two questions, namely the representative nature of the petitioning association and the bargaining unit. The parties interested in each of these questions are not the same. The employer is excluded as an interested party in the representative nature, but included with regard to any matter relating to the bargaining unit, since the investigation must necessarily be held in his presence. Any employee association concerned or interested is specifically included in both cases. An employee included in the bargaining unit is expressly regarded as an interested party so far as the representative nature is concerned, but is not mentioned in connection with any matter relating to the bargaining unit.

The provisions also differ as to the hearing. No mention of it is made in relation to the representative nature, undoubtedly because the status of interested party carries with it the right to be heard in the absence of any provision to the contrary.

No definition is given of interested parties in respect of the bargaining unit. On the other hand, there is a specific provision as to the parties who are entitled to be present at the investigation, that is every association concerned and the employer. The issue turns on the scope of the latter provision.

In its literal sense, this provision gives the right to be present to every association concerned and the employer, on any matter relating to the bargaining unit and the persons contemplated by it. It does not exclude the presence of other persons, nor does it exclude the possibility that other persons may be interested, but it does not give them a right to be present.

Taken in its literal sense, therefore, this provision contemplates a hearing in which the employer and one or more employee associations will be represented. This

Le juge Gonthier de la Cour supérieure, [1981] C.S. 80, a rejeté leur requête. Sans se prononcer explicitement sur la question de savoir si le salarié est, en ce qui touche la définition de l'unité de négociation, une «partie intéressée» au sens de l'art. 32 *C.T.*, le juge Gonthier s'est dit d'avis que, de toute façon, seules les «associations en cause» et «l'employeur», à l'exclusion de tous autres, parties intéressées ou pas, avaient le droit d'être présents à cette phase et de participer à cet objet de l'audition devant le commissaire du travail.

Analysant l'article 32 *C.T.*, il s'en exprime comme suit (aux pp. 81 et 82):

Selon cet article, le Commissaire du travail doit décider de deux questions, soit le caractère représentatif de l'association requérante et l'unité de négociation. Les parties intéressées sur chacune de ces questions ne sont pas les mêmes. L'employeur est exclu comme partie intéressée quant au caractère représentatif mais inclus quant à toute question relative à l'unité de négociation puisque l'enquête doit obligatoirement être tenue en sa présence. Toute association de salariés en cause ou intéressées est nommément incluse dans les deux cas. Le salarié compris dans l'unité de négociation est expressément considéré comme partie intéressée quant au caractère représentatif, mais n'est pas mentionné en ce qui touche toute question relative à l'unité de négociation.

Les dispositions diffèrent également en ce qui touche l'audition. En matière de caractère représentatif, aucune mention n'en est faite sans doute parce que la qualité de parties intéressées entraîne le droit d'être entendu en l'absence d'une disposition d'effet contraire.

En matière d'unité de négociation, aucune définition n'est donnée des parties intéressées. Par contre, il y a une disposition particulière quant aux parties qui ont droit d'être présentes à l'enquête, soit toute association en cause et l'employeur. C'est sur la portée de cette dernière disposition que se situe le débat.

Selon son sens littéral, cette disposition donne le droit d'être présent à toute association en cause et à l'employeur sur toute question relative à l'unité de négociation et aux personnes qu'elle vise. Elle n'exclut pas la présence d'autres personnes et n'exclut pas non plus que d'autres personnes soient intéressées mais elle ne leur accorde pas le droit d'être présentes.

Cette disposition comprise dans son sens littéral envisage donc une audition où sont représentés l'employeur et la ou les associations d'employés. Ceci est conséquent

is consistent with other provisions of the *Labour Code*, in particular:

(1) Section 28(a) provides that if the certification agent comes to the conclusion that the association has the representative character required, and if he ascertains that there is agreement between the employer and the association on the bargaining unit and the persons contemplated by it, he must certify it immediately, and indicate which group of employees constitutes the bargaining unit. Under section 28(c), the same rule applies if the employer refuses his agreement but neglects or refuses to communicate the reasons for his disagreement within ten days of a request made to him to that effect by the certification agent. In such circumstances, the certification takes place without the employees being entitled to participate.

(2) According to section 28(d), if there is agreement between the employer and association on the bargaining unit but not on certain persons contemplated in the petition, the certification agent must also certify the association immediately for the bargaining unit applied for regardless of whether the persons in respect of whom there is no agreement are eventually, by the decision of the labour commissioner, included in the bargaining unit or excluded. This section specifically provides that disagreement as to certain persons contemplated shall not have the effect of preventing the making of a collective agreement.

(3) Section 39 provides another remedy, this time for any interested party, who may request the labour commissioner to decide whether a person is an employee or a member of an association, whether he is included in the bargaining unit and any other matters relating to certification.

(4) So far as an appeal from a decision of a labour commissioner is concerned, in the case of the description of a bargaining unit or the inclusion or exclusion of the persons contemplated by it, section 129 gives this right only to the employer, the certified association or any rival petitioning association, thus excluding any other interested person and excluding employees included in the bargaining unit, who nonetheless, also under section 129, expressly benefit from a right of appeal in matters respecting the refusal or granting of certification.

These other provisions undoubtedly do not determine who are interested parties before a labour commissioner or who is entitled to be present at his investigation. However, they disclose an intent by the legislator to limit the participation of employees in the discussion of a bargaining unit.

avec d'autres dispositions du *Code du travail* soit en particulier:

1) L'article 28a) qui prévoit que si l'agent d'accréditation en vient à la conclusion que l'association jouit du caractère représentatif et s'il constate qu'il y a accord entre l'employeur et l'association sur l'unité de négociation et sur les personnes qu'elle vise, il doit l'accréditer sur-le-champ en indiquant le groupe de salariés qui constitue l'unité de négociation. Selon l'article 28c), la même règle prévaut si l'employeur refuse son accord mais néglige ou refuse de communiquer les raisons de son désaccord dans les dix jours de la demande que lui fait l'agent d'accréditation à cet effet. Dans ces circonstances, l'accréditation a lieu sans que les employés aient le droit d'y participer.

2) Selon l'article 28d), s'il y a accord entre l'employeur et l'association sur l'unité de négociation mais non sur certaines personnes visées par la requête, l'agent d'accréditation doit également accréditer l'association sur-le-champ pour l'unité de négociation demandée peu importe que les personnes sur lesquelles il n'y a pas accord soient éventuellement, selon la décision du commissaire du travail, incluses ou non dans l'unité de négociation. Cet article prévoit spécifiquement que le désaccord sur certaines personnes visées ne peut avoir pour effet d'empêcher la conclusion d'une convention collective.

3) L'article 39 prévoit un autre recours cette fois en faveur de toute partie intéressée permettant de faire décider par le commissaire du travail si une personne est un salarié ou un membre d'une association, si elle est comprise dans l'unité de négociation et toutes autres questions relatives à l'accréditation.

4) Quant à l'appel d'une décision du commissaire du travail, en matière de description d'unité de négociation ou d'inclusion ou d'exclusion des personnes qu'elle vise, l'article 129 n'accorde ce droit qu'à l'employeur, l'association accréditée ou toute association requérante rivale, excluant donc tout autre intéressé et excluant les salariés compris dans l'unité de négociation qui, par contre, selon ce même article 129, bénéficient expressément d'un droit d'appel en matière de refus ou d'octroi d'une accréditation.

Ces autres dispositions ne déterminent certes pas quelles sont les parties intéressées devant le commissaire du travail ni quelles sont celles qui ont droit d'être présentes à son enquête. Cependant, elles font voir une intention du législateur de limiter la participation des salariés dans le débat sur l'unité de négociation.

It is true that the second sentence of section 32 does not state, like the last sentence of that section or section 129, that only the persons mentioned therein are contemplated. This suggests that the legislator did not necessarily exclude employees. However, the undersigned is of the opinion that by expressly conferring the right to be present on certain employees, he did not intend to confer the same right on any interested party. This is the literal meaning of the provision, in accordance with the *expressio unius est exclusio alterius* rule. This interpretation is consistent with the intention stated in sections 28 and 129 to limit the participation of other persons in the discussion of a bargaining unit and the persons included in it, and in the appeal from another remedy under section 39, which authorizes the making of decisions on individual rights of employees outside the investigation of a bargaining unit, and so without delaying it. It is also consistent with the intent of the legislator to promote the right of association and the certification of employee associations for the purpose of making collective agreements.

He concludes his judgment as follows (at p. 83):

[TRANSLATION] The undersigned accordingly concludes that the labour commissioner was not required to allow petitioners to participate in the hearing before him regarding matters relating to the bargaining unit and the persons contemplated by it, and that he is not required to summon them to such a hearing.

As this is a case of evocation and both the commissioners and the Labour Court are protected by a privative clause, it was unnecessary, in order to decide whether they exceeded their jurisdiction and whether to issue a writ, to find that their interpretation of s. 32 was the correct one, as Gonthier J. did. It would have been sufficient to conclude that this interpretation is not patently unreasonable (*Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382).

The complaint by the employees that the *audi alteram partem* rule has been infringed assumes that the law gives them the status of interested party and that, if so, it has not deprived them of the characteristics of that status. Such a finding is within the authority of the commissioners, and the

Il est vrai que la deuxième phrase de l'article 32 ne déclare pas comme la dernière phrase de cet article ni comme l'article 129 que seules sont visées les personnes y mentionnées. Aussi doit-on penser que le législateur n'a pas obligatoirement exclu les employés. Cependant en donnant expressément le droit à certaines parties d'être présentes, le soussigné est d'avis qu'il n'a pas voulu accorder le même droit à toutes parties intéressées. C'est là le sens littéral de la disposition selon l'application de la règle *expressio unius est exclusio alterius*. Cette interprétation est conséquente avec l'intention exprimée aux articles 28 et 129 de limiter la participation d'autres personnes au débat sur l'unité de négociation et les personnes qu'elle vise et au pourvoi d'un autre recours selon l'article 39 qui permet de faire décider des droits individuels des salariés en dehors de l'enquête sur l'unité de négociation et donc sans la retarder. Elle est conséquente également avec l'intention du législateur de favoriser le droit d'association et l'accréditation d'association de salariés en vue de la conclusion de conventions collectives.

Et conclut son jugement comme suit (à la p. 83):

Le soussigné en arrive donc à la conclusion que le commissaire du travail n'était pas tenu d'accepter la participation des requérants lors de l'audition devant lui en ce qui touche les questions relatives à l'unité de négociation et aux personnes qu'elle vise et qu'il n'est pas tenu de les convoquer à une telle audition.

Comme il s'agit d'évocation et que les commissaires de même que le Tribunal du travail sont protégés par une clause privative, il n'était pas nécessaire, pour décider qu'ils n'ont pas excédé leur compétence et refuser l'émission du bref, de déterminer que leur interprétation de l'art. 32 est la bonne, comme l'a fait le juge Gonthier. Il eût été suffisant de conclure que cette interprétation n'est pas manifestement déraisonnable (*Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382).

En effet, le grief des salariés portant que la règle *audi alteram partem* a été violée présuppose que la loi leur reconnaît le statut de partie intéressée et que, le cas échéant, elle ne leur a point retiré les attributs de celui-ci. Cette détermination est du ressort des commissaires et celle-ci est, du fait de

latter, as a consequence of the privative clause, is immune from review by the superior courts unless it is patently unreasonable.

In my view, the decision of the commissioners and the Labour Court rests on an interpretation of s. 32 *L.C.* which is not patently unreasonable.

In fact, I agree with the conclusion by Gonthier J. and with his reasons, except in so far as they implicitly give the employee by implication the status of an interested party to whom the right to be present has been denied.

The legislative history of s. 32, quite apart from the question of whether an employee is an interested party, clearly indicates the intent of the legislator to exclude the employer from the first part of the investigation and the employee from the second. Until 1969 the *Labour Code* was silent regarding "interested parties" or the obligation to conduct the investigation in anyone's presence.

At that time s. 28 of the Code read:

28. If after investigation, the Board considers that the petitioning association represents the majority of the whole or of a separate group of the employees of the employer mentioned in the petition, it shall grant certification.

The Board shall render a written decision accordingly and specify the group which the certified association represents.

A copy of such decision shall be sent to the employer.

In 1969, the legislator twice amended the wording, which became successively s. 24*b* of the Code (1969 (Que.), c. 47, s. 12) and then s. 24*e* of the same Code (1969 (Que.), c. 48, s. 14):

24*b*. The investigation commissioner shall have all the powers, immunities and privileges of a commissioner appointed under the Public Inquiry Commission Act; he shall have in particular the power to summon witnesses, to require the taking of oaths and administer the same, to compel any person to produce exhibits or documents in his possession and generally to perform any act necessary for the pursuit of his investigation.

After making an investigation on the premises respecting the petitioning association, the investigation

la clause privative, à l'abri de l'intervention des cours supérieures à moins qu'elle ne soit manifestement déraisonnable.

a Je suis d'avis que la décision des commissaires et du Tribunal du travail repose sur une interprétation de l'art. 32 *C.T.* qui n'est pas manifestement déraisonnable.

b De fait, je suis d'accord avec la conclusion du juge Gonthier et avec ses motifs, sauf dans la mesure où ceux-ci confèrent implicitement au salarié le statut de partie intéressée à qui on a refusé le droit d'être présent.

c L'historique législatif de l'art. 32 indépendamment de la question de savoir si le salarié est une partie intéressée ou pas, démontre bien la volonté du législateur d'exclure l'employeur du premier volet de l'enquête et le salarié du deuxième. Jusqu'en 1969, le *Code du travail* était silencieux quant aux «parties intéressées» ou encore quant à l'obligation de procéder à l'enquête en présence de qui que ce soit.

e L'article 28 du Code énonçait alors:

f 28. Si, après enquête, la Commission juge que l'association requérante représente la majorité de l'ensemble ou d'un groupe distinct des salariés de l'employeur visé par la requête, elle accorde l'accréditation.

La Commission rend une décision écrite à cet effet et spécifie le groupe que représente l'association accréditée.

g Une copie de cette décision doit être transmise à l'employeur.

h En 1969, le législateur modifiait deux fois le texte qui devint successivement l'art. 24*b* du Code (1969 (Qué.), chap. 47, art. 12) puis l'art. 24*e* du même Code (1969 (Qué.), chap. 48, art. 14):

i 24*b*. Le commissaire-enquêteur est investi de tous les pouvoirs, immunités et privilèges d'un commissaire nommé en vertu de la Loi des commissions d'enquête; il a en particulier le pouvoir d'assigner des témoins, d'exiger et de recevoir la prestation du serment, d'obliger toute personne à déposer des pièces ou documents en sa possession et généralement de poser tout acte nécessaire à la poursuite de l'objet de son enquête.

j Le commissaire-enquêteur doit décider, après enquête sur les lieux auprès de l'association requérante, de son

commissioner shall decide as to its representative nature. After an investigation held in the presence of the association and the employer, he shall also settle any dispute relating to the bargaining unit and the persons contemplated by it.

As soon as he has terminated his investigation or at the latest within the three following days, the investigation commissioner shall render his decision either to grant or to refuse certification, and, should the case arise, shall describe the appropriate bargaining unit. Such decision shall be rendered in writing and shall state the reasons therefor. Certified true copies thereof must be sent to the association and to the employer.

The transcription of the stenographic notes of the investigation, or of the recording thereof on magnetic tape, the exhibits or documents produced and the decision of the investigation commissioner shall constitute the record of the investigation.

**24e.** After an investigation, the investigation commissioner seized of the matter shall decide as to the representative nature of the petitioning association. He shall also settle, after an investigation held in the presence of every association concerned and the employer, any matter relating to the bargaining unit and the persons contemplated by it.

Only an employee included in the bargaining unit, or an interested association of employees shall be deemed an interested party as regards the representative character of an association of employees.

By enacting s. 24b in 1969, the legislator for the first time divided the certification procedure in two: the representative nature and matters relating to the bargaining unit. Equally important, however, is the fact that for the first time he created an obligation for the commissioner to proceed "respecting the petitioning association" or "in the presence" of that association and the employer.

The list of parties to be consulted and to be present at the two stages of the investigation is an addition to s. 28, which made provision for no one, and the list was consequently exhaustive. The fact that the legislator sought a few months later to clearly exclude the employer and provide for participation by the employee in the first stage of the investigation, by a text which says this specifically ("only an employee . . .") does not in any way alter the exhaustive nature of the list of persons to

caractère représentatif. Il doit aussi trancher, après enquête tenue en présence de l'association et de l'employeur, tout différend relatif à l'unité de négociation et aux personnes qu'elle vise.

*a* Sitôt son enquête terminée ou au plus tard dans les trois jours suivants, le commissaire-enquêteur doit rendre sa décision à l'effet d'accorder ou de refuser l'accréditation et, le cas échéant, décrire l'unité de négociation appropriée. Cette décision doit être rendue par écrit et motivée. Des copies certifiées conformes doivent en être transmises à l'association et à l'employeur.

*c* La transcription des notes sténographiques de l'enquête ou de son enregistrement sur bande magnétique, les pièces ou documents déposés et la décision du commissaire-enquêteur constituent le dossier de l'enquête.

*d* **24e.** Le commissaire-enquêteur saisi de l'affaire doit décider, après enquête, du caractère représentatif de l'association requérante. Il doit aussi trancher, après enquête tenue en présence de toute association en cause et de l'employeur, toute question relative à l'unité de négociation et aux personnes qu'elle vise.

*e* Sont seuls considérés parties intéressées quant au caractère représentatif d'une association de salariés, tout salarié compris dans l'unité de négociation ou toute association de salariés intéressée.

*f* Le législateur en édictant en 1969 l'art. 24b divisait pour la première fois la procédure d'accréditation en deux volets: le caractère représentatif et les questions relatives à l'unité de négociation. *g* Mais tout aussi important est le fait qu'il prévoyait pour la première fois l'obligation pour le commissaire de procéder «auprès de l'association requérante» ou «en présence» de celle-ci et de *h* l'employeur.

*i* La liste des parties à être consultées et présentes aux deux phases de l'enquête est un ajout à l'art. 28, qui ne prévoyait personne et, partant la liste était exhaustive. Que l'on ait voulu quelques mois plus tard exclure clairement l'employeur et prévoir la participation du salarié au premier volet de l'enquête par un texte qui le dit spécifiquement («sont seuls considérés . . .») ne change pas pour autant le caractère exhaustif de la liste des présences pour le deuxième volet de l'enquête qui est

be present for the second stage of the investigation, which stayed the same and has done so until the present time.

While I agree with Gonthier J. as to the exhaustive nature of the list of those to be present at the investigation of a bargaining unit, I also agree with Judge Brière in saying that the right of an employee to be present was not provided for because he was not intended to be an "interested party". In short, instead of saying that the employee is an interested party who has been refused the important right of being present, I would say that the refusal of this important right, in light of the general purport of the Code and the other rights of which he has been deprived, reflects the intent of the legislator to divest him of that status.

If employees were interested parties, the legislator would not have to specify in whose presence the investigation should be held. According to the principles of administrative law, in the absence of any provision to the contrary any interested party generally has a right to present his arguments and to be present at a hearing. It could hardly be argued, for example, that the commissioner could refuse to receive representations from employees as to the representative nature of the association. Nonetheless, section 32 does not specifically state that an investigation on this question should be held in their presence. The right to be present and to make representations is implicit in the status of an interested party.

If the employees were interested parties so far as the bargaining unit is concerned, s. 32 *L.C.* would confer on the commissioner the power to conduct his investigation into this question in the absence of one of the interested parties, which would be extraordinary to say the least. Employees, as interested parties, would be required to make their representations, where or how no one knows, without knowing what the associations and employers had said to the commissioner.

With respect, I consider that in this regard the Court of Appeal of Quebec erred in refusing to read the Act as a whole, and in construing s. 32 in isolation, without reference to the legislative context. As Professor P.-A. Côté observes in his book

demeurée la même, et ce jusqu'à aujourd'hui.

D'accord avec le juge Gonthier quant au caractère exhaustif de la liste des «présents» à l'enquête sur l'unité de négociation, je me trouve par ailleurs d'accord avec le juge Brière pour dire que le droit du salarié d'être présent n'a pas été prévu parce que l'on n'a pas voulu qu'il soit une «partie intéressée». En somme, au lieu de dire que le salarié est une partie intéressée à qui on a refusé l'attribut important d'être présent, je dis que le refus de cet important attribut, en regard de l'économie générale du Code et des autres attributs dont il se voit dépouillé reflète la volonté du législateur de lui retirer cette qualité.

En effet si les salariés étaient une partie intéressée, le législateur n'aurait pas eu à spécifier en présence de qui l'enquête devait se tenir. Selon les principes du droit administratif, en l'absence d'une disposition à l'effet contraire, toute partie intéressée a généralement le droit de faire valoir ses moyens et d'être présente à l'enquête. Il est difficile de soutenir, par exemple, que le Commissaire pourrait refuser de recevoir les représentations des salariés relativement au caractère représentatif de l'association. Pourtant, l'article 32 ne précise pas que l'enquête sur cette question doit être tenue en leur présence. Est implicite à la qualité de partie intéressée le droit d'être présent et de faire des représentations.

Si les salariés étaient une partie intéressée relativement à l'unité de négociation, l'art. 32 *C.T.* conférerait au commissaire le pouvoir de procéder à son enquête sur cette question en l'absence de l'une des parties intéressées, ce qui serait pour le moins exceptionnel. Les salariés, en tant que partie intéressée, seraient forcés de faire leurs représentations, on ne sait où ni comment, sans savoir ce que les associations et les employeurs ont plaidé devant le Commissaire.

Avec déférence, je crois que la Cour d'appel du Québec, à cet égard, a erré en refusant de lire la loi comme un tout et en interprétant l'art. 32 de façon isolée, sans référence au contexte législatif. Comme le rappelle le professeur P.-A. Côté dans

*Interprétation des lois*, 1982, Éditions. Yvon Blais Inc., at p. 256:

[TRANSLATION] . . . the law, which reflects the thinking of a rational legislator, is thereby deemed to be based on a consistent and logical approach and its interpreter must opt for whichever meaning of the provision confirms the postulate of a rational legislator, rather than the one which creates inconsistencies, illogicalities or antinomies in the law . . . the law is interpreted as a whole, each of its parts being regarded as fitting logically into the overall system formed by the law.

With reference to the legislative context, let us consider first s. 28 of the *Labour Code*. According to that section, the certification agent is authorized to certify an association once he ascertains that the bargaining unit is representative and that there is an agreement between the employer and the association as to the bargaining unit. It would be somewhat strange, if the employee were an "interested party", for the certification agent to be able to disregard his position on definition of the bargaining unit and proceed with certification without obtaining his consent, or at least his opinion.

Moreover, how could an interested party have no right of appeal? If it were held that employees are "interested parties" on the question of the bargaining unit, the Code would not be consistent, since then it would in practice confer a right of appeal on this question only on parties whose presence was required by s. 32 *L.C.* (*cf.* s. 129(b) *L.C.*). A situation would result in which the Code for no reason placed certain interested parties in a less advantageous position than others, which could not be justified.

The only construction capable of placing the various parties on an equal footing so far as an appeal is concerned requires that s. 32 *L.C.* be read as conferring the status of an interested party as to the bargaining unit only on associations concerned and the employer, thus excluding employees *inter alia*.

I am not shaken in my conviction by those who argue, in support of the status of an interested party for employees, that s. 25 *L.C.* requires them to be informed when a petition of certification is

son livre *Interprétation des lois*, 1982, Éditions. Yvon Blais Inc., à la p. 256:

. . . la loi, qui manifeste la pensée du législateur rationnel, est donc réputée refléter une pensée cohérente et logique et l'interprète doit préférer le sens d'une disposition qui confirme le postulat de la rationalité du législateur plutôt que celui qui crée des incohérences, des illogismes ou des antinomies dans le droit. . . la loi s'interprète comme un tout, chacun de ses éléments devant être considéré comme s'intégrant logiquement dans le système d'ensemble que la loi forme.

Nous référant au contexte législatif, examinons d'abord l'art. 28 du *Code du travail*. Selon cet article, l'agent d'accréditation est habilité à accréditer une association dès qu'il constate la présence du caractère représentatif ainsi qu'une entente entre l'employeur et l'association relativement à l'unité de négociation. Il serait plutôt étrange, si le salarié était une «partie intéressée», que l'agent d'accréditation puisse faire fi de leur position sur la définition de l'unité de négociation et procéder à l'accréditation sans obtenir leur consentement, ou leur avis à tout le moins.

Au surplus, comment pourrait-on expliquer qu'une partie intéressée ne dispose d'aucun droit d'appel. Si on décidait que les salariés sont des «parties intéressées» sur la question de l'unité de négociation, le Code serait incohérent puisqu'il ne conférerait dès lors en pratique un droit d'appel sur cette question qu'aux parties dont on requiert la présence à l'art. 32 *C.T.* (*cf.* art. 129b *C.T.*). On se retrouverait dans une situation où le Code placerait sans raison aucune certaines parties intéressées dans une position moins avantageuse que celle des autres, ce qui ne serait aucunement justifiable.

La seule interprétation qui permette aux divers intéressés d'être sur un pied d'égalité en regard de l'appel commande de lire l'art. 32 *C.T.* comme conférant le statut de partie intéressée relativement à l'unité de négociation aux seules associations en cause et à l'employeur, donc à l'exclusion entre autres des salariés.

Je ne suis pas ébranlé dans ma conviction par ceux qui arguent au soutien du statut de partie intéressée des salariés que l'art. 25 *C.T.* requiert que ceux-ci soient informés du dépôt d'une requête



filed. First, the fact that employees are not interested parties so far as the bargaining unit is concerned does not deprive them of that status in respect of the representative nature of an association: hence the requirement of notice. Such notice is also necessary to inform employees of the safeguarding of conditions of employment (s. 59) or, for example, of the possibility that certification of an existing association may be annulled (s. 43 L.C.).

Finally, it should be added that s. 39 L.C. should not be construed so as to avoid the effects of s. 32 L.C.

39. Of its own motion during its investigation and at any time upon request by an interested party, the labour commissioner may decide if a person is an employee or a member of an association, if he is included in the bargaining unit, and any other matters relating to certification.

In either case, the labour commissioner may request a certification agent to make an investigation. Such certification agent shall draw up a report of his findings and send it to the parties. If the parties accept in writing the report of the certification agent, the commissioner may decide on the basis of the investigator's report alone without having to call the parties for a hearing.

In my opinion an employee is not an interested party in respect of the description of the bargaining unit for the purposes of the commissioner's investigation preceding the granting of certification to an employee association, whether that investigation is conducted under s. 32 or s. 39 L.C. This clearly follows from the fact that an employee has no more right of appeal in respect of a bargaining unit description following a decision made pursuant to s. 39 than following such a decision pursuant to s. 32 L.C. To decide otherwise would create confusion and inconsistency in the application of the Code.

Of course, the foregoing should not be interpreted as designed to allow one party to obtain the amendment or annulment of a validly obtained certification by means of s. 39 L.C. I do not think it is necessary for the purposes of the appeals at bar to decide this question, or the interest of an

en accréditation. D'abord, le fait que les salariés ne soient pas une partie intéressée relativement à l'unité de négociation ne les prive pas de ce statut, quant au caractère représentatif de l'association, d'où le besoin d'un avis. Cet avis est aussi nécessaire pour informer les salariés du gel des conditions de travail (art. 59) ou encore, entre autres, à titre d'exemple, de la possibilité de la révocation de l'accréditation de l'association en place (art. 43 C.T.).

Enfin, il est nécessaire d'ajouter que l'art. 39 C.T. ne doit pas être interprété de manière à contourner les effets de l'art. 32 C.T.

39. De plein droit, au cours de son enquête, et en tout temps sur requête d'une partie intéressée, le commissaire du travail peut décider si une personne est un salarié ou un membre d'une association, si elle est comprise dans l'unité de négociation, et toutes autres questions relatives à l'accréditation.

Dans l'un ou l'autre de ces cas, le commissaire du travail peut demander à un agent d'accréditation de faire enquête. Ce dernier dresse alors un rapport de ses constatations et l'envoie aux parties. Si les parties acceptent par écrit le rapport de l'agent d'accréditation, le commissaire peut décider sur la seule foi du rapport de l'agent d'accréditation sans devoir convoquer les parties en audition.

Je suis d'avis que le salarié n'est pas une partie intéressée relativement à la description de l'unité de négociation pour les fins de l'enquête du commissaire qui précède l'attribution d'une accréditation à une association de salariés, que cette enquête procède sous l'empire de l'art. 32 ou de l'art. 39 C.T. Cela découle clairement du fait que le salarié n'a pas davantage de droit d'appel en ce qui a trait à la description de l'unité de négociation suite à une décision prise sous l'empire de l'art. 39, que suite à une telle décision sous l'art. 32 C.T. En décider autrement créerait dans l'application du Code confusion et incohérence.

Bien entendu, ce qui précède ne doit pas être interprété comme voulant permettre à une partie d'obtenir, par le biais de l'art. 39 C.T., la modification ou la révocation d'une accréditation valablement obtenue. J'estime qu'il n'est pas nécessaire, pour les fins des présents pourvois, de me pronon-

employee under s. 39 *L.C.* when certification has been granted to an employee association.

In conclusion, an employee is not an interested party in respect of definition of the bargaining unit. The commissioner is not required to hold his investigation in his presence, although he may do so, or to allow him to intervene, call or cross-examine witnesses, or make representations.

Though raised as an argument in the Superior Court, the tardiness of the Labour Court in deciding in light of s. 131 *L.C.* was not raised in this Court. In any case, for the same reasons given in support of the decision of this Court in *Air-Care Ltd. v. United Steel Workers of America*, [1976] 1 S.C.R. 2, I consider that this argument should not succeed and justify the issuing of a writ in the *N.D.G. Meat Market* case.

In his submission and in the course of the hearing in this Court, counsel for the respondents challenged the right of the Labour Court, Judge Brière, a member of that Court, and commissioners Vassart and Bibeault to be appellants. In support of this argument, which sought to have two of these three appeals quashed, he relied on the fact that this Court does not recognize tribunals and their members as having a right to argue on appeal in support of their decisions or to appeal judgments reversing them, except to defend their jurisdiction; and that the concept of "jurisdiction" applied by this Court in this area is limited to powers as such, and does not include such losses of jurisdiction, *inter alia*, as result from infringing the principles of natural justice, as respondents alleged was the case here: a departure from the *audi alteram partem* rule (*Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; *Canada Labour Relations Board v. Transair Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 722; *Labour Relations Board of New Brunswick v. Eastern Bakeries Ltd.*, [1961] S.C.R. 72; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. Dominion Fire Brick and Clay Products Ltd.*, [1947] S.C.R. 336; *International Association of Machinists v. Genaire Ltd.* (1958), 18 D.L.R. (2d) 588).

cer sur cette question, ni sur l'intérêt du salarié sous l'art. 39 *C.T.* postérieurement à l'attribution d'une accréditation à une association de salariés.

En conclusion, le salarié n'est pas une partie intéressée quant à la définition de l'unité de négociation. Le commissaire n'est pas tenu, quoiqu'il lui soit loisible de le faire, de tenir son enquête en sa présence, ni de lui permettre d'intervenir, de faire entendre des témoins, ou d'en contre-interroger, ou encore de faire des représentations.

Soulevée comme moyen en Cour supérieure, la tardiveté qu'apportait le Tribunal du travail à se prononcer en regard de l'art. 131 *C.T.* n'a pas été plaidée devant nous. De toute façon, pour les mêmes motifs énoncés au soutien de la décision de cette Cour dans l'arrêt *Air-Care Ltd. c. United Steel Workers of America*, [1976] 1 R.C.S. 2, je suis d'avis que ce moyen ne saurait réussir et justifier l'émission du bref dans l'affaire *N.D.G. Meat Market*.

Dans son mémoire et au cours de l'audition devant cette Cour, le procureur des intimés a contesté au Tribunal du travail, au juge Brière, membre de ce Tribunal, ainsi qu'aux commissaires Vassart et Bibeault le droit de se porter appelants. Il invoque au soutien de ce moyen, qui recherche la cassation de deux de ces trois pourvois, le fait que cette Cour ne reconnaît pas aux tribunaux et à leurs membres le droit de plaider en appel au soutien de leurs décisions ou de porter en appel les jugements qui les renversent, sauf pour défendre leur juridiction; et que la notion de «juridiction» qu'a retenue dans ce domaine cette Cour est restreinte à la compétence proprement dite, et n'inclut pas les pertes de juridiction telles, entre autres, celles résultant d'une contravention aux principes de justice naturelle, comme les intimés prétendent être le cas en l'espèce: une atteinte à la règle *audi alteram partem* (*Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Conseil canadien des relations du travail c. Transair Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 722; *Labour Relations Board of New Brunswick v. Eastern Bakeries Ltd.*, [1961] R.C.S. 72; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. Dominion Fire Brick and Clay Products Ltd.*, [1947] R.C.S. 336; *International Association of Machinists v. Genaire Ltd.* (1958), 18 D.L.R. (2d) 588).

With respect, in my opinion this argument is incorrect, considering the real question raised by the claims of the employees. As I mentioned above, suggesting an infringement of the *audi alteram partem* rule in the case at bar postulates a patently unreasonable interpretation of s. 32 L.C. Such an interpretation by the commissioners, the judge or the Labour Court would in itself be an excess of jurisdiction of the kind recognized by the above-cited decisions of this Court as conferring on the employees the necessary interest (*locus standi*) to be appellants. In this sense the jurisdiction of commissioners Vassart and Bibeault, the Labour Court and Judge Brière is at issue. As their jurisdiction is disputed in this way, they are entitled to appeal in order to defend it.

I would therefore allow the three appeals, reverse the judgments of the Court of Appeal, dismiss the motion pursuant to art. 846 C.C.P. submitted to Paradis J., and restore the judgment of Gonthier J. dismissing the motion submitted to him. Only appellant *L'Association des employés de La Laurentienne* will be entitled to its costs, in all courts.

*Appeals allowed.*

*Solicitors for the appellants Bibeault and Vassart: Boissonneault, Roy & Poulin, Montreal.*

*Solicitors for the appellant and mis en cause L'Association des employés de La Laurentienne: Grondin, Le Bel, Poudrier, Isabel, Morin & Gagnon, Quebec City.*

*Solicitors for the respondents McCaffrey, Carrier and Allard: Schnaiberg & Schnaiberg, Montreal.*

Avec égard ce moyen est à mon avis mal fondé, compte tenu de la véritable question que soulèvent les revendications des salariés. Comme je l'ai déjà mentionné précédemment, plaider une contravention à la règle *audi alteram partem* postule en l'espèce une interprétation manifestement déraisonnable de l'art. 32 C.T. Or, une telle interprétation, par les commissaires, le juge ou le Tribunal du travail, serait en soi un excès de juridiction de la nature de ceux que les décisions précitées de cette Cour reconnaissent comme conférant à ceux-ci l'intérêt voulu (*locus standi*) pour se porter appelants. En ce sens la compétence des commissaires Vassart et Bibeault, du Tribunal du travail et du juge Brière, est mise en cause. Leur compétence étant attaquée de cette façon, ils sont recevables à se porter en appel pour la défendre.

Je serais donc d'avis d'accueillir les trois pourvois, d'infirmer les jugements de la Cour d'appel, de rejeter la requête fondée sur l'art. 846 C.p.c. présentée devant le juge Paradis, et de rétablir le jugement du juge Gonthier rejetant celle présentée devant lui. Seule l'appelante *L'Association des employés de La Laurentienne* aura droit à ses dépens, et ce dans toutes les cours.

*Pourvois accueillis.*

*Procureurs des appellants Bibeault et Vassart: Boissonneault, Roy & Poulin, Montréal.*

*Procureurs de l'appelante et mise en cause L'Association des employés de La Laurentienne: Grondin, Le Bel, Poudrier, Isabel, Morin & Gagnon, Québec.*

*Procureurs des intimés McCaffrey, Carrier et Allard: Schnaiberg & Schnaiberg, Montréal.*

**Philip Brown, an infant, by his guardian *ad litem*, Larry Brown Appellants;**

and

**Vern R. Baugh and Allan Williams, Attorney General on behalf of Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia Respondents.**

File No.: 17296.

1984: February 2; 1984: April 2.

Present: Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Juvenile delinquents — Identification of criminal — Juvenile charged with a delinquency relating to an indictable offence under the Criminal Code — Fingerprinting — Police officer using reasonable force — Whether fingerprinting lawful — Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3 — Identification of Criminals Act, R.S.C. 1970, c. I-1, s. 2.*

The issue in this appeal is whether the use of reasonable force by a peace officer to obtain fingerprints from a juvenile charged under the *Juvenile Delinquents Act* with a delinquency relating to an indictable offence under the *Criminal Code* is authorized by s. 2 of the *Identification of Criminals Act*. That section provides that reasonable force may be used to fingerprint "any person in lawful custody, charged with, or under conviction of an indictable offence". The question was raised as a preliminary question of law in a civil action for assault brought on behalf of the appellant Philip Brown against the respondents. The Supreme Court of British Columbia answered in the negative but the decision was reversed by the Court of Appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Dickson, Beetz, McIntyre and Chouinard JJ.: The question should be answered in the affirmative. The expression "indictable offence" in s. 2(1) of the *Identification of Criminals Act* clearly includes an indictable offence that is a violation of the *Criminal Code* when it is punishable under the *Code* and, in the absence of any expressed legislative intent to the contrary, the same expression does not exclude the same violation when that violation is punishable under the *Juvenile Delin-*

**Philip Brown, un mineur représenté *ad litem* par Larry Brown Appelants;**

et

**<sup>a</sup> Vern R. Baugh et Allan Williams en sa qualité de procureur général représentant Sa Majesté La Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique Intimés.**

<sup>b</sup> N° du greffe: 17296.

1984: 2 février; 1984: 2 avril.

Présents: Les juges Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard et Wilson.

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

<sup>d</sup> *Droit criminel — Jeunes délinquants — Identification d'un criminel — Jeune accusé d'un délit correspondant à un acte criminel au sens du Code criminel — Prise d'empreintes digitales — Emploi d'une force raisonnable par un agent de police — Légitimité de la prise d'empreintes — Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, chap. J-3 — Loi sur l'identification des criminels, S.R.C. 1970, chap. I-1, art. 2.*

<sup>e</sup> Il s'agit en l'espèce de déterminer si l'art. 2 de la *Loi sur l'identification des criminels* permet à un agent de la paix d'employer une force raisonnable pour obtenir les empreintes digitales d'un jeune accusé en vertu de la *Loi sur les jeunes délinquants* d'un délit qui correspond à un acte criminel au sens du *Code criminel*. Cet article prévoit qu'une force raisonnable peut être employée pour obtenir les empreintes digitales d'une personne légalement sous garde, qu'elle soit accusée d'un acte criminel, ou qu'elle en ait été reconnue coupable. Cette question a été soulevée comme question de droit préliminaire dans le cadre d'une action civile pour voies de fait intentée contre les intimés par l'appellant Philip Brown. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a répondu <sup>f</sup> par la négative mais sa décision a été infirmée par la Cour d'appel.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

<sup>g</sup> Les juges Dickson, Beetz, McIntyre et Chouinard: On doit répondre à la question par l'affirmative. L'expression «acte criminel» au par. 2(1) de la *Loi sur l'identification des criminels* comprend clairement un acte criminel qui est une violation du *Code criminel* punissable en vertu de ce dernier et, à défaut de disposition contraire <sup>h</sup> expresse de la loi, la même expression n'exclut pas la même violation lorsqu'elle est punissable en vertu de la *Loi sur les jeunes délinquants*. Une conclusion de délit

*quents Act*. A finding of delinquency relating to an indictable offence under the *Code* is a conviction of an indictable offence within the meaning of s. 2(1) of the Act. Therefore, if the appellant could be convicted of an indictable offence within the meaning of that subsection, he could be "charged" with it.

*Per Wilson J.*: *The Juvenile Delinquents Act* provides a limited form of immunity for juveniles from criminal prosecution. This does not mean, however, that the acts themselves cease to have a criminal character. Here, the 16-year old appellant was capable of committing an indictable offence and the fact that he was charged with a delinquency rather than with an indictable offence under s. 9 of the *Juvenile Delinquents Act* did not relieve his act of its character as an indictable offence. For the purposes of s. 2 of the *Identification of Criminals Act* appellant could be said to be charged with an indictable offence and the respondents were therefore entitled to use reasonable force in securing his fingerprints.

*Morris v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 405, applied; *R. v. Clark* (1977), 35 C.C.C. (2d) 319; *R. v. A.N.* (1978), 39 C.C.C. (2d) 329 aff'g [1977] 5 W.W.R. 549; *R. v. D.G.* (1978), 45 C.C.C. (2d) 157, referred to.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, [1982] 5 W.W.R. 644, 70 C.C.C. (2d) 71, 38 B.C.L.R. 1, reversing a ruling of McEachern C.J.S.C., [1982] 2 W.W.R. 126, 64 C.C.C. (2d) 155, 32 B.C.L.R. 55, on a preliminary question of law in an action for damages for assault. Appeal dismissed.

*G. J. McDade*, for the appellants.

*I. G. Whitehall, Q.C.*, and *P. Partridge*, for the respondent Baugh.

*Richard H. Vogel, Q.C.*, for the respondent Williams.

The judgment of Dickson, Beetz, McIntyre and Chouinard JJ. was delivered by

CHOUINARD J.—In issue in this appeal is the following question:

Is a Peace Officer in whose lawful custody is a juvenile charged with a delinquency under the *Juvenile Delinquents Act* which relates to an indictable offence under

qui correspond à un acte criminel au sens du *Code* constitue une déclaration de culpabilité d'un acte criminel au sens du par. 2(1) de la Loi. Par conséquent, si l'appelant pouvait être reconnu coupable d'un acte criminel au sens de ce paragraphe, il pouvait en être «accusé».

*Le juge Wilson*: La *Loi sur les jeunes délinquants* accorde une forme limitée d'immunité contre la poursuite des jeunes au criminel. Cela ne signifie pas toutefois que les actes eux-mêmes perdent leur nature d'actes criminels. En l'espèce, l'appelant, âgé de 16 ans, avait la capacité de commettre un acte criminel et le fait qu'il ait été accusé d'un délit plutôt que d'un acte criminel en vertu de l'art. 9 de la *Loi sur les jeunes délinquants* n'a pas enlevé à son acte sa nature d'acte criminel. Aux fins de l'art. 2 de la *Loi sur l'identification des criminels*, on pouvait dire que l'appelant était accusé d'un acte criminel et les intimés avaient donc le droit d'employer une force raisonnable pour obtenir ses empreintes digitales.

Jurisprudence: arrêt suivi: *Morris c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 405; arrêts mentionnés: *R. v. Clark* (1977), 35 C.C.C. (2d) 319; *R. v. A.N.* (1978), 39 C.C.C. (2d) 329 confirmant [1977] 5 W.W.R. 549; *R. v. D.G.* (1978), 45 C.C.C. (2d) 157.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [1982] 5 W.W.R. 644, 70 C.C.C. (2d) 71, 38 B.C.L.R. 1, qui a infirmé une décision du juge en chef McEachern de la Cour suprême, [1982] 2 W.W.R. 126, 64 C.C.C. (2d) 155, 32 B.C.L.R. 55, relativement à une question de droit préliminaire soulevée dans le cadre d'une action en dommages-intérêts pour voies de fait. Pourvoi rejeté.

*G. J. McDade*, pour les appellants.

*I. G. Whitehall, c.r.*, et *P. Partridge*, pour l'intimé Baugh.

*Richard H. Vogel, c.r.*, pour l'intimé Williams.

Version française du jugement des juges Dickson, Beetz, McIntyre et Chouinard rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Ce pourvoi soulève la question suivante:

[TRADUCTION] Un agent de la paix ayant légalement sous sa garde un jeune accusé en vertu de la *Loi sur les jeunes délinquants* d'un délit qui correspond à un acte

the *Criminal Code* authorized by the *Identification of Criminals Act* or by common law or otherwise to use reasonable force in taking the fingerprints of the said juvenile, where the juvenile does not consent to the taking of fingerprints?

This question is set out in an order of the Supreme Court of British Columbia which directed that it be determined before trial of the appellant's action against the respondents in damages for assault.

The facts are not in dispute and are succinctly recited in a statement agreed upon by the parties:

#### STATEMENT OF FACTS

1. The Plaintiff, Philip Brown, is a male born October 27, 1963, and therefore was 16 years of age and a child pursuant to the *Juvenile Delinquents Act* on March 19, 1980, the relevant time in this action.
2. The Defendant, Vern R. Baugh, is a member of the Royal Canadian Mounted Police, holding rank of Sergeant, stationed at Kelowna, B.C.
3. The Defendant, Allan Williams, is the Attorney-General of the Province of British Columbia, and as such was charged with the responsibility under the *Police Act*, R.S.B.C. 1974, Chapter 64, as amended on March 19, 1980.
4. On March 19, 1980, the Plaintiff was properly arrested and charged with a delinquency under the *Juvenile Delinquents Act*, to wit: unlawfully having in his possession a motor vehicle of a value exceeding \$200.00, the property of Inland Gas Company Ltd., knowing that the said motor vehicle was obtained by the commission of an offence punishable by indictment; which relates to an indictable offence under the *Criminal Code*.
5. Sergeant Baugh requested fingerprints from the Plaintiff, the Plaintiff was allowed legal counsel, after which the juvenile denied his consent to fingerprints.
6. Pursuant to instructions from the Defendant, the Attorney-General of British Columbia, Sergeant Baugh proceeded to take the fingerprints of the Plaintiff, which he so took in good faith and with reasonable care using no more force than was reasonably necessary for that purpose.
7. That at all material times the Plaintiff was in lawful custody.

criminel au sens du *Code criminel*, est-il autorisé par la *Loi sur l'identification des criminels*, par la *common law* ou de quelque autre manière à employer une force raisonnable pour prendre les empreintes digitales dudit jeune lorsque celui-ci n'y consent pas?

Cette question est formulée dans une ordonnance de la Cour suprême de la Colombie-Britannique qui ordonnait qu'elle soit tranchée avant l'instruction de l'action en dommages-intérêts pour voies de fait que l'appelant a intentée contre les intimés.

Les faits, qui ne font l'objet d'aucune contestation, sont relatés succinctement par les parties dans un exposé conjoint des faits dont voici la teneur:

[TRADUCTION]

#### EXPOSÉ DES FAITS

1. Le demandeur, Philip Brown, est né le 27 octobre 1963; par conséquent, à l'époque pertinente, soit le 19 mars 1980, il avait 16 ans et était un enfant au sens de la *Loi sur les jeunes délinquants*.
2. Le défendeur, Vern R. Baugh, est un sergent dans la Gendarmerie royale du Canada, affecté à Kelowna (C.-B.).
3. Le défendeur Allan Williams en sa qualité de procureur général de la province de la Colombie-Britannique en était responsable, le 19 mars 1980, en vertu de la *Police Act*, R.S.B.C. 1974, chap. 64, et modifications.
4. Le 19 mars 1980, le demandeur a été légalement arrêté et accusé d'un délit au sens de la *Loi sur les jeunes délinquants*, savoir: d'avoir eu en sa possession un véhicule automobile d'une valeur de plus de 200 \$ appartenant à Inland Gas Company Ltd., alors qu'il savait que ledit véhicule avait été obtenu par la perpétration d'un acte criminel. Le délit en question correspond à un acte criminel visé au *Code criminel*.
5. Le sergent Baugh a demandé les empreintes digitales du demandeur, mais celui-ci, après avoir consulté son avocat, a refusé de donner son consentement.
6. Conformément aux directives du défendeur le procureur général de la Colombie-Britannique, le sergent Baugh a pris les empreintes digitales du demandeur, en quoi il a agi de bonne foi et avec une diligence raisonnable, employant une force qui ne dépassait pas ce qui était raisonnablement nécessaire à la fin visée.
7. Pendant toute la période en cause, le demandeur était légalement sous garde.

The appellant relies on the interpretation of the *Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1970, c. I-1 and the *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3.

Two points are made by the respondents: the use of reasonable force to obtain fingerprints from a juvenile is authorized by the *Identification of Criminals Act*; alternatively, such use of reasonable force for that purpose is authorized by the common law.

Subsections (1) and (2) of s. 2 of the *Identification of Criminals Act* read:

2. (1) Any person in lawful custody, charged with, or under conviction of an indictable offence, or who has been apprehended under the *Extradition Act* or the *Fugitive Offenders Act*, may be subjected, by or under the direction of those in whose custody he is, to the measurements, processes and operations practised under the system for the identification of criminals commonly known as the Bertillon Signaletic System, or to any measurements, processes or operations sanctioned by the Governor in Council having the like object in view.

(2) Such force may be used as is necessary to the effectual carrying out and application of such measurements, processes and operations.

Chief Justice McEachern of the Supreme Court of British Columbia held that a juvenile charged with a delinquency under the *Juvenile Delinquents Act* is not a person charged with an indictable offence within the meaning of s. 2 of the *Identification of Criminals Act*. To reach that conclusion, Chief Justice McEachern relied on both the judgment of the Supreme Court and that of the Court of Appeal of British Columbia in *R. v. A.N.*, respectively reported at [1977] 5 W.W.R. 549 and (1978), 39 C.C.C. (2d) 329. He also relied on the judgment of the Supreme Court of Prince Edward Island in *R. v. D.G.* (1978), 45 C.C.C. (2d) 157.

Chief Justice McEachern further held that the common law does not authorize the use of force to take fingerprints. He therefore answered the question in the negative.

L'appelant invoque la *Loi sur l'identification des criminels*, S.R.C. 1970, chap. I-1, et la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, chap. J-3.

a

Les intimés font valoir deux arguments: la *Loi sur l'identification des criminels* autorise l'emploi d'une force raisonnable pour obtenir les empreintes digitales d'un jeune et, subsidiairement, la *common law* permet l'emploi d'une force raisonnable à cette fin.

b

Les paragraphes 2(1) et (2) de la *Loi sur l'identification des criminels* sont ainsi rédigés:

c

2. (1) Une personne légalement sous garde, qu'elle soit accusée d'un acte criminel, ou qu'elle en ait été reconnue coupable, ou qui a été arrêtée en vertu de la *Loi sur l'extradition* ou de la *Loi sur les criminels fugitifs*, peut être soumise, par ceux qui en ont la garde ou en vertu de leurs ordres, aux mensurations, procédés et opérations exécutés d'après la méthode d'identification des criminels appelée communément bertillonage, ou à des mensurations, procédés ou opérations qui ont le même objet et que le gouverneur en conseil a approuvés.

d

(2) Il est permis d'employer la force nécessaire pour effectuer et appliquer utilement ces mensurations, procédés et opérations.

e

Le juge en chef McEachern de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu qu'un jeune accusé d'un délit en vertu de la *Loi sur les jeunes délinquants* n'est pas une personne accusée d'un acte criminel au sens de l'art. 2 de la *Loi sur l'identification des criminels*. Le juge en chef McEachern a appuyé sa conclusion à la fois sur le jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique et sur l'arrêt de la Cour d'appel de cette province, respectivement publiés à [1977] 5 W.W.R. 549 et (1978), 39 C.C.C. (2d) 329, dans l'affaire *R. v. A.N.* Le juge en chef McEachern s'est en outre appuyé sur le jugement de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard *R. v. D.G.* (1978), 45 C.C.C. (2d) 157.

f

g

h

i

De plus, le juge en chef McEachern a conclu que la *common law* n'autorise pas l'emploi de la force pour prendre des empreintes digitales. Par conséquent, il a répondu à la question par la négative.

j

Reversing, the Court of Appeal for British Columbia concluded "... that a juvenile charged with a delinquency which is also an offence punishable by indictment is a person charged with an indictable offence within the meaning and for the purposes of the *Identification of Criminals Act*".

The Court of Appeal consequently answered the question in the affirmative on that basis. As a result it became unnecessary to deal with the common law point and the Court did not "comment on any common law right to fingerprint without the consent of the juvenile suspect".

On the statutory point, the Court of Appeal had this to say:

We are supported in our conclusion by consideration of the intent of the Parliament of Canada. In enacting the *Identification of Criminals Act*, the criterion established by Parliament for determining the applicability of this statutory power was not the age of the accused but the seriousness of the crime allegedly committed—indictable offences and offences under certain specified statutes. That Parliament was concerned primarily with the nature of the crime rather than the age of the accused is consistent with the limitation of s. 44(1) of the *Young Offenders Act*, Bill C-61, 1980-81, that no fingerprints of a young person who is accused of committing an offence shall be taken except in circumstances in which an adult may, under the *Identification of Criminals Act*, be fingerprinted. In other words age, as a test of applicability, defers to the magnitude of the crime.

The Court of Appeal also relied on the unanimous judgment of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Clark* (1977), 35 C.C.C. (2d) 319 and on the majority judgment of this Court in *Morris v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 405. This latter judgment on which both respondents relied heavily in their argument on the statutory point is, in my view, determinative of the issue in this case.

The facts in *Morris* are summarized in the headnote as follows:

Appellant, aged 19, was found guilty by the Court of Queen's Bench, Criminal Side, for the district of Montreal, consisting of a judge and jury, on a charge of breaking and entering with intent (s. 306 *Cr.C.*). He appealed to the Court of Appeal on the ground that the trial judge erred by allowing evidence of the cross-

Cette décision a été infirmée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a estimé [TRADUCTION] «... qu'un jeune accusé d'un délit qui est aussi un acte criminel est une personne accusée d'un acte criminel au sens et aux fins de la *Loi sur l'identification des criminels*».

La Cour d'appel a donc donné à la question une réponse affirmative. Tel étant le cas, elle n'avait pas à examiner l'argument relatif à la *common law* et s'est refusée à tout [TRADUCTION] «commentaire sur l'existence en *common law* d'un droit de prendre des empreintes digitales sans le consentement du jeune suspect».

Sur l'argument relatif à la loi, la Cour d'appel s'est prononcée de la façon suivante:

[TRADUCTION] Un examen de l'intention du Parlement du Canada nous confirme dans notre conclusion. Le législateur a retenu comme critère pour l'exercice du pouvoir conféré par la *Loi sur l'identification des criminels* non pas l'âge du prévenu mais la gravité du crime qu'il aurait commis, un acte criminel ou une infraction à l'une des lois spécifiées. Le fait que le Parlement se soit surtout intéressé à la nature du crime plutôt qu'à l'âge du prévenu cadre avec la restriction qu'apporte le par. 44(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, le projet de loi C-61, 1980-81, savoir que les empreintes digitales d'un adolescent accusé d'une infraction ne doivent être relevées que dans des circonstances où la *Loi sur l'identification des criminels* autorise à prendre celles d'un adulte. En d'autres termes, le critère de la gravité du crime l'emporte sur celui de l'âge.

La Cour d'appel s'est aussi fondée sur l'arrêt unanime de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Clark* (1977), 35 C.C.C. (2d) 319, et sur les motifs de la majorité de cette Cour dans l'arrêt *Morris c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 405. Cet arrêt que les deux intimés ont largement invoqué dans leur argument relatif à la loi, est selon moi, déterminant en l'espèce.

Le sommaire de l'arrêt *Morris* récapitule les faits de la manière suivante:

L'appellant, âgé de 19 ans, est trouvé coupable par la Cour du Banc de la Reine, juridiction criminelle, du district de Montréal, composée d'un juge et d'un jury, d'une accusation d'introduction par effraction dans un dessein criminel (art. 306 *C.cr.*). Il en appelle à la Cour d'appel au motif que le juge du procès a erré en recevant



examination of appellant, in which he contradicted the evidence he had given in chief and admitted having been found guilty, under the *Juvenile Delinquents Act*, of offences, under the *Criminal Code*. The Court of Appeal affirmed the conviction; hence the appeal to this Court.

The main issue is stated by Pratte J. who wrote the majority judgment of this Court, at p. 425:

Such being the case, I now come to consider the main issue in the appeal which is as to whether the cross-examination of the appellant upon his record as a juvenile was admissible in evidence under s. 12 of the *Canada Evidence Act* or under s. 593 *Cr.C.* The trial judge allowed the cross-examination under both provisions and his decision was affirmed by the Court of Appeal.

The majority in that case confirmed the judgment of the Court of Appeal with respect to both s. 12 of the *Canada Evidence Act* and s. 593 of the *Criminal Code*.

The majority reasons with respect to s. 593 *Cr.C.* are of no assistance here. We are not concerned with the adducing of evidence of previous convictions or of other evidence in answer to evidence of his good character adduced by the accused, nor with the question whether the evidence adduced by the accused constituted evidence of his good character, on which the s. 593 issue turned in *Morris*. For the purposes of this appeal, it will therefore be sufficient to consider the judgment of this Court in *Morris* only as it relates to s. 12 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10.

Subsection (1) of this section reads:

12. (1) A witness may be questioned as to whether he has been convicted of any offence, and upon being so questioned, if he either denies the fact or refuses to answer, the opposite party may prove such conviction.

In *Morris*, two grounds were relied upon in support of the proposition that s. 12 did not authorize the questioning of an accused as to his previous delinquencies, namely (i) a delinquency is not an offence within the meaning of this expression as used in s. 12; and (ii) a finding of delin-

en preuve le contre-interrogatoire de l'appelant au cours duquel il a contredit le témoignage qu'il avait donné à l'interrogatoire principal et admis avoir été trouvé coupable, en vertu de la *Loi sur les jeunes délinquants*, de violations au *Code criminel*. La Cour d'appel a confirmé la condamnation; d'où le pourvoi à cette Cour.

Dans le jugement qu'il a rédigé au nom de la majorité en cette Cour, le juge Pratte a énoncé la question principale, à la p. 425:

Cela étant, je passe maintenant à l'examen de la question principale de ce pourvoi: le contre-interrogatoire de l'appelant sur son dossier de jeune délinquant était-il recevable en preuve en vertu de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* ou de l'art. 593 du *Code criminel*? Le juge du procès a permis le contre-interrogatoire en se fondant sur ces deux dispositions et la Cour d'appel a confirmé sa décision.

Dans l'arrêt *Morris*, la majorité a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel relativement à l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* et à l'art. 593 du *Code criminel*.

Ce que dit la majorité concernant l'art. 593 du *C.cr.* ne nous est d'aucun secours en l'espèce. Ici, il ne s'agit nullement de la preuve de déclarations de culpabilité antérieures ni d'autres preuves fournies pour répondre à la preuve de bonne réputation apportée par l'accusé ni de savoir si la preuve produite par l'accusé constituait une preuve de sa bonne réputation, ce dont dépendait l'argument fondé sur l'art. 593 dans l'arrêt *Morris*. Il suffit donc aux fins de ce pourvoi de ne considérer l'arrêt *Morris* que dans la mesure où il se rapporte à l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10.

Le paragraphe 12(1) est ainsi rédigé:

12. (1) Un témoin peut être interrogé sur la question de savoir s'il a déjà été déclaré coupable de quelque infraction, et lorsqu'il est ainsi interrogé, s'il nie le fait ou refuse de répondre, la partie adverse peut prouver cette déclaration de culpabilité.

Dans l'arrêt *Morris*, deux moyens étaient invoqués à l'appui de la proposition selon laquelle l'art. 12 n'autorise pas l'interrogatoire d'un accusé relativement à ses délits antérieurs: (i) un délit n'est pas une infraction au sens de cette expression à l'art. 12 et, (ii) un jugement prononçant qu'il y a

quency is not to be construed as a conviction for the purposes of s. 12.

With respect to the meaning of the word "offence" Pratte J., for the majority, made the following comments at pp. 425 to 427:

As to the first ground, it should first be observed that the word "delinquency" which is described as an offence in ss. 3 and 22(1) of the *Juvenile Delinquents Act* embraces within its meaning two categories of acts; the first category includes acts that are in violation of "any provision of the *Criminal Code* or of any federal or provincial statute, or of any by-law or ordinance of any municipality" (*Juvenile Delinquents Act*, s. 2(1)), or as Fauteux J. put it in *Attorney General of British Columbia v. Smith*, [1967] S.C.R. 702, at p. 710, that are "punishable breaches of the public law, whether defined by Parliament or the Legislatures"; the second category includes sexual immorality or other similar form of vice which, while not illegal in the case of adults, should be repressed in the case of juveniles.

Leaving aside the delinquencies of the second category that I have mentioned above, the *Juvenile Delinquents Act* does not prescribe any special rule of human conduct for juveniles; the *Criminal Code* and the other statutes referred to above are applicable to juveniles and non-juveniles alike. Essentially, the *Juvenile Delinquents Act* does not create any offence; the offence results from the violation of another statute which, in the case at bar, is the *Criminal Code*. But, when the offence is committed by a juvenile, a particular method of enforcement is prescribed: the usual type of penalty imposed in criminal matters, *i.e.* imprisonment or fine, intended to act as a deterrent of wrongful action, is generally replaced by various courses of action left at the discretion of the Court and designed to provide the child with such care, education and protection as he requires in order to rehabilitate himself and mature into a law-abiding citizen. The Act "provides a special procedure for the discipline and treatment of children outside of the ordinary criminal courts, although their delinquencies may be offences under the *Criminal Code*" (per Laskin J.A., as he then was, in *R. v. Horsburgh*, [1966] 1 O.R. 739, at pp. 756 and 757). In *Attorney General of British Columbia v. Smith*, *supra*, Fauteux J., as he then was, speaking for the Court, rightly pointed out at p. 708 that: "The primary legal effect of the *Juvenile Delinquents Act*, . . . , is the effective substitution, in the case of juveniles, of the provisions of the Act to the enforcement provisions of the *Criminal Code* or" of any other relevant statute.

eu délit ne doit pas être interprété comme une déclaration de culpabilité aux fins de l'art. 12.

En ce qui concerne le sens du mot «infraction», le juge Pratte, au nom de la majorité, fait les observations suivantes aux pp. 425 à 427:

Pour le premier moyen, il faut d'abord noter que le mot «délit» qui, à l'art. 3 et au par. 22(1) de la *Loi sur les jeunes délinquants*, est décrit comme une infraction, comprend deux catégories d'actes; la première englobe les actes qui constituent une infraction «à quelque une des dispositions du *Code criminel*, ou d'un statut fédéral ou provincial, ou d'un règlement ou ordonnance d'une municipalité» (*Loi sur les jeunes délinquants*, par. 2(1)), ou, comme disait le juge Fauteux dans *Procureur général de la Colombie-Britannique c. Smith*, [1967] R.C.S. 702, à la p. 710, les actes qui constituent [TRADUCTION] «des infractions aux lois générales, adoptées par le Parlement ou par les législatures»; la seconde catégorie comprend l'immoralité sexuelle ou toute forme semblable de vice qui, bien que n'étant pas illégale dans le cas des adultes, doit être réprimée dans le cas des jeunes.

Mis à part les délits de la seconde catégorie que je viens de mentionner, la *Loi sur les jeunes délinquants* ne prévoit aucune règle spéciale de conduite pour les jeunes; le *Code criminel* et les autres lois précitées s'appliquent de la même façon aux jeunes et aux autres. En somme, la *Loi sur les jeunes délinquants* ne crée aucune infraction; l'infraction découle de la violation d'une autre loi, soit en l'espèce le *Code criminel*. Mais lorsque l'infraction est commise par un jeune, la loi est appliquée d'une façon particulière: les peines habituellement imposées en matières criminelles, c'est-à-dire l'emprisonnement ou l'amende, qui sont censées avoir un effet de dissuasion, sont généralement remplacées par diverses mesures laissées à la discrétion de la Cour et destinées à assurer à l'enfant les soins, l'éducation et la protection dont il a besoin pour réintégrer la société et devenir un citoyen respectueux des lois. La Loi [TRADUCTION] «prévoit une procédure spéciale de sanction et de traitement des enfants à l'extérieur des cours criminelles ordinaires, même si leurs délits constituent des infractions aux termes du *Code criminel*» (Le juge Laskin, alors juge d'appel, dans *R. v. Horsburgh*, [1966] 1 O.R. 739, aux pp. 756 et 757). Dans l'arrêt *Le Procureur général de la Colombie-Britannique c. Smith*, précité, le juge Fauteux, alors juge puîné, parlant au nom de la Cour, a fait remarquer à juste titre à la p. 708 que [TRADUCTION] : «Le premier effet juridique de la *Loi sur les jeunes délinquants*, . . . , est, dans le cas des jeunes délinquants, la substitution de fait des dispositions de la Loi aux dispositions relatives à l'application du *Code criminel* ou» de toute autre loi pertinente.

In *Morris*, the delinquencies adjudged against the accused all consisted in violations of the *Criminal Code*, some of which at least were indictable offences.

Stating the question to be answered, Pratte J. wrote, at p. 428:

The question that stands up for determination is therefore quite narrow: it is whether the word "offence" as used in s. 12(1) of the *Canada Evidence Act* includes a delinquency consisting in a violation of the *Criminal Code* which is enforceable under the *Juvenile Delinquents Act* rather than the *Code* itself.

And, on the same page, he concluded:

In brief, the expression "any offence" in s. 12(1) clearly includes an offence that is a violation of the *Criminal Code* when it is punishable under the *Code*; in the absence of any expressed legislative intent to the contrary, I cannot logically bring myself to the view that the same expression excludes the same violation when it is punishable under the *Juvenile Delinquents Act* which, like the *Code*, is "genuine legislation in relation to criminal law".

The question as to whether the word "offence" included delinquencies other than violations of the *Criminal Code* was left open. Pratte J. wrote at p. 428:

I express no opinion as to whether the meaning of the word "offence" as used in s. 12(1) of the *Canada Evidence Act* should otherwise be restricted so as to exclude certain kinds of delinquencies.

But the Court clearly decided that "offence" included delinquencies consisting in violations of the *Criminal Code*.

As was held in *Morris* and is equally applicable here "... the *Juvenile Delinquents Act* does not create any offence; the offence results from the violation of another statute which, in the case at bar, is the *Criminal Code*". The mere fact that because the appellant is a juvenile the special procedure provided for by the *Juvenile Delinquents Act* is substituted to the enforcement provisions of the *Criminal Code*, does not alter the nature of the offence. To paraphrase the reasons of Pratte J. in *Morris*, the expression "indictable offence" in s. 2(1) of the *Identification of Criminals Act* clearly includes an indictable offence that is a violation of the *Criminal Code* when it is

Dans l'arrêt *Morris*, les délits dont l'accusé avait été reconnu coupable constituaient tous des infractions au *Code criminel*, dont certaines au moins étaient des actes criminels.

<sup>a</sup> À la page 428, le juge Pratte formule la question à laquelle la Cour avait à répondre:

La question à trancher est donc très étroite: il s'agit de savoir si le mot «infraction» au par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* comprend un délit constituant une violation du *Code criminel* qui est punissable en vertu de la *Loi sur les jeunes délinquants* et non du *Code* lui-même.

À la même page, il conclut:

<sup>c</sup> En résumé, l'expression «quelque infraction» au par. 12(1) comprend clairement une infraction qui est une violation du *Code criminel* punissable en vertu de ce dernier; à défaut de disposition expresse de la loi, je ne puis, en toute logique, admettre que la même expression <sup>d</sup> exclut la même violation lorsqu'elle est punissable en vertu de la *Loi sur les jeunes délinquants* qui, comme le *Code*, est une [TRADUCTION] «véritable législation relative au droit criminel».

<sup>e</sup> Aucune réponse n'a été apportée à la question de savoir si le mot «infraction» englobe d'autres délits que les violations du *Code criminel*. Le juge Pratte écrit, à la p. 428:

<sup>f</sup> Je ne me prononce pas sur la question de savoir si, par ailleurs, le sens du mot «infraction» au par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* doit être restreint de façon à exclure certains genres de délits.

<sup>g</sup> Mais, de toute évidence, la Cour a conclu qu'une «infraction» comprenait les délits qui sont des violations du *Code criminel*.

La conclusion tirée dans l'arrêt *Morris*, savoir: «... la *Loi sur les jeunes délinquants* ne crée aucune infraction; l'infraction découle de la violation d'une autre loi, soit en l'espèce le *Code criminel*», est tout aussi valable ici. Puisque l'appelant est un jeune, la procédure spéciale prévue par la *Loi sur les jeunes délinquants* vient se substituer <sup>i</sup> aux dispositions d'application du *Code criminel*, mais cette situation ne suffit pas à elle seule pour changer la nature de l'infraction. Pour paraphraser ce que dit le juge Pratte dans l'arrêt *Morris*, l'expression «acte criminel» au par. 2(1) de la *Loi sur l'identification des criminels* comprend clairement un acte criminel qui est une violation du

punishable under the *Code*; in the absence of any expressed legislative intent to the contrary, I cannot logically bring myself to the view that the same expression excludes the same violation when it is punishable under the *Juvenile Delinquents Act* which, like the *Code*, is “genuine legislation in relation to criminal law”.

There remains the question whether a juvenile charged with a delinquency consisting in an indictable offence can be said to be a person “charged” with an indictable offence within the meaning of s. 2(1) of the *Identification of Criminals Act*. The disposition by this Court of the second ground in *Morris* is, in my view, decisive. As put by Pratte J. at p. 429:

The second ground advanced by the appellant is that a finding of delinquency under the *Juvenile Delinquents Act* is not to be construed as a conviction for the purposes of s. 12 of the *Canada Evidence Act*; therefore, a person who has been found guilty of delinquency could not be said to have been “convicted”. This submission of the appellant is based on the fact that a Juvenile Court is, under the Act, empowered to adjudge a child to have committed a delinquency and not to convict a child of having committed a delinquency.

On that ground, Pratte J. concluded at p. 431:

In my opinion, therefore, the power of the juvenile court to adjudge guilt is equivalent to the power of an ordinary criminal court to convict and I cannot see any essential difference between the power to adjudge a person guilty of an offence and the power to convict a person of the same offence. With respect, I find no merit in the submission of the appellant that a finding of delinquency should not be construed as a conviction for the purposes of s. 12 of the *Canada Evidence Act*.

For the same reasons, it must be concluded in the case at bar that a finding of delinquency which relates to an indictable offence under the *Criminal Code* is, within the meaning of s. 2(1) of the *Identification of Criminals Act*, a conviction of an indictable offence. It necessarily follows that if the appellant could be convicted of an indictable offence within the meaning of that subsection, he could be “charged” with it.

The appellant has sought to distinguish *Morris* as regards both the interpretation of the expression

*Code criminel* punissable en vertu de ce dernier; à défaut de disposition expresse de la loi, je ne puis, en toute logique, admettre que la même expression exclut la même violation lorsqu’elle est punissable en vertu de la *Loi sur les jeunes délinquants* qui, comme le *Code*, est une «véritable législation relative au droit criminel».

Reste à établir si on peut dire d’un jeune accusé d’un délit qui consiste en un acte criminel qu’il est une personne «accusée» d’un acte criminel au sens du par. 2(1) de la *Loi sur l’identification des criminels*. La décision de cette Cour sur le second moyen invoqué dans l’arrêt *Morris* est, selon moi, déterminante. Comme le dit le juge Pratte, à la p. 429:

L’appelant prétend en second lieu qu’un jugement prononçant qu’il y a eu délit en vertu de la *Loi sur les jeunes délinquants* ne doit pas être interprété comme une déclaration de culpabilité au sens de l’art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*; en conséquence, on ne pourrait pas dire qu’une personne trouvée coupable de délit a été «déclarée coupable». Ce moyen est fondé sur le fait qu’une cour pour jeunes délinquants a, aux termes de la Loi, le pouvoir de juger qu’un enfant a commis un délit et non de le déclarer coupable de l’avoir commis.

Sur ce moyen, le juge Pratte conclut, à la p. 431:

À mon avis donc, le pouvoir de la cour pour jeunes délinquants de se prononcer sur la culpabilité équivaut au pouvoir d’une cour criminelle ordinaire de déclarer coupable et je ne vois aucune différence de fond entre le pouvoir de juger une personne coupable d’une infraction et celui de la déclarer coupable de la même infraction. Avec égards, je conclus que la prétention de l’appelant selon laquelle un jugement prononçant qu’il y a eu délit ne doit pas être interprété comme une condamnation au sens de l’art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* n’est pas fondée.

Pour les mêmes motifs, on doit conclure en l’espèce qu’un jugement prononçant qu’il y a eu délit qui correspond à un acte criminel visé au *Code criminel* constitue une déclaration de culpabilité d’un acte criminel au sens du par. 2(1) de la *Loi sur l’identification des criminels*. Il s’ensuit nécessairement que, si l’appelant pouvait être reconnu coupable d’un acte criminel au sens de ce paragraphe, il pouvait en être «accusé».

L’appelant a cherché à faire une distinction avec l’arrêt *Morris* en ce qui concerne l’interprétation

“any offence” and the interpretation of the word “conviction” in s. 12(1) of the *Canada Evidence Act*.

As to the expression “any offence” the appellant submitted:

This Court in *Morris* was concerned with the interpretation of section 12(1) of the *Canada Evidence Act*, and therefore, the Court was primarily concerned with the expression “any offence” in section 12(1). It is not contended in the case at bar that a delinquency is not an “offence”; the words in section 3 of the *Juvenile Delinquents Act* make it clear that a delinquency is an offence. The question for this Court is whether the delinquency is an “indictable offence”, as the words are used in the *Identification of Criminals Act*, and whether a child charged with a delinquency is “charged with an indictable offence”.

This submission might have merit if the basis for the decision in *Morris* were as suggested by the appellant. But, with respect, such is not the case. The expression “any offence” was interpreted in that case as it relates to violations of the *Criminal Code* and only to such violations. The question whether it would, under the *Canada Evidence Act*, include other categories of delinquencies was expressly left open. It is perhaps not inconceivable that the Court could have held that the expression, without more, was broad enough to include a delinquency which is an “offence” within the meaning of the *Juvenile Delinquents Act*. But that is not what the Court did. It held that it includes a delinquency which consists in a violation of the *Criminal Code*. A violation of the *Criminal Code* necessarily includes indictable offences as well as summary conviction offences. Indeed some of the violations of the *Criminal Code* of which the accused in *Morris* had been previously convicted consisted in indictable offences. Hence the applicability of the interpretation of the expression “any offence” in *Morris* to the expression “indictable offence” in the *Identification of Criminals Act*.

As to the word “conviction” the appellant submitted:

The other question considered by the Supreme Court of Canada in *Morris* is the meaning of the word “con-

des expressions «quelque infraction» et «déclaration de culpabilité» qui figurent au par. 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

<sup>a</sup> En ce qui concerne l'expression «quelque infraction», l'appelant fait valoir:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Morris*, la Cour suprême du Canada avait à interpréter le paragraphe 12(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* et s'intéressait donc principalement à l'expression «quelque infraction» qui s'y trouve. On ne prétend pas en l'espèce qu'un délit n'est pas une «infraction»; il se dégage nettement de l'article 3 de la *Loi sur les jeunes délinquants* que c'en est une. La question est plutôt de savoir si le délit constitue un «acte criminel» au sens de la *Loi sur l'identification des criminels* et si un enfant accusé d'un délit est une personne «accusée d'un acte criminel».

<sup>d</sup> Ce point de vue pourrait être soutenable si le fondement de l'arrêt *Morris* est effectivement celui que lui prête l'appelant. Mais, avec égards, ce n'est pas le cas. Dans cet arrêt, l'expression «quelque infraction» a été interprétée seulement en tant qu'elle se rapporte à des violations du *Code criminel*. On s'est expressément abstenu de répondre à la question de savoir si, en vertu de la *Loi sur la preuve au Canada*, cette expression comprendrait d'autres catégories de délits. Il n'est peut-être pas inconcevable que la Cour ait pu conclure que l'expression, prise isolément, est de portée assez large pour comprendre un délit qui constitue une «infraction» au sens de la *Loi sur les jeunes délinquants*. Mais ce n'est pas ce qu'elle a fait. Elle a conclu que l'expression en question comprend un délit qui est une violation du *Code criminel*. Par la force des choses, une violation du *Code criminel* est soit un acte criminel soit une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité. En fait, certaines des violations du *Code criminel* dont l'accusé avait été antérieurement reconnu coupable dans l'affaire *Morris* étaient des actes criminels. C'est pourquoi l'interprétation donnée dans cette affaire à l'expression «quelque infraction» s'applique à l'expression «acte criminel» employée dans la *Loi sur l'identification des criminels*.

<sup>j</sup> Relativement à l'expression «déclaration de culpabilité», l'appelant soutient:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Morris*, la Cour suprême du Canada s'est aussi penchée sur le sens de l'expression

viction” in section 12 of the *Canada Evidence Act*, and the Court held that the power to adjudge guilt under the *Juvenile Delinquents Act* was “equivalent” to the power of an ordinary Court to convict, and held that the meaning of the word “conviction” within the *Canada Evidence Act* could be expanded to include an adjudgment under the *Juvenile Delinquents Act*. In assessing the bearing that *Morris* should have on the question at bar, it must be remembered that the question arose in *Morris* as a question of credibility, and hence not one to be decided on technical interpretations. It is also of critical importance that in *Morris*, the Court was concerned with interpretation of evidentiary statutes which should be interpreted more widely than a statute such as the *Identification of Criminals Act*. It is perhaps of interest that Mr. Justice Pratte states at p. 429:

The word “conviction” is not a term of art that is applicable only to *Criminal Code* offences punishable in the manner provided in the *Code*. When used in a statute, its meaning varies depending on the context in which it is found; it may or may not include the imposition of a penalty.

I do not find this submission persuasive. I fail to see how interpreting the same provisions of the *Juvenile Delinquents Act*, this Court could determine that a juvenile can be “convicted” of violations of the *Criminal Code*, including indictable offences, when the *Canada Evidence Act* is being considered and could no longer be “convicted” of the same violations when the statute being considered is the *Identification of Criminals Act*. In either case, it is the *Juvenile Delinquents Act* which is being interpreted, the same adjudgment of delinquency which is said to be a “conviction”.

The appellant further submitted with regard to the word “conviction”:

It is also to be noted that the majority decision in *Morris* relies also upon an alternative ground that the cross-examination in that case was admissible pursuant to section 593 of the *Criminal Code* and a general right of cross-examination, and that therefore the majority decision in *Morris* may not be determinative of this issue.

«déclaration de culpabilité» à l'article 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, concluant que le pouvoir de se prononcer sur la culpabilité en vertu de la *Loi sur les jeunes délinquants* «équivalait» au pouvoir d'une cour ordinaire de déclarer coupable. Elle a conclu en outre que le sens de l'expression «déclaration de culpabilité» figurant dans la *Loi sur la preuve au Canada* pourrait être élargi de manière à comprendre un jugement en vertu de la *Loi sur les jeunes délinquants*. Pour déterminer la portée que l'arrêt *Morris* devrait avoir en l'espèce, il faut se rappeler que dans cette affaire-là la question se posait par rapport au crédit à accorder à l'appelant et ne pouvait donc être tranchée au moyen d'interprétations techniques. De plus, il est d'une importance capitale que, dans l'arrêt *Morris*, la Cour était appelée à interpréter des lois en matière de preuve, lois qui devraient recevoir une interprétation plus large que celle qu'on donnerait à une loi comme la *Loi sur l'identification des criminels*. Il n'est peut-être pas sans intérêt de noter que le juge Pratte dit, à la p. 429:

L'expression «déclaration de culpabilité» n'est pas une expression technique applicable uniquement aux infractions criminelles punissables de la façon prévue au *Code*. Utilisée dans une loi, son sens varie selon le contexte; elle peut comprendre ou non l'imposition d'une peine.

Cet argument ne me convainc pas. Je vois mal comment, chargée d'interpréter les mêmes dispositions de la *Loi sur les jeunes délinquants*, cette Cour pourrait décider qu'un jeune peut être «reconnu coupable» de violations du *Code criminel*, y compris d'actes criminels, lorsqu'il est question de la *Loi sur la preuve au Canada*, mais ne pourrait être «reconnu coupable» de ces mêmes violations lorsque c'est la *Loi sur l'identification des criminels* qui est en cause. Dans l'un et l'autre cas, c'est la *Loi sur les jeunes délinquants* qu'on interprète, le même jugement prononçant qu'il y a eu délit qu'on dit équivaloir à une «déclaration de culpabilité».

L'appelant a en outre allégué à l'égard de l'expression «déclaration de culpabilité»:

[TRADUCTION] De plus, il est à noter que, dans l'arrêt *Morris*, la majorité s'appuie aussi sur un motif subsidiaire, savoir que le contre-interrogatoire était autorisé par l'article 593 du *Code criminel* et en vertu d'un droit général de contre-interroger, et que, par conséquent, il est possible que cette décision majoritaire ne soit pas déterminante vis-à-vis de la présente question.

That the majority decision did consider the alternative ground based on s. 593 *Cr.C.* does not alter its conclusion on the ground based on s. 12 of the *Canada Evidence Act*. It is to be noted further that in view of its conclusion on s. 12 of the *Canada Evidence Act*, it was unnecessary for the Court to consider s. 593 of the *Criminal Code* and the majority judgment so indicates at p. 437.

In view of my conclusion on the statutory point it is unnecessary to express any opinion on the common law point.

For these reasons I would answer the question in the affirmative.

I would accordingly dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—It seems to me that the underlying issue which must be addressed in this appeal is whether the *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3, merely prescribes a different procedure for dealing with juvenile offenders or whether it in fact changes the character of the act so that it is no longer an indictable offence but only a delinquency.

This issue was addressed in the very context we have before us, namely in connection with the right of the police to fingerprint juveniles, in the case of *R. v. D.G.* (1978), 45 C.C.C. (2d) 157. McQuaid J. in that case approached the issue on the basis of a purely grammatical interpretation of the *Juvenile Delinquents Act*. He found that a juvenile could not be “charged with” or “convicted of” an “indictable offence” unless the Crown took steps under s. 9 of the Act to have the juvenile tried as an adult. He reinforced his conclusion with three lines of argument. First, since s. 5(1) of the *Juvenile Delinquents Act* provides that trials under the Act are to be summary proceedings and s. 27(1)(a) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, defines indictable offences as offences which may be prosecuted by indictment, a “delinquency” does not fit into the definition of an indictable offence found in the *Interpretation Act*. Secondly, since s. 3(2) of the *Juvenile Delinquents Act* states that a child adjudged to have committed a

Le fait que la majorité a examiné le moyen subsidiaire fondé sur l’art. 593 du *C.cr.* ne change rien à sa conclusion sur l’argument fondé sur l’art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*. D’ailleurs il convient de souligner que, vu cette conclusion, la Cour n’avait pas à examiner l’art. 593 du *Code criminel*, ce qui est d’ailleurs précisé dans les motifs de la majorité, à la p. 437.

Vu ma conclusion sur l’argument relatif à la loi, point n’est besoin d’exprimer une opinion sur l’argument relatif à la *common law*.

Pour ces motifs, je répondrais à la question par l’affirmative.

Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—Il me semble que la question sous-jacente à examiner en l’espèce est de savoir si la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, chap. J-3, prescrit simplement une procédure différente pour traiter les jeunes contrevenants ou si, en fait, elle modifie la nature de l’acte de sorte que ce n’est plus un acte criminel, mais seulement un délit.

Cette question a été examinée dans le même contexte que celui de la présente affaire, savoir relativement au droit de la police de relever les empreintes digitales des jeunes, dans l’affaire *R. v. D.G.* (1978), 45 C.C.C. (2d) 157. Dans cette affaire, le juge McQuaid a abordé la question du point de vue de l’analyse purement grammaticale de la *Loi sur les jeunes délinquants*. Il a conclu qu’un jeune ne pouvait pas être «accusé» ou «déclaré coupable» d’un acte criminel à moins que la poursuite ne prenne les mesures prévues à l’art. 9 de la Loi pour que le jeune soit jugé comme un adulte. Il a renforcé sa conclusion au moyen d’un raisonnement en trois volets. Premièrement, puisque le par. 5(1) de la *Loi sur les jeunes délinquants* prévoit que les procès intentés en exécution de la Loi sont sommaires et que l’al. 27(1)a) de la *Loi d’interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, définit les actes criminels comme des infractions pouvant donner lieu à des poursuites au moyen d’un acte d’accusation, un «délit» n’entre pas dans la

delinquency "shall be dealt with, not as an offender, but as one in a condition of delinquency", he cannot be considered to have been convicted of a crime. And third, the *Juvenile Delinquents Act*, and particularly s. 3, is not merely a mechanism by which a different form of procedure is adopted in the prosecution of children for criminal offences, but is legislation which characterizes what would, if committed by an adult, be a criminal offence as a mere delinquency when committed by a child.

The problem, it seems to me, with the interpretive approach taken by McQuaid J. is that he is dealing with two statutes as if they addressed each other when in fact they do not. What he was called upon to do was interpret the words "charged with or under conviction of an indictable offence" in s. 2(1) of the *Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1970, c. I-1. This Act was passed by Parliament in 1898 (1898 (Can.), c. 54) and the relevant wording has remained unchanged since that time. The *Juvenile Delinquents Act* dates back to 1908 (1908 (Can.), c. 40) and, while it has been amended from time to time, the provisions with which we are concerned have been in existence, albeit in somewhat different form, since the original Act was passed. I think it is fair to say that when Parliament originally passed the *Identification of Criminals Act* it did not contemplate a distinction between juvenile and adult offenders. There is nothing in the *Juvenile Delinquents Act* which speaks directly to the relationship between it and the *Identification of Criminals Act* and the relationship is one which must be determined therefore by inference from the words of the two pieces of legislation. In such circumstances it seems to me that the Court should take a broad rather than a narrow view of both pieces of legislation and not refine too much on the use of certain expressions at the expense of the policy reflected in the legislation as a whole. I believe that the third issue addressed by McQuaid J. is the crucial one. Does the *Juvenile Delinquents Act* change the character

définition d'un acte criminel donnée par la *Loi d'interprétation*. Deuxièmement, puisque le par. 3(2) de la *Loi sur les jeunes délinquants* prévoit que lorsqu'il est jugé qu'un enfant a commis un délit, «il doit être traité non comme un contrevenant mais comme quelqu'un qui est dans une ambiance de délit», on ne peut pas considérer qu'il a été déclaré coupable d'un crime. Troisièmement, la *Loi sur les jeunes délinquants*, en particulier l'art. 3, n'est pas un simple mécanisme qui institue une forme de procédure différente pour poursuivre les enfants pour des infractions criminelles, c'est un texte de loi qui qualifie ce qui serait une infraction criminelle si elle était commise par un adulte, de simple délit si elle est commise par un enfant.

À mon avis, le problème de l'interprétation adoptée par le juge McQuaid est qu'il traite les deux lois comme si elles se rapportaient l'une à l'autre alors qu'en fait ce n'est pas le cas. Ce qu'il devait interpréter, ce sont les mots «qu'elle soit accusée d'un acte criminel, ou qu'elle en ait été reconnue coupable» qui figurent au par. 2(1) de la *Loi sur l'identification des criminels*, S.R.C. 1970, chap. I-1. Cette loi a été adoptée par le Parlement en 1898 (1898 (Can.), chap. 54) et les termes pertinents n'ont pas changé depuis. La *Loi sur les jeunes délinquants* remonte à 1908 (1908 (Can.), chap. 40) et bien qu'elle ait été modifiée à plusieurs reprises, les dispositions en cause ici existent depuis l'adoption de la loi originale, quoique sous une forme un peu différente. Je crois qu'il est juste de dire que lorsque le Parlement a adopté à l'origine la *Loi sur l'identification des criminels*, il n'a pas envisagé de distinction entre les jeunes contrevenants et les adultes. Rien dans la *Loi sur les jeunes délinquants* ne parle directement de sa relation avec la *Loi sur l'identification des criminels* et il s'agit donc d'une relation qu'il faut trouver par déduction à partir des termes des deux textes de loi. Dans ces circonstances, il me semble que la Cour devrait considérer de façon large plutôt qu'étroite ces deux textes de loi et ne pas disséquer trop en détail l'utilisation de certaines expressions au dépens de la politique que reflètent les textes de loi dans leur ensemble. Je crois que la troisième question examinée par le juge McQuaid est cruciale. La *Loi sur les jeunes délinquants*



of the act when committed by a juvenile so that it is no longer an indictable offence but only a delinquency?

It seems to me that where the courts have addressed this question they have concluded that for the purposes of the application of other statutes the acts of juveniles who offend the *Criminal Code* are indeed criminal offences. The two leading cases are the majority decision of this Court in *Morris v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 405, and the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Clark* (1977), 35 C.C.C. (2d) 319.

In *Morris* the issue was the relationship between the *Juvenile Delinquents Act* and the *Canada Evidence Act* and, in particular, whether adjudications of delinquency could be characterized as "convictions" or "offences" within the meaning of s. 12 of the latter Act. Spence J., in dissent, adopted the view that they were not, relying principally on ss. 3, 20 and 38 of the *Juvenile Delinquents Act*. Writing for the majority Pratte J. came to the opposite conclusion. For him the fact that no specific inclusion of "delinquencies" was made in s. 12 of the *Canada Evidence Act* was not conclusive of whether delinquencies arising out of violations of the *Criminal Code* were covered by the term "offences" in that Act. Pratte J. appears to have considered both the purposes of the two pieces of legislation and the breadth of meaning which could be ascribed to the words used in each Act. Having decided that the words "offences" and "convictions" in s. 12 of the *Canada Evidence Act* were sufficiently broad to encompass adjudications of delinquency and that it was consonant with the purpose of each Act that a broad meaning of the words be adopted, he proceeded to do so.

With respect I do not find the decision in *Morris* particularly helpful on the essential issue as I have stated it. That issue is, however, specifically addressed in *Clark, supra*. In that case the question was whether the appellant, who had been convicted of possession of stolen goods knowing that the goods were obtained from the commission of an offence punishable by indictment under

modific-t-elle la nature de l'acte perpétré par un jeune de sorte qu'il ne s'agit plus d'un acte criminel, mais seulement d'un délit?

<sup>a</sup> Il me semble que lorsque les tribunaux ont examiné cette question, ils ont conclu que, pour les fins de l'application d'autres lois, les actes des jeunes qui enfreignent le *Code criminel* sont effectivement des infractions criminelles. Les deux <sup>b</sup> arrêts de principe sont l'arrêt majoritaire de cette Cour, *Morris c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 405, et l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *R. v. Clark* (1977), 35 C.C.C. (2d) 319.

<sup>c</sup> L'affaire *Morris* soulevait la question de la relation entre la *Loi sur les jeunes délinquants* et la *Loi sur la preuve au Canada* et, en particulier, celle de savoir si les jugements prononçant qu'il y a eu un délit pouvaient être qualifiés de «déclarations de culpabilité» ou d'«infractions» au sens de <sup>d</sup> l'art. 12 de cette dernière loi. Le juge Spence, en dissidence, a conclu qu'ils ne le pouvaient pas, s'appuyant principalement sur les art. 3, 20 et 38 de la *Loi sur les jeunes délinquants*. Au nom de la majorité, le juge Pratte en est arrivé à la conclusion contraire. À son avis, le fait que l'on n'ait pas <sup>e</sup> inclus précisément les «délits» dans l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* n'était pas concluant quant à la question de savoir si les délits imputables à des violations du *Code criminel* étaient couverts par le mot «infractions» dans cette loi. Le juge Pratte semble avoir considéré à la fois les buts des deux textes de loi et l'ampleur du sens qu'on <sup>f</sup> peut attribuer aux mots utilisés dans chacun. Ayant conclu que les expressions «infractions» et «déclarations de culpabilité» à l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* étaient suffisamment larges pour englober les jugements prononçant <sup>g</sup> qu'il y eu délit et qu'il était conforme au but de la Loi qu'on donne un sens large à ces mots, c'est ce <sup>h</sup> qu'il a fait.

<sup>i</sup> Avec égards, je ne juge pas l'arrêt *Morris* particulièrement utile en ce qui concerne la question essentielle que j'ai formulée. Par contre, l'arrêt *Clark*, précité, examine précisément cette question. Dans cette affaire, il fallait décider si l'appellant, qui avait été condamné pour possession de <sup>j</sup> biens volés en sachant que les biens avaient été obtenus par la perpétration d'une infraction punis-

s. 312(1)(a) of the *Criminal Code*, could succeed on the ground that his 15-year old brother, who had stolen the goods in question, had not committed "an offence punishable by indictment". Arnup J.A. drew a distinction between the capacity to commit an offence and an immunity from prosecution for the offence. He reasoned that the *Juvenile Delinquents Act* provided a limited form of immunity from criminal prosecution of juveniles. This did not, however, mean that the acts themselves ceased to have a criminal character.

Arnup J.A. also rejected the argument that since s. 5 of the *Juvenile Delinquents Act* mandated summary procedure in the case of a juvenile offender, an offence committed by him could not be an offence "punishable by indictment". He drew no distinction between "an indictable offence" and "an offence punishable by indictment" and he noted that the character of the offence was not changed by the method in which the Crown elected to proceed on it. In other words, where the Crown has an option to proceed summarily or by way of indictment and it chooses the former course, the offence is still one "punishable by indictment". Thus it appeared to him that the fact that the Crown did not elect to proceed against a juvenile delinquent under the provisions of s. 9(1) of the *Juvenile Delinquents Act* did not mean that the delinquency lost its character as an indictable offence.

Applying the reasoning of Arnup J.A. to this case, it appears to me that the 16-year old appellant was capable of committing an indictable offence. The fact that he was charged with a delinquency rather than with an indictable offence under s. 9 of the *Juvenile Delinquents Act* did not relieve his act of its character as an indictable offence. For purposes of s. 2 of the *Identification of Criminals Act* therefore it could be said that the appellant was charged with an indictable offence. Since the other prerequisites of the Act were met the respondents were entitled pursuant to the Act to use reasonable force in securing the appellant's fingerprints.

sable sur acte d'accusation en vertu de l'al. 312(1)a) du *Code criminel*, pouvait avoir gain de cause en plaidant que son frère âgé de 15 ans, qui avait volé les biens en question, n'avait pas commis «une infraction punissable sur acte d'accusation». Le juge Arnup de la Cour d'appel a fait une distinction entre la capacité de commettre une infraction et une immunité contre des poursuites relativement à l'infraction. Il a conclu que la *Loi sur les jeunes délinquants* accordait une forme limitée d'immunité contre la poursuite des jeunes au criminel. Cela ne signifie pas toutefois que les actes eux-mêmes perdent leur nature d'actes criminels.

Le juge Arnup a également rejeté l'argument que puisque l'art. 5 de la *Loi sur les jeunes délinquants* impose une procédure sommaire dans le cas d'un jeune contrevenant, une infraction qu'il commet ne peut pas être une infraction «punissable sur acte d'accusation». Il n'a pas fait de distinction entre «un acte criminel» et «une infraction punissable sur acte d'accusation» et il a noté que la nature de l'infraction n'était pas modifiée par la méthode que la poursuite choisissait pour poursuivre. En d'autres termes, lorsque la poursuite a le choix entre la poursuite sommaire et la poursuite par acte d'accusation et qu'elle choisit la première, l'infraction est toujours une infraction «punissable sur acte d'accusation». Donc, à son avis, le fait que la poursuite n'ait pas choisi de poursuivre un jeune délinquant en vertu du par. 9(1) de la *Loi sur les jeunes délinquants* ne signifiait pas que le délit n'avait plus sa nature d'acte criminel.

Si j'applique le raisonnement du juge Arnup à la présente affaire, j'estime que l'appellant, âgé de 16 ans, avait la capacité de commettre un acte criminel. Le fait qu'il ait été accusé d'un délit plutôt que d'un acte criminel en vertu de l'art. 9 de la *Loi sur les jeunes délinquants* n'a pas enlevé à son acte sa nature d'acte criminel. Donc, aux fins de l'art. 2 de la *Loi sur l'identification des criminels*, on pouvait dire que l'appellant a été accusé d'un acte criminel. Puisque les autres conditions de la Loi ont été remplies, les intimés avaient le droit en vertu de la Loi d'utiliser une force raisonnable pour obtenir les empreintes digitales de l'appellant.

For these reasons I agree with my colleague, Mr. Justice Chouinard, that the appeal should be dismissed with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Peyton & McDade, Kelowna.*

*Solicitor for the respondent Baugh: The Department of Justice, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent Williams: The Ministry of the Attorney General for the Province of British Columbia, Victoria.*

Pour ces motifs, je suis d'accord avec mon collègue, le juge Chouinard, que le pourvoi doit être rejeté avec dépens.

<sup>a</sup> *Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelants: Peyton & McDade, Kelowna.*

<sup>b</sup> *Procureur de l'intimé Baugh: Le ministère de la Justice, Vancouver.*

*Procureur de l'intimé Williams: Le ministère du Procureur général de la province de la Colombie-Britannique, Victoria.*

**Rolf Arthur Droste** *Appellant*;

and

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

File No.: 16808.

1983: November 2; 1984: April 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Transferred intent — Murder — Accused failed to kill intended victim but mistakenly killed two others — Jury charged that accused liable to conviction for first degree murder — Whether or not jury properly charged — Whether or not “planned and deliberate” in s. 214 relates to intended or actual victims — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 205, 212(b), 214(2).*

Appellant had planned to kill his wife but in carrying out his plan killed his two young children instead. The trial judge charged the jury that appellant could be convicted of the first degree murder of his children if the jury were satisfied beyond a reasonable doubt that appellant had planned to kill his wife. The issue here is whether the Ontario Court of Appeal erred in law in holding that the trial judge had correctly charged the jury.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.: Planning and deliberation with the relation to the killing of a specific person makes the offence first degree murder when in the course of carrying out the plan the accused in fact kills someone else.

The question of liability for first degree murder is one of statutory interpretation and does not depend on the doctrine of “transferred intent”. Section 214(2) does not create a separate substantive offence of first degree murder; it classifies for sentencing purposes the substantive offence of murder as defined by ss. 212 and 213. Under s. 212(b) it is murder when a person, meaning to cause the death of a human being, by accident or mistake causes the death of another human being. Section 214(2) classifies as first degree, a murder committed in any of the relevant ways specified in the *Code*, if that murder was planned and deliberate. The element of

**Rolf Arthur Droste** *Appellant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

N° du greffe: 16808.

1983: 2 novembre; 1984: 2 avril.

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

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

*Droit criminel — Transfert d'intention — Meurtre — L'accusé n'a pas tué la victime envisagée, mais a, par erreur, causé la mort de deux autres personnes — Directive donnée au jury selon laquelle l'accusé est passible d'une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré — La directive donnée au jury était-elle appropriée? — L'expression «commis avec préméditation» de l'art. 214 vise-t-elle les victimes envisagées ou les victimes réelles? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 205, 212b), 214(2).*

L'appellant avait projeté de tuer son épouse, mais en exécutant son projet il a plutôt tué ses deux jeunes enfants. Le juge du procès a dit dans ses directives au jury que, s'il était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appellant avait prémédité le meurtre de son épouse, l'appellant pouvait être déclaré coupable du meurtre au premier degré de ses enfants. La question est de savoir si la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur de droit en concluant que le juge du procès a donné des directives appropriées au jury.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Les juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer: La préméditation liée au fait de tuer une personne en particulier fait de cette infraction un meurtre au premier degré lorsqu'en exécutant son projet l'accusé tue une autre personne.

La question de la responsabilité pour meurtre au premier degré est une question d'interprétation de la loi et ne dépend aucunement de la doctrine du «transfert d'intention». Le paragraphe 214(2) ne crée pas une infraction distincte de meurtre au premier degré; il classe, pour les fins du prononcé de la sentence, l'infraction de meurtre définie aux art. 212 et 213. Suivant l'al. 212b), il y a meurtre lorsqu'une personne, ayant l'intention de causer la mort d'un être humain, cause par accident ou par erreur la mort d'un autre être humain. Le paragraphe 214(2) classe comme meurtre au premier degré le meurtre commis de l'une ou l'autre

planning and deliberation required by s. 214(2) relates to the specific *mens rea* of the applicable section—in the present case, under s. 212(b), to the intention to cause death to the wife. When s. 214(2) is combined with s. 212(b) the identity and character of any victim is entirely irrelevant. This conclusion also accords with the policy *rationale* underlying s. 214(2) which imposes a harsher penalty because of the added moral culpability to a murder that is planned and deliberate. This added culpability relates to planning and deliberation with regard to the taking of a human life and not with regard to the identity of the victim.

*Per* Wilson J.: Murder is in the first degree when “it” is planned and deliberate. Under s. 212(b) an intent to murder one person is sufficient *mens rea* if, by accident or mistake, the accused kills another. Planning and deliberating the murder of the intended victim and killing by accident or mistake another person is therefore sufficient to make the killing of the unintended victim planned and deliberate.

*R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124; *R. v. Woods and Gruener* (1980), 57 C.C.C. (2d) 220, applied; *R. v. Gross* (1913), 23 Cox C.C. 455, referred to; *Ancio v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 225, distinguished.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 34 O.R. (2d) 588, 63 C.C.C. (2d) 418, dismissing an appeal from convictions of two counts of first degree murder pronounced by Callaghan J. Appeal dismissed.

*Gerald Kluwak*, for the appellant.

*David Watt, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ. was delivered by

DICKSON J.—Murder is first degree murder when it is planned and deliberate. The appellant Rolf Arthur Droste planned, and deliberated upon, the killing of his wife. In the course of carrying out that plan he caused the death of his two young children, Rolf Maurice Droste and Monique Jean Droste. His wife survived. The case is here by leave of this Court upon the following question:

des façons pertinentes prévues par le *Code*, si ce meurtre a été prémédité. L'élément de préméditation requis par le par. 214(2) est lié à la *mens rea* spécifique de la disposition applicable—en l'espèce, selon l'al. 212b), à l'intention de causer la mort de l'épouse. Lorsque le par. 214(2) est combiné avec l'al. 212b), l'identité et la réputation d'une victime n'ont aucune importance. Cette conclusion est également compatible avec la considération de principe qui sous-tend le par. 214(2) qui impose une peine plus sévère en raison de l'élément de culpabilité morale supplémentaire que comporte le meurtre commis avec préméditation. Cet élément de culpabilité supplémentaire découle de la préméditation liée à la suppression d'une vie humaine et non à l'identité de la victime.

*Le juge Wilson*: Le meurtre au premier degré est le meurtre commis avec préméditation. Selon l'al. 212b), l'intention de tuer une personne constitue une *mens rea* suffisante si, par accident ou par erreur, l'accusé tue une autre personne. Le fait de préméditer le meurtre de la victime envisagée et de tuer une autre personne par accident ou par erreur suffit à rendre prémédité l'homicide de la victime non envisagée.

Jurisprudence: arrêts suivis: *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124; *R. v. Woods and Gruener* (1980), 57 C.C.C. (2d) 220; arrêt mentionné: *R. v. Gross* (1913), 23 Cox C.C. 455; distinction faite avec l'arrêt: *Ancio c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 225.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 34 O.R. (2d) 588, 63 C.C.C. (2d) 418, qui a rejeté l'appel interjeté contre les déclarations de culpabilité relatives à deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré prononcées par le juge Callaghan. Pourvoi rejeté.

*Gerald Kluwak*, pour l'appellant.

*David Watt, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer rendu par

LE JUGE DICKSON—Le meurtre au premier degré est le meurtre commis avec préméditation. L'appellant Rolf Arthur Droste a prémédité le meurtre de son épouse. En mettant son projet à exécution, il a causé la mort de ses deux jeunes enfants, Rolf Maurice Droste et Monique Jean Droste. Son épouse a survécu. Ce pourvoi formé avec l'autorisation de cette Cour porte sur la question suivante:

Did the Court of Appeal for the Province of Ontario err in law in holding that the learned trial Judge had correctly charged the jury that, if they were satisfied beyond a reasonable doubt that the Appellant herein had planned and deliberated to kill his wife, then he could be convicted of the first degree murder of his children, Rolf Maurice Droste and Monique Jean Droste.

### I The Facts

Mr. Droste, his wife and two children were invited to a birthday party at the house of friends. The morning of the day upon which the party was to be held Mr. Droste went to a gas station. He filled the gas tank of the car. At the same time he filled five gallon container with gasoline. Later, he cleaned the back seat of the car using gas from the five gallon container. He testified that the seat was oily, some snowmobile parts having been placed on it at an earlier date. He reactivated the seat belts in the rear seat of the vehicle. Shortly after noon Mr. Droste, his wife and the children left for the party; the children were strapped in the back seat by the seat belts. Mrs. Droste noticed the smell of gasoline when she entered the vehicle. *En route*, as the vehicle was approaching a bridge, flames began to shoot up between the two front seats. Mr. Droste attempted to extinguish them with his right hand. Mrs. Droste testified that her husband then took a screwdriver from under his seat and began hitting her on the left side of the head, at the same time yelling at her to let go the steering wheel. The vehicle crashed into the bridge abutment. Mr. Droste fell forward on the steering wheel and was temporarily incapacitated. Mrs. Droste got out through the door on the driver's side as the passenger door would not open; she helped her husband out of the vehicle. Mr. and Mrs. Droste tried to get the children out of the back seat of the car but were unable to do so. The children died from asphyxia due to smoke inhalation.

Crown evidence was to the effect that four gallons of gasoline had been used out of the five gallon container found in the trunk of the car. In the opinion of the Crown's experts the fire did not

[TRADUCTION] La Cour d'appel de la province d'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en décidant que le juge du procès a eu raison de dire dans ses directives au jury que, si celui-ci était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appelant avait prémédité le meurtre de son épouse, il pouvait alors être déclaré coupable du meurtre au premier degré de ses enfants Rolf Maurice Droste et Monique Jean Droste?

### b I Les faits

M. Droste, son épouse et ses deux enfants ont été invités chez des amis à l'occasion d'un anniversaire. Le matin du jour où la fête devait avoir lieu, M. Droste s'est rendu à une station-service pour y faire le plein d'essence. Il a en même temps rempli d'essence un contenant d'une capacité de cinq gallons. Il a ensuite nettoyé le siège arrière de sa voiture en utilisant l'essence dudit contenant. Il a témoigné que le siège était huileux, car certaines pièces de motoneige y avaient été déposées. Il a remis en état les ceintures de sécurité du siège arrière de l'automobile. Peu après midi, M. Droste, son épouse et leurs enfants se sont rendus à la fête; ces derniers étaient retenus au siège arrière par les ceintures de sécurité. M<sup>me</sup> Droste a perçu l'odeur d'essence lorsqu'elle est entrée dans l'automobile. Au cours du trajet, à l'approche d'un pont, des flammes ont commencé à jaillir entre les deux sièges avant. M. Droste a tenté de les éteindre de sa main droite. M<sup>me</sup> Droste a témoigné que son époux a alors saisi un tournevis qui se trouvait sous son siège et qu'il a commencé à la frapper au côté gauche de la tête, lui criant en même temps de lâcher le volant. Le véhicule a percuté la culée du pont. M. Droste a été projeté à l'avant sur le volant et il a été momentanément immobilisé. M<sup>me</sup> Droste est sortie par la porte du conducteur, étant donné que la porte du passager ne pouvait s'ouvrir; elle a aidé son époux à sortir de l'automobile. Ils ont tenté de faire sortir les enfants qui étaient assis sur le siège arrière de la voiture mais sans succès. Ces derniers sont morts d'asphyxie due à l'inhalation de fumée.

Selon la preuve du ministère public, on a utilisé quatre gallons d'essence à même le contenant de cinq gallons qui se trouvait dans le coffre arrière de la voiture. De l'avis de ses témoins experts,

start in the engine; it was caused by an accelerator used in the interior of the vehicle.

The Crown adduced other damning evidence. A co-worker of Mr. Droste testified that Droste had been telling him of various plans to kill Mrs. Droste. The final plan involved crashing a motor vehicle into a tree, starting a fire inside the vehicle and leaving Mrs. Droste to die. Other co-workers gave evidence that Droste told them he was going to kill his wife. There was evidence that Mr. Droste was sexually involved with a married woman at the time of the occurrence and that he desired to collect the proceeds of an insurance policy recently placed on the life of Mrs. Droste.

Mr. Droste was indicted on two charges, namely, first degree murder of each child. The trial judge instructed the jury that if they were satisfied beyond a reasonable doubt that Mr. Droste had planned and deliberated to kill his wife, then he could be convicted of the first degree murder of his children.

In the absence of the jury he explained to counsel the basis of his charge:

I am relying primarily on the wording of 214(2). There is no reference therein which would restrict the applicability to the intended victim, and I realize it is arguable, but it seems to me if a murder is established under 212(b) the planning and deliberation may relate to the murder of an intended victim whereas the *actus rea* [*sic*] relates to the unintended victim, otherwise you would never have first degree murder in circumstances where all the components are proven with reference to A and the unintended victim B, is killed.

I am also of the view that this approach is consistent with the doctrine of transferred malice as outlined in Glanville Williams; *The Criminal Law*, the General part 2nd Edition, pages 125 to 137. It is a difficult problem and I appreciate the submission, but in putting the charge together I concluded that the element of planning and deliberation could be in relation to an intended victim when the charge was laid under 212(b).

l'incendie n'a pas pris naissance dans le compartiment moteur; il a été causé au moyen d'une substance inflammable placée à l'intérieur du véhicule.

<sup>a</sup> Le ministère public a produit d'autres éléments de preuve accablants. Un collègue de travail de M. Droste a témoigné que ce dernier lui avait fait part de différents plans visant à tuer M<sup>me</sup> Droste. Son <sup>b</sup> dernier plan consistait à provoquer l'écrasement de son véhicule contre un arbre, à y allumer un incendie et à y laisser mourir M<sup>me</sup> Droste. D'autres collègues de travail ont témoigné que Droste leur avait dit qu'il allait tuer son épouse. Il a été prouvé <sup>c</sup> qu'à l'époque de cet accident, M. Droste entretenait une liaison intime avec une femme mariée et qu'il souhaitait toucher le produit d'une police d'assurance qu'il venait de contracter sur la vie de <sup>d</sup> M<sup>me</sup> Droste.

M. Droste a fait l'objet de deux chefs d'accusation, savoir le meurtre au premier degré de chacun de ses enfants. Le juge du procès a dit dans ses directives au jury que si celui-ci était convaincu <sup>e</sup> hors de tout doute raisonnable que M. Droste avait prémédité le meurtre de son épouse, il pouvait alors être déclaré coupable du meurtre au premier degré de ses enfants.

<sup>f</sup> En l'absence du jury, il a expliqué aux avocats le fondement de ses directives:

[TRADUCTION] Je me fonde essentiellement sur le texte du par. 214(2) qui ne contient aucune disposition <sup>g</sup> limitant son applicabilité à la victime envisagée; je sais que ce point est discutable mais il me semble que si la preuve de meurtre est établie conformément à l'al. 212b), la préméditation peut s'appliquer au meurtre d'une victime envisagée, alors que l'*actus reus* porte sur <sup>h</sup> la victime non envisagée, sinon il n'y aurait jamais de meurtre au premier degré dans les cas où tous les éléments sont prouvés en ce qui concerne A et où la victime B non envisagée est tuée.

J'estime en outre que ce point de vue est compatible <sup>i</sup> avec la doctrine du transfert de malice énoncée par Glanville Williams dans son ouvrage *The Criminal Law*, *The General Part* (2<sup>e</sup> édition), aux pp. 125 à 137. C'est un problème difficile et je comprends l'argument, mais en examinant l'accusation dans son ensemble, j'ai conclu <sup>j</sup> que l'élément de préméditation pouvait s'appliquer à une victime envisagée lorsque cette accusation était portée en vertu de l'al. 212b).

The jury returned a verdict of guilty on each charge. Mr. Droste appealed and the Court of Appeal for Ontario held that the trial judge had correctly charged the jury. The sole question in this appeal is whether the Court of Appeal was correct in so holding.

## II The Judgment of the Court of Appeal for Ontario

Martin J.A. delivered judgment for a unanimous Court. After reciting the facts, he referred to the submission of counsel for Mr. Droste, renewed in this Court, that a conviction for first degree murder cannot be supported on the basis that the accused planned and deliberated the killing of his wife and by accident or mistake caused the death of his children; that ss. 212(b) and 214(2) of the *Criminal Code* cannot be combined to found a conviction for first degree murder and that the trial judge had erred in failing so to instruct the jury. Counsel contended that the death of the victim must be planned and deliberate.

Section 212(b) reads:

**212.** Culpable homicide is murder

(b) where a person, meaning to cause death to a human being or meaning to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and being reckless whether death ensues or not, by accident or mistake causes death to another human being, notwithstanding that he does not mean to cause death or bodily harm to that human being; . . .

Section 214(2) reads:

**214.** . . .

(2) Murder is first degree murder when it is planned and deliberate.

The conclusion of the Court of Appeal on the point under discussion will be found in the following passage:

We think that the trial judge correctly instructed the jury that if they were satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant's intention to kill his wife was planned and deliberate and that in the course of the

Le jury a rendu un verdict de culpabilité à l'égard de chacun des chefs d'accusation. M. Droste a formé appel et la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que le juge du procès avait donné des directives appropriées au jury. L'unique question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si la Cour d'appel de l'Ontario a eu raison de décider ainsi.

## b II L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario

Le juge Martin a prononcé l'arrêt unanime de la Cour d'appel. Après avoir exposé les faits, il a mentionné l'argument de l'avocat de M. Droste, repris devant cette Cour, portant que l'accusé ne peut être déclaré coupable de meurtre au premier degré pour le motif qu'il a prémédité le meurtre de son épouse et que, par accident ou par erreur, il a causé la mort de ses enfants; qu'on ne peut combiner l'al. 212(b) et le par. 214(2) du *Code criminel* pour déclarer l'accusé coupable de meurtre au premier degré et que le juge du procès a commis une erreur en ne donnant pas de directives au jury sur ce point. L'avocat a soutenu que la mort de la victime doit être préméditée.

L'alinéa 212(b) est ainsi rédigé:

**212.** L'homicide coupable est un meurtre

b) lorsqu'une personne, ayant l'intention de causer la mort d'un être humain ou ayant l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait de nature à causer sa mort, et ne se souciant pas que la mort en résulte ou non, par accident ou erreur cause la mort d'un autre être humain, même si elle n'a pas l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles à cet être humain; . . .

<sup>h</sup> Le paragraphe 214(2) prévoit ce qui suit:

**214.** . . .

(2) Le meurtre au premier degré est le meurtre commis avec préméditation.

<sup>i</sup> Voici l'extrait dans lequel est énoncée la conclusion de la Cour d'appel sur ce point:

[TRADUCTION] Nous croyons que le juge du procès a eu raison de dire dans ses directives au jury que si celui-ci était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'intention de l'appelant de tuer son épouse était



carrying out that intention he caused the death of the children by accident or mistake, that the resulting murder constituted first degree murder.

Section 214(2) provides that "murder" is first degree murder when "it" is planned and deliberate. Where murder as defined by s. 212(b) is committed and that murder is planned and deliberate the murder is first degree murder even though the planned and deliberate intention to kill took effect on a person other than the intended victim.

The Court considered the law to be correctly stated by Professor Mewett in the following passage from an article entitled *First Degree Murder* (1978-79), 21 Crim. L.Q. 82, at p. 83:

Section 212(b) does not seem to cause problems, at least where it applies by virtue of meaning to cause someone else's death. Since it is the murder that has to be planned and deliberate and since the effect of s. 212(b) is merely to enact that an intent to murder A is sufficient *mens rea* if by accident or mistake, the accused kills B, then it would seem that planning and deliberating the murder of A and by accident or mistake killing B would make the "murder" of B (for so it is defined in s. 212(b)) planned and deliberate.

The Court continued:

We are also of the view that the transference of a planned and deliberate intention to kill one person to the actual victim is in accord with the general principles of the criminal law. Clearly, the moral culpability of one who intends to kill one person, preceded by planning and deliberation, but who by accident or mistake kills another person, is the same as if he had succeeded in killing his intended victim. As Rothman, J., said in *Charest v. Beaudoin J.S.P.* (1980), 18 C.R. (3d) 58 at 62-3:

An accused may deliberate for months, weighing the advantages and consequences of killing his intended victim, "A". He may do a great deal of planning: recruiting an accomplice, selecting a weapon, keeping "A" under surveillance and finally choosing his moment to do the killing. If by some mischance—poor marksmanship or the sudden emergence of another person—he kills "B" instead of "A", surely his planning and deliberation is no less than it would have been if he had killed "A". All of the same ingredients of planning and deliberation remain unchanged. The only change is in the identity of the person whose

assortie de préméditation et qu'en donnant suite à cette intention il a causé la mort de ses enfants par accident ou par erreur, le meurtre qui s'en est suivi constitue un meurtre au premier degré.

Le paragraphe 214(2) prévoit que le «meurtre» au premier degré est le meurtre commis avec préméditation. Lorsque le meurtre défini à l'al. 212b) est commis avec préméditation, il constitue un meurtre au premier degré même si l'intention de tuer, assortie de préméditation, s'est réalisée sur une personne autre que la victime envisagée.

La cour a estimé que le professeur Mewett a correctement énoncé la règle de droit applicable dans l'extrait suivant de son article intitulé *First Degree Murder* (1978-79), 21 Crim. L.Q. 82, à la p. 83:

[TRADUCTION] L'alinéa 212b) ne semble soulever aucun problème, du moins lorsqu'il s'applique en raison de l'intention de causer la mort d'une autre personne. Puisque c'est le meurtre qui doit être prémédité et que l'al. 212b) a pour seul effet de prévoir que l'intention de tuer A constitue une *mens rea* suffisante si, par accident ou par erreur, l'accusé tue B, il semblerait alors que le fait de préméditer le meurtre de A et de tuer B par accident ou par erreur rende le «meurtre» de B (puisque il est ainsi défini à l'al. 212b)) prémédité.

La cour a poursuivi:

[TRADUCTION] Nous estimons également que le transfert de l'intention, avec préméditation, de tuer une personne pour l'appliquer à la victime réelle est conforme aux principes généraux du droit criminel. De toute évidence, la culpabilité morale de quelqu'un qui prémédite le meurtre d'une personne, mais qui, par accident ou par erreur, tue une autre personne est la même que s'il avait réussi à tuer la victime envisagée. Comme l'a dit le juge Rothman dans la décision *Charest v. Beaudoin J.S.P.* (1980), 18 C.R. (3d) 58, aux pp. 62 et 63:

Un accusé peut passer des mois à sopeser les avantages et les conséquences du meurtre de la victime envisagée, savoir «A». Il peut élaborer un plan précis: recruter un complice, choisir une arme, surveiller «A» et, enfin, choisir le moment de le tuer. Si par malchance—par manque d'adresse au tir ou en raison de l'arrivée soudaine d'une autre personne—il tue «B» au lieu de «A», sa préméditation n'est certainement pas moindre que s'il avait tué «A». Tous les éléments de la préméditation demeurent les mêmes. Le seul changement est l'identité de la personne tuée et cela,

death is caused, and this, it seems to me, is entirely irrelevant to the question of whether the murder was planned and deliberate.

Any other conclusion would, in my opinion, be logically ludicrous and absurd in its consequences. Parliament could hardly have intended to punish premeditated murder less severely where an accused kills a perfect stranger than it would otherwise punish an accused for the same premeditation if he had managed to kill his intended victim.

In short I conclude that a murder that is planned and deliberate does not cease to be planned and deliberate because a mistake is made in the victim. In my opinion, s. 214(2) is applicable to murders committed under s. 212(b).

Finally, the Court cited *R. v. Gross* (1913), 23 Cox C.C. 455. In that case Darling J. referred to the legal principle "laid down over and over again" that if a person feloniously fires at another in such circumstances as could make the killing of that person murder, but by accident hits and kills a third person whom he never intended to hit at all, that is murder. Darling J. went on to say that if the firing at the person intended to be hit would be manslaughter (as, for example, provocation operating on the mind of the accused), then, if the bullet strikes a third person who is not intended to be hit, the killing of that person equally would be manslaughter and not murder. Martin J.A. in the present case concluded, by a parity of reasoning, that an intention which is aggravated by the fact that it is planned and deliberate is transferred from the contemplated victim to the actual victim.

### III The Argument of Counsel for the Appellant

Counsel submits that, as it is the murder which must be planned and deliberate, the elements of "planning and deliberation" stated in s. 214(2) must be with respect to all the components charged in the indictment, and found to have been committed. He further submits that a murder cannot be planned and deliberate where the person who committed the offence did not intend to cause the death of, or to cause grievous bodily harm to, the victim.

Counsel argues that the *Criminal Code* creates a step-by-step procedure to be followed in deter-

me semble-t-il, n'a absolument rien à voir avec la question de savoir si le meurtre a été prémédité.

Toute autre conclusion produirait, à mon avis, des conséquences illogiques et absurdes. Le législateur ne pourrait guère avoir voulu punir le meurtre prémédité moins sévèrement lorsqu'un accusé tue un parfait inconnu que lorsque cet accusé tue avec la même préméditation la victime envisagée.

Bref, je conclus qu'un meurtre qui est prémédité ne cesse pas de l'être en raison d'une erreur sur la victime. À mon avis, le par. 214(2) s'applique au meurtre défini à l'al. 212b).

Enfin, la cour a cité l'arrêt *R. v. Gross* (1913), 23 Cox C.C. 455. Dans cette affaire, le juge Darling a mentionné le principe de droit «énoncé à maintes reprises» selon lequel si une personne fait feu sur une autre personne dans des circonstances où il pourrait s'agir d'un meurtre, et si par accident elle atteint et tue un tiers qu'elle n'a jamais eu l'intention d'atteindre, cela constitue un meurtre. Le juge Darling a ajouté que, si en tirant un coup de feu en direction de la victime envisagée, on commettait un homicide involontaire coupable (lorsque par exemple l'accusé a été provoqué), alors, si la balle atteignait une autre personne, la mort de cette dernière constituerait également un homicide involontaire coupable et non un meurtre. En l'espèce, le juge Martin a conclu, par un raisonnement analogue, qu'une intention à laquelle s'ajoute la préméditation est transférée de la victime envisagée à la victime réelle.

### III L'argument de l'avocat de l'appellant

L'avocat soutient que puisque c'est le meurtre qui doit être prémédité, la «préméditation» énoncée au par. 214(2) doit s'appliquer à tous les éléments de l'acte d'accusation, et on doit avoir conclu à son existence. Il prétend en outre qu'un meurtre ne peut être prémédité lorsque la personne qui l'a commis n'avait pas l'intention de causer la mort de la victime ou de lui causer des lésions corporelles graves.

L'avocat prétend que le *Code criminel* crée une procédure par étapes qui doit être suivie lorsqu'il

mining whether a homicide offence has been committed: the determination of whether a murder is "planned and deliberate" only occurs after it has been determined that what has been committed is a murder and it is only the murder that has actually been committed which can be planned and deliberate according to s. 214(2).

In a subsidiary submission counsel says that the interpretation placed upon s. 214(2) by the Ontario Court of Appeal results in transferring the planning and deliberation directed towards the wife of the appellant (the intended victim) to the children of the appellant (the actual victims) and this interpretation is not in accord with the doctrine of transferred intent as stated by the common law, nor by the rules of statutory interpretation in determining the application of this doctrine to s. 214(2).

The nub of the argument is this. Mr. Droste was not charged with murder in the abstract; he was charged and convicted of murdering his children. The killing of the children was neither planned nor deliberate. Section 214(2) requires, as a matter of law, that the planning and deliberation relate to or fasten on the victim whose death is actually caused. A killing that is by definition accidental (s. 212(b)) cannot be, at the same time, deliberate.

In my view this submission involves misplaced analogies to the doctrine of transferred intent and a misreading of the statutory scheme of the *Criminal Code* with regard to homicide, and is, as well, incompatible with the policy considerations obviously underlying s. 214(2).

#### IV Transferred Intent

Much of the appellant's argument recalls the controversy surrounding the English common law concept of "transferred malice" or, more precisely, "transferred intent". Professor Glanville Williams *Criminal Law, The General Part* (2nd ed.), at p. 126, describes the operation of this concept as follows:

Transferred intention (transferred malice) occurs when an injury intended for one falls on another by

s'agit de déterminer si un homicide a été commis: on ne peut décider si un meurtre a été «commis avec préméditation» qu'après avoir déterminé que ce qui a été commis est un meurtre et seul le meurtre qui a effectivement été commis peut être prémédité selon le par. 214(2).

Subsidiairement, l'avocat fait valoir que l'interprétation que la Cour d'appel de l'Ontario donne au par. 214(2) a pour effet de transférer la préméditation visant l'épouse de l'appellant (la victime envisagée) pour l'appliquer aux enfants de l'appellant (les victimes réelles) et que cette interprétation n'est conforme ni à la doctrine du transfert d'intention énoncée par la *common law*, ni aux règles d'interprétation de la loi, lorsqu'il s'agit de déterminer l'application de cette doctrine au par. 214(2).

Voici l'essentiel de cet argument. M. Droste n'a pas été accusé de meurtre dans l'abstrait. Il a été accusé et déclaré coupable d'avoir tué ses enfants. Le meurtre des enfants n'a pas été prémédité. Le paragraphe 214(2) exige, sur le plan du droit, qu'il y ait préméditation contre la victime dont la mort a été causée. L'homicide qui par définition est accidentel (al. 212b)) ne peut en même temps être volontaire.

À mon avis, cet argument comporte une analogie inopportune avec la doctrine du transfert d'intention et une mauvaise interprétation de l'économie du *Code criminel* concernant l'homicide, en plus d'être incompatible avec les considérations de principe qui sous-tendent, de toute évidence, le par. 214(2).

#### h IV Le transfert d'intention

Une bonne partie de l'argumentation de l'appellant rappelle la controverse entourant le concept de la *common law* anglaise qu'est le «transfert de malice» ou plus précisément le «transfert d'intention». Voici comment le professeur Glanville Williams décrit l'application de ce concept dans son ouvrage intitulé *Criminal Law, The General Part* (2<sup>e</sup> éd.), à la p. 126:

[TRADUCTION] Il y a un transfert d'intention (transfert de malice) lorsqu'une personne subit, par accident, un

accident. In other words, if the defendant intends a particular consequence, he is guilty of a crime of intention even though his act takes effect upon an object (whether person or property) that was not intended. His "malice" (*i.e.* his intention) is by a legal fiction transferred from the one object to the other. The defendant is then treated for legal purposes as though he had intended to hit the object that he did hit, though in fact he did not have the intent, nor even was reckless as to it.

The authors of Smith and Hogan, *Criminal Law* (4th ed.), formulate the doctrine in these terms at p. 59:

If D, with the *mens rea* of a particular crime, does an act which causes the *actus reus* of the same crime, he is guilty, even though the result, in some respects, is an unintended one.

The essence of the dispute as to the rationality of the doctrine of "transferred intent" is latent in these contrasting formulations.

The literature on transferred intent distinguishes between two kinds of situations in which the "wrong victim" suffers harm at the hands of the accused. The first, sometimes called *error in objecto* involves a mistake by the perpetrator as to the identity of the victim. A gunman aims at and shoots a pedestrian on the street; the assailant thought the pedestrian was X, but in fact he is Y. There is little controversy that this sort of mistake as to the identity of the victim in no way affects the fact that the perpetrator has committed an intentional crime. It is the second "wrong victim" situation, sometimes called *aberratio ictus*, or more poetically, "a mistake of the bullet" that has led to the controversy surrounding the doctrine of transferred intent. In this second situation the perpetrator aims at X but by chance or lack of skill hits Y. The appropriateness of assessing criminal liability as though the bullet had found its intended mark depends heavily upon one's evaluation of the importance of the identity of the victim as an element of the offence in question. The authors of Smith and Hogan *Criminal Law, supra*, at pp. 60-61 present Professor Williams' critique of the doctrine as applied to murder, and their response, as follows:

préjudice devant être causé à une autre personne. En d'autres termes, si le défendeur veut produire un certain résultat, il est coupable d'un crime d'intention même si son acte se réalise sur un objet (que ce soit une personne ou un bien) qui n'était pas envisagé. Au moyen d'une fiction juridique, sa «malice» (c'est-à-dire son intention) est transférée d'un objet à un autre. Le défendeur est, aux fins de la loi, considéré comme s'il avait eu l'intention d'atteindre l'objet qu'il a effectivement atteint, bien qu'en fait il n'ait pas eu cette intention et qu'il n'ait même pas fait preuve d'insouciance à son égard.

Voici comment les auteurs de l'ouvrage Smith and Hogan, *Criminal Law* (4<sup>e</sup> éd.), formulent cette doctrine, à la p. 59:

[TRADUCTION] Si D, avec l'intention (*mens rea*) de commettre un crime déterminé, accomplit l'acte qui constitue ce crime (*actus reus*), il est coupable même si le résultat n'est pas, à certains égards, celui envisagé.

Ces formulations divergentes recèlent l'essence de la controverse sur la rationalité de la doctrine du «transfert d'intention».

Les ouvrages qui traitent du transfert d'intention établissent une distinction entre deux genres de situations où l'accusé cause un préjudice à la «mauvaise victime». Le premier cas qu'on appelle parfois *error in objecto* (erreur sur l'objet) se produit lorsque l'auteur d'un crime commet une erreur sur l'identité de la victime. Un bandit armé fait feu sur un piéton, croyant qu'il s'agit de X alors qu'en fait c'est Y. Il est généralement admis que ce genre d'erreur sur l'identité de la victime ne change rien au fait que l'auteur du crime a agi intentionnellement. C'est le second cas où il y a «mauvaise victime», qu'on appelle parfois *aberratio ictus*, ou de façon plus poétique «une erreur du projectile», qui est à l'origine de la controverse qui entoure la doctrine du transfert d'intention. Dans ce dernier cas, l'auteur du crime vise X mais, par chance ou maladresse, il atteint Y. L'opportunité d'apprécier la responsabilité criminelle comme si le projectile avait atteint la cible envisagée dépend en grande partie de l'importance qu'on accorde à l'identité de la victime comme élément de l'infraction en question. Les auteurs de l'ouvrage Smith and Hogan *Criminal Law*, précité, exposent, aux pp. 60 et 61, la critique que le professeur Williams formule au sujet de cette doctrine appliquée au meurtre, et ils y répondent de la façon suivante:

Williams regards the doctrine of transferred malice as a “rather arbitrary exception to normal principles”. He rejects the argument that “the result is *not* unintended, for the intention was to kill, and the result is a killing”. He writes:

“This argument . . . sounds plausible only because part of the real intention is omitted. Although the result in the sense of a killing was intended, the result in the sense of a killing of P was not intended. After all the accused is not indicted for killing in the abstract; he is indicted for killing P; and it should therefore, on a strict view, be necessary to establish *mens rea* in relation to the killing of P.”

The answer to this, it is submitted, is that D’s act is unintentional only in a respect which is immaterial. The test of materiality in a difference of result is whether it affects the existence of the *actus reus* which D intended. Thus it would be immaterial that D intended to shoot P in the heart but, because of a quite unexpected movement by P, shot him (unintentionally) in the head. The *actus reus* of murder is the killing of a human being—any human being—under the Queen’s Peace, and his identity is irrelevant.

In Canada, liability for the killing of an “unintended victim” is not the result of the operation of the doctrine of transferred intent. It is the result of the explicit terms of s. 212(b) which, it will be recalled, provides:

212. Culpable homicide is murder

(b) where a person, meaning to cause death to a human being or meaning to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and being reckless whether death ensues or not, by accident or mistake causes death to another human being, notwithstanding that he does not mean to cause death or bodily harm to that human being; . . . [Emphasis added.]

It will be noted that the wording of this section imposes liability for murder both in situations of *error in objecto* (mistake) and in situations of *aberratio ictus* (accident). The jury found that Mr. Droste, meaning to cause the death of a human being (Mrs. Droste) by accident caused the death of another human being (each of the children). He is therefore guilty of murder pursuant to s. 212(b) and the debate between Professor Wil-

[TRADUCTION] Williams considère la doctrine du transfert de malice comme une «exception plutôt arbitraire aux principes ordinaires». Il rejette l’argument selon lequel «le résultat *n’est pas* involontaire, car il y a eu intention de tuer et il en est résulté un homicide». Il écrit:

«Cet argument . . . semble plausible uniquement parce qu’une partie de l’intention réelle est passée sous silence. Même si le résultat, au sens d’un homicide, était voulu, le résultat, l’homicide de P, ne l’était pas. Après tout, l’accusé n’est pas inculpé d’homicide dans l’abstrait; il est accusé d’avoir tué P; il faudrait donc, d’un point de vue strict, prouver la *mens rea* en ce qui concerne l’homicide de P.»

La réponse à cela, soutient-on, est que l’acte de D est involontaire uniquement sous un rapport qui n’est pas pertinent. Le critère de la pertinence pour ce qui est d’un résultat différent est de savoir s’il touche l’existence de l’*actus reus* projeté par D. Il serait donc sans importance que D ait eu l’intention d’atteindre P au coeur mais que, en raison d’un geste tout à fait inattendu de ce dernier, il l’ait atteint (involontairement) à la tête. L’*actus reus* du meurtre est le fait de tuer un être humain—tout être humain—en violation de la paix et de l’ordre public, et son identité importe peu.

Au Canada, la responsabilité de la personne qui tue une «victime non envisagée» résulte non pas de l’application de la doctrine du transfert d’intention mais des termes mêmes de l’al. 212(b) qui, on s’en souviendra, est ainsi rédigé:

212. L’homicide coupable est un meurtre

b) lorsqu’une personne, ayant l’intention de causer la mort d’un être humain ou ayant l’intention de lui causer des lésions corporelles qu’elle sait de nature à causer sa mort, et ne se souciant pas que la mort en résulte ou non, par accident ou erreur cause la mort d’un autre être humain, même si elle n’a pas l’intention de causer la mort ou des lésions corporelles à cet être humain; . . . [C’est moi qui souligne.]

On remarquera qu’aux termes de cet article, il y a responsabilité pour meurtre à la fois dans les cas où il y a *error in objecto* (erreur) et dans ceux où il y a *aberratio ictus* (accident). Le jury a conclu qu’en voulant causer la mort d’un être humain (M<sup>me</sup> Droste) M. Droste a, par accident, causé la mort d’un autre être humain (chacun de ses enfants). Il est donc coupable de meurtre en vertu de l’al. 212(b) et le débat entre le professeur Wil-

liams and Professors Smith and Hogan can have no relevance to this finding. The next question is whether, as counsel contends, it can have relevance to the issue of whether Mr. Droste is guilty of first degree murder.

The majority decision of this Court in *Ancio v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 225, released concurrently herewith, illustrates the proposition that where the *Criminal Code* creates a separate substantive offence related to murder, it is the *mens rea* for that separate offence and not necessarily the mental states enumerated in ss. 212 and 213 that determines liability. For attempted murder, the requisite *mens rea* is an intention to kill. A lesser intention, even if sufficient to impose liability for murder if death does result, will not suffice to impose liability for attempted murder if death does not ensue. It might appear possible to argue by parity of reasoning that s. 214(2) creates the separate substantive offence of first degree murder and that part of the *mens rea* for this offence is planning and deliberation with regard to the identity of the victim. If this analogy to the reasoning in *Ancio* were correct, then in order to establish Mr. Droste's liability for first degree murder the Crown would have to demonstrate planning and deliberation in relation to the deaths of the children. In the event, however, this analogy is not correct. Even if s. 214(2) did create a separate substantive offence of first degree murder—which it does not—I would incline to Professors Smith and Hogan's analysis and to the conclusion of Martin J.A. in the Ontario Court of Appeal that the identity of the victim would not be an essential element of such an offence. Such speculation is, however, unnecessary since this Court's decision in *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124, does make it clear that s. 214 does not create a separate substantive offence of first degree murder, but rather constitutes a characterization, for purposes of sentencing, of the substantive offence of murder as outlined in the various parts of ss. 212 and 213. There is therefore no possibility of a distinct *mens rea* for first degree murder nor can there be a question of transferring any such intent from the planned to the actual victim. The issue of whether what Mr. Droste was found to have done consti-

liams et les professeurs Smith et Hogan ne peut être d'aucune utilité en ce qui concerne ce verdict. Il faut ensuite se demander si, comme le prétend l'avocat, ce débat peut avoir un rapport avec la question de savoir si M. Droste est coupable de meurtre au premier degré.

L'arrêt de cette Cour à la majorité, *Ancio c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 225, rendu en même temps que le présent arrêt, illustre la proposition portant que, dans les cas où le *Code criminel* crée une infraction distincte liée au meurtre, c'est la *mens rea* applicable à cette infraction distincte et non nécessairement les états d'esprit énumérés aux art. 212 et 213 qui permet d'établir la responsabilité. Dans le cas d'une tentative de meurtre, la *mens rea* nécessaire est l'intention de tuer. Une intention moindre, même suffisante pour imposer une responsabilité pour meurtre si la mort s'ensuit, ne suffira pas pour imposer une responsabilité pour tentative de meurtre si la mort ne s'ensuit pas. Il pourrait sembler possible de faire valoir, au moyen d'un raisonnement analogue, que le par. 214(2) crée l'infraction distincte de meurtre au premier degré et qu'une partie de la *mens rea* applicable à cette infraction est la préméditation liée à l'identité de la victime. Si cette analogie avec le raisonnement de l'arrêt *Ancio* était exacte, alors pour établir la responsabilité de M. Droste pour meurtre au premier degré, le ministère public devait démontrer que la mort des enfants a été préméditée. Quoiqu'il en soit cependant, cette analogie est inexacte. Même si le par. 214(2) créait une infraction distincte de meurtre au premier degré—ce qui n'est pas le cas—je pencherais pour l'analyse des professeurs Smith et Hogan et la conclusion du juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario que l'identité de la victime ne constituerait pas un élément essentiel de cette infraction. Cette spéculation est toutefois inutile puisque l'arrêt de cette Cour, *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124, indique clairement que l'art. 214 ne crée pas une infraction distincte de meurtre au premier degré mais qu'il caractérise plutôt l'infraction même de meurtre énoncée dans les différentes parties des art. 212 et 213, pour les fins du prononcé de la sentence. Il ne peut donc y avoir une *mens rea* distincte pour le meurtre au premier degré pas plus qu'il ne peut être question de transférer une telle intention de la

tutes first degree murder affords no parallel to the issue in *Ancio*, nor does it depend on the applicability or appropriateness of the doctrine of transferred intent. It is a relatively straightforward issue of statutory interpretation.

#### V Statutory Interpretation

The appellant's argument depends in large measure on the purported contradiction in the notion "planning and deliberating" upon an "unintentional" killing. This conceptualization of what underlies finding Mr. Droste guilty of first degree murder does not accord with the scheme of the *Criminal Code* with regard to homicide.

According to s. 205 of the *Code*, a person commits homicide when, directly or indirectly, by any means, he causes the death of a human being. Mr. Droste committed homicide by causing the death of his children. Homicide is culpable or not culpable. Culpable homicide is murder or manslaughter or infanticide. As outlined earlier, s. 212(b), when stripped of non-essentials, provides that culpable homicide is murder where a person (Mr. Droste), meaning to cause death of a human being (Mrs. Droste), by accident causes death to another human being (each of his children), notwithstanding that he does not mean to cause death or bodily harm to that human being. For purposes of the *Criminal Code*, then, what Mr. Droste did was not "unintentional". The argument of the appellant, as I understand it, would truncate s. 212(b) by writing one of its vital components out of the section. Mr. Droste was not charged with the accidental killing of his children. He was charged with meaning to cause the death of Mrs. Droste and by accident or mistake causing the death of the children. Causing death by accident normally results in acquittal or, at most, a conviction for manslaughter. When such a killing is accompanied by an intention to cause death to another human being s. 212(b) dictates that the homicide is not manslaughter but murder, *i.e.* intentional killing.

victime envisagée à la victime réelle. La question de savoir si ce dont M. Droste a été déclaré coupable constitue un meurtre au premier degré n'est nullement comparable à celle soulevée dans l'affaire *Ancio* et elle ne dépend pas non plus de l'applicabilité ou de l'à-propos de la doctrine du transfert d'intention. Il s'agit d'une question d'interprétation de la loi relativement simple.

#### b V L'interprétation de la loi

L'argumentation de l'appelant se fonde dans une large mesure sur la contradiction qui existerait entre la notion de «préméditation» et le fait de «causer la mort involontaire». Cette conceptualisation de ce qui sous-tend la conclusion que M. Droste est coupable de meurtre au premier degré n'est pas conforme à l'économie du *Code criminel* en matière d'homicide.

Selon l'art. 205 du *Code*, commet un homicide, quiconque, directement ou indirectement, par quelque moyen, cause la mort d'un être humain. M. Droste a commis un homicide en causant la mort de ses enfants. L'homicide est coupable ou non coupable. L'homicide coupable est le meurtre, l'homicide involontaire coupable ou l'infanticide. Comme je l'ai déjà souligné, l'al. 212b) prévoit essentiellement que l'homicide coupable est un meurtre lorsqu'une personne (M. Droste), ayant l'intention de causer la mort d'un être humain (M<sup>me</sup> Droste), cause par accident la mort d'un autre être humain (chacun de ses enfants), même si elle n'a pas l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles à cet être humain. Aux fins du *Code criminel*, ce qu'a fait M. Droste n'était donc pas «involontaire». L'argument de l'appelant, si je le comprends bien, tronquerait l'al. 212b) en supprimant l'un de ses éléments essentiels. M. Droste n'a pas été accusé d'avoir causé accidentellement la mort de ses enfants. Il a été accusé d'avoir eu l'intention de causer la mort de M<sup>me</sup> Droste et, par accident ou erreur, d'avoir causé la mort de ses enfants. Causer la mort par accident entraîne normalement un verdict d'acquiescement ou, tout au plus, une condamnation pour homicide involontaire coupable. Lorsque l'homicide est accompagné de l'intention de causer la mort d'un autre être humain, l'al. 212b) prévoit que ce n'est pas un homicide involontaire coupable mais un meurtre *c.-à-d.* un homicide volontaire.

There is no question that on the jury's findings Mr. Droste is guilty of murder under s. 212(b). Is he, pursuant to s. 214(2), guilty of first degree murder? Subsections (1), (2) and (7) of s. 214 provide sequentially that (a) murder is first degree or second degree murder; (b) murder is first degree murder when it is planned and deliberate; (c) all murder that is not first degree murder is second degree murder. The appellant's submissions appear to require treating ss. 212(b) and 214(2) as describing different substantive offences embodying different mental elements. "Planning and deliberation" would thus become part of the mental element for the substantive offence under s. 214(2), an element which, on the appellant's submission, would have to be proven with regard to the actual killing committed, *i.e.* the killing of the children.

The majority judgment of this Court in *R. v. Farrant, supra*, makes it impossible for the appellant to succeed on this argument. On pages 140-42 of that judgment the following passages appear:

Section 214, however, is not the section which sets out the elements of the offence of murder. This is done in ss. 212 and 213. Section 214 does not create a distinct and independent substantive offence of first degree constructive murder pursuant to forcible confinement. The section is subservient to ss. 212 and 213; it classifies for sentencing purposes, the offences in s. 212 and 213 as either first or second degree murder. The importance of the distinction between first and second degree murder is that first degree murder carries with it a mandatory life sentence without eligibility for parole for twenty-five years (s. 218, s. 669(a)). A conviction for second degree murder also carries with it a mandatory life sentence, but parole may be granted after 10 years of imprisonment unless the jury recommends a greater number of years.

The distinction between first and second degree murder in s. 214 is not based upon intent; it is based upon 1) the presence of planning and deliberation (s. 212(2)); 2) the

Il ne fait aucun doute que, suivant les conclusions du jury, M. Droste est coupable de meurtre au sens de l'al. 212b). Est-il coupable de meurtre au premier degré au sens du par. 214(2)? Les paragraphes (1), (2) et (7) de l'art. 214 prévoient respectivement a) qu'il existe deux catégories de meurtres: ceux du premier degré et ceux du deuxième degré; b) que le meurtre au premier degré est le meurtre commis avec préméditation; c) que les meurtres qui n'appartiennent pas à la catégorie des meurtres au premier degré sont des meurtres au deuxième degré. Suivant l'argumentation de l'appellant, il semble qu'il faille considérer que l'al. 212b) et le par. 214(2) décrivent des infractions différentes qui comportent des éléments moraux différents. La «préméditation» deviendrait ainsi partie intégrante de l'élément moral de l'infraction prévue au par. 214(2), élément qui, suivant l'appellant, devrait être prouvé en ce qui concerne l'homicide effectivement commis, *c.-à-d.* le fait d'avoir causé la mort des enfants.

Cet argument de l'appellant ne peut être retenu en raison de l'arrêt de cette Cour à la majorité, *R. c. Farrant, précité*. Voici des extraits des pp. 140 à 142 de cet arrêt:

L'article 214 n'est toutefois pas celui qui définit les éléments de l'infraction de meurtre. Ce sont les art. 212 et 213 qui le font. L'article 214 ne crée pas d'infraction distincte, en droit, de meurtre au premier degré par imputation par suite d'une séquestration. Cet article est subordonné aux art. 212 et 213; il répartit, pour les fins de la sentence, les actes criminels définis aux art. 212 et 213 en meurtre au premier degré et meurtre au deuxième degré. L'importance de la distinction entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré tient à ce que le meurtre au premier degré comporte une sentence obligatoire d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant vingt-cinq ans (art. 218 et 669a)). Une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré comporte obligatoirement aussi une sentence d'emprisonnement à perpétuité, mais la libération conditionnelle peut être accordée après dix ans d'emprisonnement, à moins que le jury n'ait recommandé un plus grand nombre d'années.

La distinction entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré, à l'art. 214, ne se fonde pas sur l'intention; elle se fonde 1) sur la préméditation (par.



identity of the victim (s. 214(4)); or 3) the nature of the offence being committed at the time of the murder (s. 214(5)). The primary and essential determination for a jury to make is whether murder has been committed, either under s. 212 or, where the evidence warrants it, under s. 213. Considerations of the distinctions between first and second degree murder are irrelevant in making this preliminary determination. Once the offence has been found, it is then classified.

To argue that s. 214 is controlling in a situation such as the present one is to confuse the sections which set out the elements of the offence of murder with the classification process provided in s. 214. The classification in s. 214 functions within the context of sentencing and is not determinative of the substantive offence of murder.

The same point had been made in *R. v. Woods and Gruener* (1980), 57 C.C.C. (2d) 220, at p. 229, by Howland C.J.O. delivering the judgment of the Ontario Court of Appeal:

Section 214 is a classification section. It does not create new substantive offences of first degree murder and second degree murder. It starts from the premise that murder within ss. 212 or 213 has been committed and specifies that the additional elements which will determine whether the offence is first degree murder or second degree murder. There are four situations in which the murder will constitute first degree murder:

- (1) When it is planned and deliberate within s. 212(1) and (2).
- (2) . . . . .
- (3) . . . . .

It is clear, then, that first degree murder and second degree murder are not different offences. The substantive offence is murder. The characterization of murder as being in the first degree or in the second degree is for sentencing purposes only. There is no question of transferring the intent to cause a s. 212(b) offence to the *actus reus* of first degree murder, nor is it a case of transferring the intent to commit first degree murder upon victim A to the *actus reus* of committing murder against victim B. I repeat, the substantive offence involved is murder under s. 212(b). The *mens rea* for that offence is intending the death or grievous bodily harm likely to cause death, to person A. The *actus reus* for this offence is causing the death of person

214(2)); 2) sur l'identité de la victime (214(4)); ou 3) sur la nature de l'infraction commise au moment de la perpétration du meurtre (par. 214(5)). La décision principale et essentielle que doit prendre le jury porte sur la question de savoir s'il y a eu meurtre soit en application de l'art. 212 soit, si la preuve le justifie, en application de l'art. 213. La considération des distinctions entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré n'entre nullement dans la formation de cette décision préliminaire. C'est après avoir conclu au meurtre qu'on passe à sa classification.

Soutenir que l'art. 214 est déterminant dans une situation comme celle-ci, c'est confondre les articles qui définissent les éléments de l'infraction de meurtre avec le processus de classification fourni par l'art. 214. La classification de l'art. 214 s'applique dans le cadre de la sentence, mais elle ne détermine pas, en droit, l'infraction même de meurtre.

Le juge en chef Howland qui a prononcé l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *R. v. Woods and Gruener* (1980), 57 C.C.C. (2d) 220, soulève le même point, à la p. 229:

[TRADUCTION] L'article 214 est un article de classification. Il ne crée pas de nouvelles infractions de meurtre au premier degré et de meurtre au deuxième degré. Il tient pour acquis qu'un meurtre au sens des art. 212 ou 213 a été commis et il précise les éléments additionnels qui détermineront si l'infraction est un meurtre au premier degré ou un meurtre au deuxième degré. Il y a quatre cas où le meurtre constitue un meurtre au premier degré:

- (1) Lorsqu'il est commis avec préméditation au sens des par. (2) et (3).
- (2) . . . . .
- (3) . . . . .

Il est donc manifeste que le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré ne sont pas des infractions distinctes. L'infraction même est le meurtre. Celui-ci est qualifié de meurtre au premier degré ou de meurtre au deuxième degré uniquement pour les fins du prononcé de la sentence. Il n'est pas question de transférer l'intention de commettre une infraction prévue à l'al. 212(b) pour l'appliquer à l'*actus reus* d'un meurtre au premier degré, ni de transférer l'intention de commettre un meurtre au premier degré contre A pour l'appliquer à l'*actus reus* du meurtre de B. Je le répète, l'infraction même en question est le meurtre visé à l'al. 212(b). La *mens rea* relative à cette infraction est l'intention de causer la mort de A ou

B. Once these elements have been established, an accused is guilty of murder. Section 214(2) specifies one of several situations in which murder is murder in the first degree, namely, where “it” is planned and deliberate. The “it” refers to murder, committed in any of the relevant ways specified by the *Code*, including s. 212(b). This means that the element of planning and deliberation must be related to the specific *mens rea* of the applicable section, which in the present case is, as I have just mentioned, intending to cause death to person A. There may be some mental states specified in ss. 212 or 213 which are incompatible with planning and deliberation, but this *mens rea* is not one of them.

#### VI Policy Considerations

The *rationale* behind s. 214(2) is that there is an added moral culpability to a murder that is planned and deliberate which justifies a harsher sentence. This added culpability is present by virtue of the planning and deliberation with relation to the taking of a human life, not with relation to the identity of the intended victim. A mistake or accident as to the victim is not a mitigating factor. The legal evaluation of the magnitude of the crime should not be affected by the fact that the accused is a poor marksman, hitting and killing B rather than A. The point is quaintly, but cogently, made in *Foster’s Crown Cases* (3rd ed., 1809), Discourse II, “Of Homicide”, at p. 262.

... where the injury intended against *A.* proceeded from a wicked, murderous, or mischievous motive, the party is answerable for all of the consequences of the action, if death ensueth from it, though it had not it’s effect upon the person whom he intended to destroy. The *malitia* I have already explained, the heart regardless of social duty and deliberately bent upon mischief, and consequently the guilt of the party is just the same in the one case as in the other.

When s. 214(2) is combined with s. 212(b) the identity and character of any victim is entirely irrelevant. The requirement of planning and deliberation is a requirement that relates to the inten-

de lui causer des lésions corporelles graves susceptibles de causer sa mort. L’*actus reus* de cette infraction est le fait de causer la mort de B. Une fois ces éléments prouvés, un accusé est coupable de meurtre. Le paragraphe 214(2) précise l’un des nombreux cas où le meurtre est un meurtre au premier degré, savoir, lorsqu’il est commis avec préméditation. Le mot meurtre désigne le meurtre commis de l’une ou l’autre des façons pertinentes prévues par le *Code*, notamment par l’al. 212b). Cela signifie que l’élément de préméditation doit être lié à la *mens rea* spécifique de la disposition applicable qui, dans le présent cas, est, comme je viens de le mentionner, l’intention de causer la mort de A. Les articles 212 ou 213 peuvent mentionner des états d’esprit qui sont incompatibles avec la préméditation, mais cette *mens rea* ne compte pas parmi ceux-ci.

#### <sup>d</sup> VI Les considérations de principe

La raison d’être du par. 214(2) tient à ce qu’un meurtre commis avec préméditation comporte un élément de culpabilité morale supplémentaire qui justifie une peine plus sévère. Cet élément de culpabilité supplémentaire découle de la préméditation liée à la suppression d’une vie humaine et non à l’identité de la victime envisagée. Une erreur ou un accident concernant la victime n’est pas un facteur atténuant. Le fait que l’accusé soit un mauvais tireur et qu’il ait atteint et tué B au lieu de A ne doit pas influencer sur l’évaluation, en droit, de la gravité du crime. C’est ce que l’on fait remarquer d’une manière originale mais convaincante dans *Foster’s Crown Cases* (3<sup>e</sup> éd., 1809), Discourse II, «Of Homicide», à la p. 262:

[TRADUCTION] ... lorsque le préjudice que l’on avait l’intention de causer à *A.* procède d’une intention perverse, meurtrière ou malicieuse, la partie en question est responsable de toutes les conséquences de son acte, si cet acte cause la mort, même s’il ne s’est pas réalisé sur la victime envisagée. La malice que j’ai déjà expliquée, l’âme qui ne se soucie pas des responsabilités sociales et qui se voue délibérément à faire le mal et, par conséquent, la culpabilité de l’accusé, sont exactement les mêmes dans un cas comme dans l’autre.

Lorsque le par. 214(2) est combiné avec l’al. 212b), l’identité et la réputation d’une victime n’ont aucune importance. L’exigence de prémédi-

tion to take a human life and not to the identity of the victim.

### VII Conclusion

In the result, whether one approaches the question on an analysis of the relationship of s. 214(2) to the substantive offence in s. 212(b), or on the basis of the underlying policy *rationale* of s. 214(2), or, even if it were relevant, on the basis of transferred intent, one arrives at precisely the same conclusion: planning and deliberation with relation to the killing of a specific person makes the offence first degree murder when in the course of carrying out the plan the accused in fact kills someone else.

I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment of my colleague, Mr. Justice Dickson, and I agree with his conclusion that the appeal in this case must be dismissed. Because my colleague relies heavily on the judgment of the majority of this Court in *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124, with which I disagreed, I wish to record my own reason for dismissing the appeal.

I would respectfully adopt the following passage from the reasons of Martin J.A. speaking for the Ontario Court of Appeal in this case (1981), 34 O.R. (2d) 588, at p. 592:

We think that the trial judge correctly instructed the jury that if they were satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant's intention to kill his wife was planned and deliberate and that in the course of carrying out that intention he caused the death of the children by accident or mistake, that the resulting murder constituted first degree murder.

Section 214(2) provides that "murder" is first degree murder when "it" is planned and deliberate. Where murder as defined by s. 212(b) is committed and that murder is planned and deliberate the murder is first degree murder even though the planned and deliberate intention to kill took effect on a person other than the intended victim.

As we have indicated, we are satisfied that a conviction for first degree murder may be supported on the

tation se rapporte à l'intention de supprimer une vie humaine et non à l'identité de la victime.

### VII Conclusion

<sup>a</sup> Somme toute, que l'on aborde la question en analysant le rapport entre le par. 214(2) et l'infraction même prévue à l'al. 212b), en fonction de la considération de principe qui sous-tend le par. 214(2), ou même, si cela était pertinent, en fonction du transfert d'intention, on arrive exactement à la même conclusion: la préméditation liée au fait de tuer une personne en particulier fait de cette infraction un meurtre au premier degré lorsqu'en exécutant son projet l'accusé tue une autre personne.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

<sup>d</sup> LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Dickson et je suis d'accord avec sa conclusion que le présent pourvoi doit être rejeté. Parce que mon collègue se fonde beaucoup sur l'arrêt de cette Cour à la majorité, *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124, dans lequel j'ai exprimé ma dissidence, je tiens à formuler les raisons qui m'incitent à rejeter ce pourvoi.

<sup>e</sup> Avec égards, je suis d'avis d'adopter le passage suivant des motifs que le juge Martin a rédigés au nom de la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce (1981), 34 O.R. (2d) 588, à la p. 592:

<sup>f</sup> [TRADUCTION] Nous croyons que le juge du procès a eu raison de dire dans ses directives au jury que si celui-ci était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'intention de l'appelant de tuer son épouse était assortie de préméditation et qu'en donnant suite à cette intention il a causé la mort de ses enfants par accident ou par erreur, le meurtre qui s'en est suivi constituait un meurtre au premier degré.

<sup>g</sup> Le paragraphe 214(2) prévoit que le «meurtre» au premier degré est le meurtre commis avec préméditation. Lorsque le meurtre défini à l'al. 212b) est commis avec préméditation, il constitue un meurtre au premier degré même si l'intention de tuer, assortie de préméditation, s'est réalisée sur une personne autre que la victime envisagée.

<sup>h</sup> Comme nous l'avons indiqué, nous sommes convaincus qu'une déclaration de culpabilité de meurtre au

basis of a combination of s. 212(b) and 214(2) and we are unable to accept the submission of Mr. Kluwak that in order to constitute first degree murder under s. 214(2) the planning and deliberation must be with respect to the person actually killed. We think the law is correctly stated by Professor Mewett in an article entitled *First Degree Murder* (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 82 at 83, where he states:

Section 212(b) does not seem to cause problems, at least where it applies by virtue of meaning to cause someone else's death. Since it is the murder that has to be planned and deliberate and since the effect of s. 212(b) is merely to enact that an intent to murder A is sufficient *mens rea* if by accident or mistake, the accused kills B, then it would seem that planning and deliberating the murder of A and by accident or mistake killing B would make the "murder" of B (for so it is defined by s. 212 (b)) planned and deliberate.

It seems to me that this reasoning is dispositive of the present appeal and on that basis therefore I would dismiss it.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Gerald Kluwak, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Ministry of the Attorney General, Toronto.*

premier degré peut être fondée sur une combinaison de l'al. 212b) et du par. 214(2) et nous ne pouvons accepter la prétention de M<sup>e</sup> Kluwak que, pour constituer un meurtre au premier degré au sens du par. 214(2), la préméditation doit avoir visé la personne réellement tuée. Nous estimons que le professeur Mewett énonce correctement la règle de droit applicable dans un article intitulé «*First Degree Murder*» (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 82, à la p. 83, où il affirme:

L'alinéa 212b) ne semble soulever aucun problème, du moins lorsqu'il s'applique en raison de l'intention de causer la mort d'une autre personne. Puisque c'est le meurtre qui doit être prémédité et que l'al. 212b) a pour seul effet de prévoir que l'intention de tuer A constitue une *mens rea* suffisante si, par accident ou par erreur, l'accusé tue B, il semblerait alors que le fait de préméditer le meurtre de A et de tuer B par accident ou par erreur rende le «meurtre» de B (puisqu'il est ainsi défini à l'al. 212b)) prémédité.

Ce raisonnement me semble concluant aux fins de l'espèce et, sur ce fondement, je suis donc d'avis de rejeter le présent pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelant: Gerald Kluwak, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Sam Joseph Ancio** *Respondent*.

File No.: 16832.

1983: November 8; 1984: April 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal Law — Attempted murder — Mens rea — Whether requisite mens rea restricted to intent to kill or recklessly cause bodily harm known to likely cause death — Whether s. 24 in combination with constructive murder sections can form basis for attempted murder — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 24(1), 212 (a)(i),(ii), 213(d).*

Respondent, who wanted to speak with his estranged wife, broke into an apartment building with a loaded sawed-off shotgun. Kurely, the man with whom his wife had been living, went to investigate the sound of breaking glass and threw the chair he was carrying at respondent when he saw him climbing the stairs. The gun discharged, missing Kurely, and a struggle followed. Shortly after his arrest, respondent stated to police that he "had him [Kurely] by the throat and I would have killed him." The trial judge found respondent had broken into the apartment building with the intent to use the shotgun to force his wife to leave and convicted him of attempted murder. The Court of Appeal overturned that conviction and ordered a new trial. At issue here is whether the *mens rea* in attempted murder is limited to an intention to cause death or to cause bodily harm knowing it to be likely to cause death, or whether the *mens rea* required extended to the intention to do some action constituting murder as defined by ss. 212 or 213 of the *Code*.

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

\* The Chief Justice took no part in the judgment.

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*;

et

**Sam Joseph Ancio** *Intimé*.

N° du greffe: 16832.

1983: 8 novembre; 1984: 2 avril.

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

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

*Droit criminel — Tentative de meurtre — Mens rea — La mens rea nécessaire se limite-t-elle à l'intention de tuer ou de causer indifféremment des lésions corporelles que l'on sait de nature à causer la mort? — En combinant l'art. 24 et les dispositions sur le meurtre par imputation, peut-on obtenir une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 24(1), 212a)(i),(ii), 213d.*

L'intimé, qui voulait discuter avec son épouse dont il était séparé, s'est introduit par effraction dans un immeuble d'appartements, armé d'un fusil de chasse chargé et dont il avait scié le canon. Kurely, l'homme avec qui habitait son épouse, après avoir entendu le bruit causé par le bris de la vitre, est allé voir ce qui se passait et il a lancé la chaise qu'il transportait sur l'intimé lorsqu'il l'a vu monter l'escalier. Il y a eu un coup de feu qui n'a pas atteint Kurely et une bataille s'en est suivie. Peu de temps après son arrestation, l'intimé a déclaré à la police qu'il «le [Kurely] tenai[t] à la gorge et [qu'il] l'aurai[t] tué.» Le juge du procès a conclu que l'intimé s'est introduit par effraction dans l'immeuble d'appartements dans l'intention de se servir du fusil de chasse pour forcer son épouse à quitter l'appartement et il l'a déclaré coupable de tentative de meurtre. La Cour d'appel a annulé cette déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès. Il s'agit en l'espèce de déterminer si la *mens rea* applicable à la tentative de meurtre se limite à l'intention de causer la mort ou à l'intention de causer des lésions corporelles que l'on sait de nature à causer la mort, ou si la *mens rea* nécessaire comprend également l'intention d'accomplir un acte qui constitue un meurtre au sens de l'art. 212 ou de l'art. 213 du *Code*.

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

\* Le Juge en chef n'a pas pris part au jugement.

*Per* Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.: The *mens rea* for attempted murder is the specific intent to kill and a mental state falling short of that level, while it might lead to conviction for other offences, cannot lead to a conviction for an attempt. The completed offence of murder involves killing and any intention to complete that offence must include the intention to kill. An attempt to murder should have no lesser intent. Nothing illogical arises from the fact that in certain circumstances a lesser intent will suffice for a conviction for murder. A person cannot intend to commit the unintentional killings described in ss. 212 and 213 of the *Code*. Any illogic lies in the statutory characterization of unintentional killing as murder.

The crime of attempt developed as, and remains, an offence separate and distinct from murder. While the Crown must still prove both *mens rea* and *actus reus*, the *mens rea* is the more important element. The intent to commit the desired offence is a basic element of the offence of attempt, and indeed, may be the sole criminal element in the offence given that an attempt may be complete without completion of the offence intended.

[*Lajoie v. The Queen*, [1974] S.C.R. 399, overruled; *R. v. Flannery*, [1923] 3 W.W.R. 97, 40 C.C.C. 263; *R. v. Walker*, [1963] Que. Q.B. 578n, [1964] 2 C.C.C. 217; *R. v. Ritchie*, [1970] 5 C.C.C. 336; *R. v. Scofield* (1784), Cald. Mag. Rep. 397, considered; *R. v. Trinneer*, [1970] S.C.R. 638; *R. v. Whybrow* (1951), 35 Cr. App. R. 141; *R. v. Ménard*, [1960] Que. Q.B. 398n, 130 C.C.C. 242; *Tousignant v. The Queen*, [1960] Que. Q.B. 767n, 130 C.C.C. 285; *R. v. Owens*, [1970] 2 C.C.C. 38; *R. v. Loughlin*, [1959] Crim. L.R. 518; *The Case of Duels* (1615), 2 St. Tr. 1033; *R. v. Higgins* (1801), 2 East 5, 102 E.R. 269; *R. v. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18; *R. v. Quinton*, [1947] S.C.R. 234, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 63 C.C.C. (2d) 309, 34 O.R. (2d) 437, quashing a conviction of attempted murder pronounced by Anjo P.C.J. and ordering a new trial. Appeal dismissed, Ritchie J. dissenting.

Lucy Cecchetto, for the appellant.

*Les* juges Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson: La *mens rea* applicable à une tentative de meurtre est l'intention spécifique de tuer et l'état d'esprit qui n'atteint pas ce niveau, même s'il pouvait donner lieu à une déclaration de culpabilité relativement à d'autres infractions, ne peut donner lieu à une déclaration de culpabilité pour une tentative. L'infraction complète de meurtre comporte le fait de tuer et l'intention de commettre cette infraction doit inclure l'intention de tuer. Une tentative de meurtre ne doit pas comporter une intention moindre. Il n'y a rien d'illogique dans le fait que, dans certaines circonstances, une intention moindre est suffisante pour prononcer une déclaration de culpabilité de meurtre. Une personne ne peut pas avoir l'intention de commettre les homicides involontaires décrits aux art. 212 et 213 du *Code*. Tout illogisme, s'il en est, réside dans le fait que le *Code* qualifie de meurtre l'homicide involontaire.

Le crime de tentative a évolué comme une infraction distincte du meurtre et il demeure une infraction distincte du meurtre. Bien que le ministère public doive encore prouver la *mens rea* et l'*actus reus*, la *mens rea* est l'élément le plus important. L'intention de commettre l'infraction voulue est un élément essentiel de l'infraction de tentative et, en fait, peut constituer le seul élément criminel de l'infraction pourvu que la tentative soit commise sans qu'il y ait perpétration de l'infraction envisagée.

[Jurisprudence: arrêt rejeté: *Lajoie c. La Reine*, [1974] R.C.S. 399; arrêts examinés: *R. v. Flannery*, [1923] 3 W.W.R. 97, 40 C.C.C. 263; *R. c. Walker*, [1963] B.R. 578n, [1964] 2 C.C.C. 217; *R. v. Ritchie*, [1970] 5 C.C.C. 336; *R. v. Scofield* (1784), Cald. Mag. Rep. 397; arrêts mentionnés: *R. c. Trinneer*, [1970] R.C.S. 638; *R. v. Whybrow* (1951), 35 Cr. App. R. 141; *R. c. Ménard*, [1960] B.R. 398n, 130 C.C.C. 242; *Tousignant c. La Reine*, [1960] B.R. 767n, 130 C.C.C. 285; *R. v. Owens*, [1970] 2 C.C.C. 38; *R. v. Loughlin*, [1959] Crim. L.R. 518; *The Case of Duels* (1615), 2 St. Tr. 1033; *R. v. Higgins* (1801), 2 East 5, 102 E.R. 269; *R. v. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18; *R. v. Quinton*, [1947] R.C.S. 234.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 63 C.C.C. (2d) 309, 34 O.R. (2d) 437, qui a annulé une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre prononcée par le juge Anjo de la Cour provinciale et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, le juge Ritchie est dissident.

Lucy Cecchetto, pour l'appelante.

*Clayton C. Ruby and Michael Code, for the respondent.*

The following are the reasons delivered by

RITCHIE J. (*dissenting*)—I am unable to distinguish this case from that of *Lajoie v. The Queen*, [1974] S.C.R. 399, which is a unanimous judgment of this Court and by which I feel bound.

I would therefore allow this appeal.

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

MCINTYRE J.—This appeal involves consideration of the mental element required for proof of the crime of attempted murder, the subject of this Court's earlier judgment in *Lajoie v. The Queen*, [1974] S.C.R. 399.

At the date of the events which give rise to this appeal the respondent had been married some twenty-five years. His wife had left the matrimonial home and was living with one Kurely. The respondent was depressed and had been drinking to excess on the date in question. He telephoned his wife at Kurely's residence and told her he was afraid that their twenty-three year old son was about to commit suicide and asked her to meet him. She refused to cooperate. Later the same evening the respondent broke into a friend's home while its owners were absent and took away three shotguns. He sawed off the barrel of one, loaded it, and taking some extra ammunition with him went to Kurely's apartment building and gained entry by breaking the glass in the front door. On hearing the noise caused by the breaking glass, Kurely came from his bedroom to investigate, carrying a chair with a jacket hanging on it. He saw the respondent, carrying the shotgun, ascending the stairs to the second floor. He threw the chair and jacket, hitting the respondent. The gun went off. The blast missed Kurely by some three feet but put a hole in the jacket which had been on the chair. A struggle followed in which Kurely appears to have wrested the gun from the respondent. When the police arrived, having been called during

*Clayton C. Ruby et Michael Code, pour l'intimé.*

Version française des motifs rendus par

<sup>a</sup> LE JUGE RITCHIE (*dissident*)—Je suis incapable de faire la distinction entre la présente affaire et l'arrêt unanime de cette Cour, *Lajoie c. La Reine*, [1974] R.C.S. 399, par lequel je me sens lié.

<sup>b</sup> En conséquence, je serais d'avis d'accueillir le présent pourvoi.

<sup>c</sup> Version française du jugement des juges Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson rendu par

<sup>d</sup> LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi porte sur la question de l'élément moral requis pour les fins de la preuve du crime de tentative de meurtre, question qui a fait l'objet de l'arrêt antérieur de cette Cour, *Lajoie c. La Reine*, [1974] R.C.S. 399.

<sup>e</sup> Au moment des événements qui ont donné lieu à ce pourvoi, l'intimé était marié depuis quelque vingt-cinq ans. Son épouse avait quitté le domicile conjugal et habitait avec un nommé Kurely. Le jour en question, l'intimé était déprimé et il avait consommé une forte quantité d'alcool. Il téléphona <sup>f</sup> à son épouse au domicile de Kurely pour lui dire qu'il craignait que leur fils de vingt-trois ans ne se suicide et lui demanda de venir le rencontrer. Elle refusa. Plus tard le même soir, l'intimé s'introduisit par effraction dans la maison d'un ami, en <sup>g</sup> l'absence des propriétaires, et il s'empara de trois fusils de chasse. Il scia le canon de l'un d'eux, le chargea et se rendit à l'immeuble d'appartements de Kurely en apportant des munitions additionnelles; <sup>h</sup> il y pénétra en brisant la fenêtre de la porte d'entrée. En entendant le bruit causé par le bris de la vitre, Kurely sortit de sa chambre à coucher pour voir ce qui se passait, en apportant une chaise sur laquelle était suspendu un veston. Il aperçut <sup>i</sup> l'intimé, armé du fusil de chasse, qui montait l'escalier menant au deuxième étage. Il lança la chaise et le veston qui atteignirent l'intimé. Il y eut un coup de feu qui rata Kurely d'environ trois <sup>j</sup> pieds mais fit un trou dans le veston qui avait été lancé avec la chaise. Il y eut ensuite une bataille au cours de laquelle Kurely semble avoir désarmé

the course of the fight between the two men, Kurely was on the floor with his head partly under a bed and with the respondent upon him striking him weakly.

Shortly after his arrest the respondent stated to the police:

I just went over to see my wife. I had phoned her earlier. I broke the window and went in. Then I heard what sounded like a gun go off. You are lucky you got there when you did. I had him by the throat and I would have killed him.

According to the respondent's account of events, the gun was discharged accidentally, although under tests conducted by the police the weapon was not found to be prone to accidental discharge.

The respondent was charged with a number of offences arising out of this affair but only one, that of attempted murder, is involved in this appeal. It was contained in the first count of the information and was in these terms:

... did attempt to murder Michael KURELY by discharging a sawed-off shotgun at him contrary to s. 222 of the Criminal Code of Canada.

He elected trial by judge alone and was convicted. The conviction was quashed in the Court of Appeal and a new trial directed. This appeal is taken by leave of this Court.

The trial judge disposed of the other charges against the respondent and made a finding that he had broken into Kurely's apartment building with intent to use the shotgun to force his wife to leave. He said:

I turn now to the very real point of the charge of attempted murder, and having made the finding I have of the break and enter at the house at 108 6th Street, with intent to commit an indictable offence, wither [sic] forceable confinement or worse. Forceable confinement if you accept the evidence of the Accused, I feel probably worse than that.

He then referred to s. 213(d) of the *Criminal Code* which is in these terms:

l'intimé. Appelée au cours de la bataille entre les deux hommes, la police est arrivée sur les lieux et a trouvé Kurely étendu sur le plancher, la tête partiellement cachée sous un lit; l'intimé était alors sur lui et le frappait faiblement.

Peu de temps après son arrestation, l'intimé a déclaré à la police:

[TRADUCTION] Je suis simplement allé voir mon épouse. Je lui avais téléphoné auparavant. J'ai brisé la fenêtre et je suis entré. J'ai alors entendu ce qui m'a semblé être un coup de feu. Vous êtes chanceux d'être arrivé à ce moment. Je le tenais à la gorge et je l'aurais tué.

Suivant le récit de l'intimé, le coup de feu a été accidentel, même si les essais effectués par la police ont démontré que l'arme n'avait pas tendance à se décharger accidentellement.

Par suite de cette affaire, l'intimé a été accusé d'un certain nombre d'infractions, mais une seule accusation, celle de tentative de meurtre, fait l'objet du présent pourvoi. Elle était comprise dans le premier chef de la dénonciation et formulée de la façon suivante:

[TRADUCTION] ... a tenté de tuer Michael KURELY en déchargeant dans sa direction un fusil de chasse à canon tronqué contrairement à l'art. 222 du Code criminel du Canada.

Il a choisi de subir un procès devant un juge seul et il a été déclaré coupable. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès. Le présent pourvoi est formé avec l'autorisation de cette Cour.

Le juge du procès a statué sur les autres accusations portées contre l'intimé et il a conclu que ce dernier s'est introduit par effraction dans l'immeuble d'appartements de Kurely dans l'intention de se servir du fusil de chasse pour forcer son épouse à quitter l'appartement. Il a affirmé:

[TRADUCTION] J'aborde maintenant le point essentiel de l'accusation de tentative de meurtre; j'ai conclu qu'il y a eu introduction par effraction au 108 de la 6<sup>e</sup> rue, dans l'intention de commettre un acte criminel, savoir une séquestration ou pis encore. Séquestration si on accepte le témoignage de l'accusé, mais d'après moi, probablement pis que cela.

Il a ensuite mentionné l'al. 213d) du *Code criminel* qui prévoit:



213. Culpable homicide is murder where a person causes the death of a human being while committing or attempting to commit ... kidnapping and forcible confinement ... breaking and entering ... whether or not the person means to cause death to any human being and whether or not he knows that death is likely to be caused to any human being, if

(d) he uses a weapon or has it upon his person

(i) during or at the time he commits or attempts to commit the offence, or

(ii) during or at the time of his flight after committing or attempting to commit the offence,

and the death ensues as a consequence.

Noting that breaking and entering with intent to commit an indictable offence is one of the offences named in the section, he convicted the respondent of attempted murder on the basis that the respondent had carried and used a weapon in the course of a breaking and entry with intent to effect forceable confinement of his wife.

The judgment of the Court of Appeal (MacKinnon A.C.J.O., Dubin and Lacourcière J.J.A.) was written by MacKinnon A.C.J.O. He accepted the submission by counsel for Ancio that the findings of fact which formed the basis of the conviction were that the respondent committed the offence of breaking and entering Kurely's residence and that he had in his possession a weapon during the commission of the offence. He then considered whether these findings of fact in the absence of any finding of an intent to kill or cause bodily harm were sufficient to support a conviction for attempted murder by the interaction of ss. 24(1) and 213(d) of the *Criminal Code*, and said:

There is no question in the instant appeal that the trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant intended to break and enter the Kurrelli [*sic*] premises and intended to have in his possession the sawed-off shotgun. The appellant was charged with the offence of attempted murder and the "offence" referred to in s. 24(1) is the offence of "attempted murder" and not the offence of break and enter while carrying a weapon on his person. If death had ensued in the instant case it would have been constructive murder, but from

213. L'homicide coupable est un meurtre lorsqu'une personne cause la mort d'un être humain pendant qu'elle commet ou tente de commettre ... [un] enlèvement et [une] séquestration ... [une] introduction par effraction ... qu'elle ait ou non l'intention de causer la mort d'un être humain et qu'elle sache ou non qu'il en résultera vraisemblablement la mort d'un être humain

d) si elle emploie une arme ou l'a sur sa personne

(i) pendant ou alors qu'elle commet ou tente de commettre l'infraction, ou

(ii) au cours ou au moment de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction,

et que la mort en soit la conséquence.

Faisant remarquer que l'introduction par effraction dans l'intention de commettre un acte criminel est l'une des infractions mentionnées à l'article, le juge a déclaré l'intimé coupable de tentative de meurtre pour avoir porté et utilisé une arme quand il s'est introduit par effraction dans l'intention de séquestrer son épouse.

Le juge en chef adjoint MacKinnon a rédigé l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Dubin, Lacourcière et lui-même). Il a accepté l'argument de l'avocat d'Ancio qui a prétendu que, suivant les constatations de fait qui ont servi de fondement à la déclaration de culpabilité, l'intimé s'est introduit par effraction dans le domicile de Kurely et il avait en sa possession une arme pendant la perpétration de l'infraction. Il s'est ensuite demandé si, en l'absence d'une conclusion portant qu'il y a eu intention de tuer ou de causer des lésions corporelles, ces constatations de fait étaient suffisantes pour justifier une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre par l'interaction du par. 24(1) et de l'al. 213d) du *Code criminel*, puis il a affirmé:

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute dans le présent appel que le juge du procès était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appellant a eu l'intention de s'introduire par effraction dans le domicile de Kurrelli [*sic*] et d'avoir en sa possession le fusil de chasse à canon tronqué. L'appellant a été inculpé de tentative de meurtre et l'«infraction» mentionnée au par. 24(1) est la «tentative de meurtre» et non l'introduction par effraction commise alors que l'on a une arme sur sa personne. Si la mort avait résulté dans le présent cas, il se serait

the standpoint of an attempt, can there be an intention to attempt an unintentional act without more?

and further:

In the law of attempts it is the *mens rea* which is fundamental and in the circumstances of this case there must be the intention either to mean to cause death or in the case of attempted murder, as now established by *R. v. Lajoie*, meaning to cause the victim bodily harm knowing it is likely to cause his death, and reckless whether death ensues or not. The trial judge, accordingly in this case, had to be satisfied beyond a reasonable doubt (or a jury if one is present) that the Crown has established the required intent under s. 212(a)(i) or 212(a)(ii).

He then went on to hold that while there was evidence before the trial judge from which he could have drawn the necessary inferences regarding the intent to kill or cause bodily harm likely to cause death, he had not done so, and as a result had not made the findings necessary to support the conviction. Accordingly, the conviction was quashed and a new trial was ordered.

The Crown contended in this Court that the Court of Appeal was in error in holding that the *mens rea* in attempted murder was limited to an intention to cause death (s. 212(a)(i)), or an intention to cause bodily harm knowing it to be likely to cause death and being reckless whether death ensues (s. 212(a)(ii)). The Crown's position was stated in its factum in these words:

... the intention for attempted murder is not restricted to an actual intention to kill or an intention to cause grievous bodily harm that one knows is likely to cause death and is reckless whether death ensues or not, but extends to an intention to do that which constitutes the commission of the offence of murder as defined in sections 212 and 213 of the Criminal Code. It is the Crown's position that Section 24 and Section 213(d) in combination can form the basis for a conviction of attempted murder. [Emphasis is mine.]

The respondent supported the judgment of the Court of Appeal which followed the judgment of

agi d'un meurtre par imputation, mais, dans le cas d'une tentative, peut-il y avoir une intention de tenter de commettre un acte involontaire sans plus?

Et il a ajouté:

[TRADUCTION] Selon la règle de droit applicable aux tentatives, c'est la *mens rea* qui est fondamentale et, en l'espèce, l'accusé doit avoir eu l'intention de causer la mort ou, s'il s'agit d'une tentative de meurtre, comme l'a établi l'arrêt *R. c. Lajoie*, il doit avoir eu l'intention de causer à la victime des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort et il devait lui être indifférent que la mort s'ensuive ou non. En l'espèce, le juge du procès (ou un jury le cas échéant) devait donc être convaincu hors de tout doute raisonnable que le ministère public a prouvé l'intention requise par les sous-al. 212a(i) ou 212a(ii).

Il a ensuite conclu que, même si la preuve soumise au juge du procès lui permettait de faire les déductions nécessaires concernant l'intention de tuer ou de causer des lésions corporelles de nature à causer la mort, ce dernier ne l'a pas fait et, par conséquent, il n'a pas tiré les conclusions requises pour justifier la déclaration de culpabilité. En conséquence, la déclaration de culpabilité a été annulée et un nouveau procès ordonné.

Le ministère public a prétendu devant cette Cour que la Cour d'appel a commis une erreur en décidant que la *mens rea* applicable à la tentative de meurtre se limite à l'intention de causer la mort (sous-al. 212a(i)), ou à l'intention de causer des lésions corporelles alors que l'accusé sait qu'elles sont de nature à causer la mort et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non (sous-al. 212a(ii)). Le point de vue du ministère public est formulé ainsi dans son mémoire:

[TRADUCTION] ... l'intention applicable à la tentative de meurtre ne se limite pas à l'intention de tuer ou à celle de causer des lésions corporelles graves, alors que l'accusé sait que ces lésions sont de nature à causer la mort et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non; elle comprend également l'intention de faire ce qui constitue la perpétration d'un meurtre au sens des articles 212 et 213 du Code criminel. Le ministère public soutient qu'en combinant l'article 24 et l'alinéa 213d) on peut obtenir une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre. [Les italiques sont de moi.]

L'intimé a invoqué l'arrêt de la Cour d'appel qui a suivi l'arrêt de cette Cour *Lajoie c. La Reine*,

this Court in *R. v. Lajoie, supra*. In that case it was held that a conviction for attempted murder could be sustained where the Crown had shown on the part of the accused either an intent to kill the potential victim or an intent to cause bodily harm which he knows is likely to cause death and is reckless whether death ensues or not. Although reference was made in *Lajoie* to the possibility of committing attempted murder as defined in s. 213 (see concluding sentence on page 408), the respondent and the Court of Appeal in the case at bar adopted the view that this was merely *obiter* and MacKinnon A.C.J.O. disposed of the matter in these words:

To interpret the quoted statement broadly is not necessary to the decision in *R. v. Lajoie*. I do not read the judgment of the Court to require us to give it the consequences I have recited. The essential issue determined by *R. v. Lajoie* was that there can be a finding of an attempt to murder when it is proven beyond a reasonable doubt that the accused meant to cause the victim bodily harm which he knew was likely to cause death and was reckless whether death ensued or not.

The respondent submitted that the Crown's position, that s. 213(d) coupled with s. 24(1) described a further intent sufficient to warrant a conviction for attempted murder, should not be accepted because there was no authority to extend the concept of a constructive intent further than *Lajoie* had taken it. While contending on the facts of this case that he was not obliged to go further, he argued that in reason and logic a specific intent to kill should be the only intent sufficient to ground a conviction for attempted murder. It was said that the effect of the Crown's argument in extending the concept of an attempt to s. 213(d) of the *Criminal Code* would be to justify a conviction for attempted murder in the absence of any mental element with respect to the causing of death which would be to ignore the words of s. 24(1) specifically requiring an intent to commit the offence in question.

précité. Dans cet arrêt, on a conclu qu'une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre peut être maintenue lorsque le ministère public a démontré que l'accusé avait l'intention soit de tuer la victime éventuelle soit de lui causer des lésions corporelles alors qu'il savait qu'elles étaient de nature à causer sa mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. Même si l'arrêt *Lajoie* mentionne la possibilité de commettre une tentative de meurtre définie à l'art. 213 (voir la dernière phrase, à la p. 408), l'intimé et la Cour d'appel dans la présente affaire ont adopté le point de vue qu'il s'agit simplement d'une opinion incidente et le juge en chef adjoint MacKinnon a statué sur la question de la façon suivante:

[TRADUCTION] Pour les fins de l'arrêt *R. c. Lajoie*, il n'est pas nécessaire de donner une interprétation large à la déclaration citée. Suivant mon interprétation, l'arrêt de la Cour ne nous oblige pas à lui attribuer les conséquences que j'ai énoncées. L'arrêt *R. c. Lajoie* établit essentiellement qu'on peut conclure à une tentative de meurtre lorsqu'il est prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'intention de causer à la victime des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non.

L'intimé a fait valoir que le point de vue du ministère public selon lequel l'al. 213d) joint au par. 24(1) décrit une intention additionnelle suffisante pour justifier une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre est inacceptable parce que rien ne permet d'étendre le concept de l'intention imputée davantage que ne l'a fait l'arrêt *Lajoie*. Tout en soutenant que, compte tenu des faits de l'espèce, il n'était pas tenu d'aller plus loin, il a fait valoir que logiquement l'intention spécifique de tuer devrait être la seule intention suffisante pour justifier une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre. On a affirmé que l'argument du ministère public visant à étendre le concept de tentative à l'al. 213d) du *Code criminel* aurait pour effet de justifier une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre en l'absence de tout élément moral relatif au fait de causer la mort, ce qui ne tient pas compte des termes du par. 24(1) qui exigent expressément une intention de commettre l'infraction en question.

Lying at the heart of the controversy which arises in this case is the judgment of this Court in *Lajoie, supra*. In that case the appellant shot a taxi-driver while attempting a robbery. The victim was struck by a bullet while fleeing the scene but did not die. The appellant was charged with various offences, one of which was attempted murder. At trial the judge instructed the jury that in order to convict the appellant upon the attempted murder charge they had to be satisfied beyond a reasonable doubt that in shooting at the victim the accused had the intent to kill him. He declined to act on the Crown's request to charge the jury to the effect that, if they were not satisfied on the question of the intent to kill, a conviction of attempted murder could also rest upon proof of an intent to cause the appellant bodily harm, knowing it to be likely to cause death and being reckless whether death ensued or not. The appellant was found guilty of the lesser offence of discharging a firearm with intent to endanger life.

On appeal the Crown succeeded and a new trial was ordered. The majority, Branca J.A. and Nemetz J.A. (as he then was) were of the view that the mental element or intent required for an attempted murder was not limited to the intent to kill but included as well those mental elements described in s. 212(a)(i) and (ii). Branca J.A. said, at pp. 394-95 ([1971] 5 W.W.R. 385):

I am of opinion that in a charge of attempted murder, when the evidence discloses an intent to commit murder as defined in the Code and the accused does or omits to do an act for the purpose of carrying out that intention, he is guilty of an attempt to commit that crime whether or not it was possible in the circumstances to commit it. If the evidence discloses any of the intentions referred to in ss. 201(a)(i) or 201(a)(ii) or 201(c) or 202(a)(i)(ii) or 202(d)(i)(ii) the accused person may be found guilty of attempted murder.

Nemetz J.A. expressed agreement with the reasons of Branca J.A. and after referring to certain of the

L'arrêt *Lajoie*, précité, rendu par cette Cour est au coeur de la controverse en l'espèce. Dans cette affaire, l'appelant, qui tentait de commettre un vol qualifié, a fait feu sur un chauffeur de taxi. La victime a été atteinte d'une balle alors qu'elle s'enfuyait du lieu de l'incident mais elle n'est pas décédée. L'appelant a été inculpé de différentes infractions, notamment de tentative de meurtre. Au procès, le juge a déclaré aux jurés que, pour déclarer l'appelant coupable de tentative de meurtre, ils devaient être convaincus hors de tout doute raisonnable qu'en faisant feu sur la victime l'accusé avait l'intention de la tuer. Il a refusé de faire droit à la requête du ministère public qui lui a demandé de dire aux jurés que, s'ils n'étaient pas convaincus qu'il y avait eu intention de tuer, ils pouvaient également déclarer l'accusé coupable de tentative de meurtre s'il était prouvé qu'il avait eu l'intention de causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. L'appelant a été déclaré coupable de l'infraction moindre d'avoir déchargé une arme à feu dans l'intention de mettre une vie en danger.

En appel, le ministère public a obtenu gain de cause et un nouveau procès a été ordonné. Au nom de la Cour d'appel à la majorité, le juge Branca et le juge Nemetz (tel était alors son titre) ont exprimé l'avis que l'élément moral ou l'intention nécessaire dans le cas d'une tentative de meurtre ne se limitait pas à l'intention de tuer mais comprenait également les éléments moraux décrits aux sous-al. 212a)(i) et (ii). Le juge Branca affirme, aux pp. 394 et 395 ([1971] 5 W.W.R. 385):

[TRADUCTION] Je suis d'avis que dans le cas d'une accusation de tentative de meurtre, lorsque la preuve révèle une intention de commettre un meurtre au sens du Code et que l'accusé accomplit ou omet d'accomplir un acte en vue de donner suite à cette intention, il est coupable d'avoir tenté de commettre ce crime, qu'il ait été ou non possible dans les circonstances de le commettre. Si la preuve révèle l'une des intentions mentionnées aux sous-al. 201a)(i) ou 201a)(ii), à l'al. 201c) ou aux sous-al. 202a)(i)(ii) ou 202d)(i)(ii), l'accusé peut être déclaré coupable de tentative de meurtre.

Le juge Nemetz s'est dit d'accord avec les motifs du juge Branca et, après avoir mentionné certains

authorities which have dealt with this question concluded his reasons by saying, at p. 399:

It was ably argued by Mr. Lecovin, counsel for the respondent, that the word "attempt" relates, in the first place, to an endeavour to commit a crime, and accordingly there cannot be an attempt unless the respondent was trying to commit the crime — in this case, to kill. I cannot accept this submission. I do not go so far as to suggest that a trial judge must, in every case of attempted murder, charge on the indirect intent found in s. 201(a)(ii). In some special set of circumstances it may be inappropriate to charge on the indirect intent found in this subsection. (I do not find it necessary, in this case, to consider subss. (b) and (c) of s. 201.)

However, upon the facts in this case I have no doubt that the indirect intent described in s. 201(a)(ii) should have been drawn to the jury's attention in order that the jurymen could consider whether, in the circumstances, the accused meant to cause the victim bodily harm that he, the accused, knew was likely to cause death and was reckless whether death ensued or not.

Taggart J.A. dissented. He recognized that there was authority which would support the positions taken by both parties to the appeal, and he dealt with the leading cases and reached the conclusion that to obtain a conviction for attempted murder the Crown must prove that the accused intended to kill the victim.

In the Supreme Court of Canada the appeal was dismissed. Martland J. wrote the judgment of the Court and after a brief statement of the facts stated the question in issue, at p. 401, in these words:

The question of law, which is in issue in this appeal, as a result of the dissent of Taggart J.A. in the Court of Appeal, is as to whether the learned trial judge should have directed the jury that the intent, which must be established to support a charge of attempted murder, is proven if the jury is satisfied, beyond a reasonable doubt, that the appellant meant to cause bodily harm that he knew was likely to cause death and was reckless whether death ensued or not. Branca J.A. and Nemetz J.A. were of the opinion that the learned trial judge erred in failing to direct the jury in this way. Taggart J.A. took the opposite view.

arrêts portant sur cette question, il a conclu en affirmant, à la p. 399:

[TRADUCTION] L'avocat de l'intimé, M<sup>e</sup> Lecovin, a habilement fait valoir que le mot «tentative» désigne d'abord et avant tout une démarche en vue de commettre un crime et qu'il ne peut donc y avoir de tentative que si l'intimé a essayé de commettre le crime—en l'espèce, un homicide. Je ne puis accepter cet argument. Je n'irai pas jusqu'à laisser entendre qu'un juge du procès doit, dans tous les cas de tentative de meurtre, donner des directives sur l'intention indirecte dont il est question au sous-al. 201a)(ii). Dans certaines circonstances particulières, il se peut qu'il n'y ait pas lieu de le faire. (Je ne crois pas qu'il soit nécessaire, dans le présent cas, d'examiner les al. 201b) et c.)

Cependant, compte tenu des faits en l'espèce, il n'y a aucun doute qu'on aurait dû attirer l'attention des jurés sur l'intention indirecte décrite au sous-al. 201a)(ii), afin qu'ils puissent se demander si, dans les circonstances, l'accusé a eu l'intention de causer à la victime des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort et s'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non.

Le juge Taggart a exprimé sa dissidence. Il a reconnu qu'il y a des précédents qui étayaient le point de vue des deux parties à l'appel et, après avoir examiné les arrêts de principe, il a conclu que, pour obtenir une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre, le ministère public doit prouver que l'accusé avait l'intention de tuer la victime.

La Cour suprême du Canada a rejeté le pourvoi. Le juge Martland a rédigé le jugement de la Cour et, après avoir exposé brièvement les faits, il a énoncé ainsi la question en litige, à la p. 401:

La question de droit qui est en litige dans le présent appel, par suite de l'avis dissident que le Juge d'appel Taggart a exprimé devant la Cour d'appel, consiste à savoir si le savant juge de première instance aurait dû dire au jury que l'intention, qui doit être établie pour étayer une accusation de tentative de meurtre, se trouve démontrée si le jury est convaincu, hors de tout doute raisonnable, que l'appelant avait l'intention de causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. Les Juges d'appel Branca et Nemetz étaient d'avis que le savant juge de première instance avait commis une erreur en n'instruisant pas le jury dans ce sens. Le Juge d'appel Taggart a adopté l'opinion contraire.

He recognized that there was conflicting authority upon the question, but he expressed agreement with the majority of the Court of Appeal and he said, at p. 405:

Section 210 of the Code provides that every one who attempts by any means to commit murder is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life. Murder may be committed if the accused means to cause death, but it may also be committed if he means to cause bodily harm knowing that it is likely to cause death and is reckless whether death ensues or not. If it can be established that the accused tried to cause bodily harm to another of a kind which he knew was likely to cause death, and that he was reckless as to whether or not death would ensue, then, under the wording of s. 210, if death did not ensue an attempt to commit murder has been proved.

He supported this conclusion by referring to the difference between s. 264 of the *Criminal Code* of 1927, which was in these terms:

**264.** Every one is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life, who, with intent to commit murder,

- (a) administers any poison or other destructive thing to any person, or causes any poison or destructive thing to be so administered or taken, or attempts to administer it, or attempts to cause it to be so administered or taken; or
- (b) by any means whatever wounds or causes any grievous bodily harm to any person; or
- (c) shoots at any person, or, by drawing a trigger or in any other manner, attempts to discharge at any person any kind of loaded arms; or
- (d) attempts to drown, suffocate, or strangle any person; or
- (e) destroys or damages any building by the explosion of any explosive substance; or
- (f) sets fire to any ship or vessel or any part thereof, or any part of the tackle, apparel or furniture thereof, or to any goods or chattels being therein; or
- (g) casts away or destroys any vessel; or
- (h) by any other means attempts to commit murder.

and s. 210 of the 1953-54 *Code*, now s. 222:

Il a reconnu qu'il y avait des précédents contradictoires sur la question mais il s'est dit d'accord avec les motifs de la Cour d'appel à la majorité; il a ensuite affirmé, à la p. 405:

<sup>a</sup> L'article 210 du Code décrète qu'est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, par quelque moyen, tente de commettre un meurtre. Un meurtre peut être commis si l'accusé a l'intention de causer la mort, mais il peut également être commis s'il a l'intention de causer des lésions corporelles qu'il sait être de nature à causer la mort et s'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non. Si l'on peut démontrer que l'accusé a essayé de causer à une autre personne des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort, et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non, alors, suivant les termes de l'art. 210, si la mort ne s'est pas ensuivie, une tentative de commettre un meurtre a été prouvée.

<sup>d</sup> Il a fondé cette conclusion sur la différence entre l'art. 264 du *Code criminel* de 1927, qui était ainsi rédigé:

**264.** Est coupable d'un acte criminel et passible d'emprisonnement à perpétuité, tout individu qui, dans l'intention de commettre un meurtre,

- (a) Administre du poison ou autre ingrédient délétère à quelqu'un, ou le lui fait administrer ou prendre, ou tente de l'administrer, ou tente de le faire ainsi administrer ou prendre; ou,
- (b) Par un moyen quelconque, blesse quelqu'un ou lui cause une lésion corporelle grave; ou
- (c) Décharge une arme à feu sur quelqu'un, ou tente, en tirant la détente d'une arme à feu ou autrement, de décharger sur quelqu'un une arme chargée; ou
- (d) Essaie de noyer, d'étouffer ou d'étrangler quelqu'un; ou
- (e) Détruit ou endommage un édifice en provoquant l'explosion de quelque substance explosive; ou
- (f) Met le feu à un navire ou vaisseau, ou à quelque une de ses parties, ou à quelque partie de son grément, équipement ou mobilier, ou à des marchandises ou effets qui se trouvent à bord; ou
- (g) Fait périr ou détruire un navire; ou,
- (h) Par tout autre moyen, tente de commettre un meurtre.

<sup>j</sup> et l'art. 210 du *Code* de 1953-54, maintenant l'art. 222:

210. Every one who attempts by any means to commit murder is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

He observed that s. 264 of the *Criminal Code* in its opening sentence included the words “who, with intent to commit murder” and that these words were omitted and replaced with “who attempts . . . to commit murder” in the revision which resulted in the enactment of s. 210. He concluded that it was the presence of the words “with intent to commit murder” in the former section 264 that led the court to conclude in *R. v. Flannery*, [1923] 3 W.W.R. 97, 40 C.C.C. 263, that only a specific intent to kill would suffice to found a conviction for attempted murder and that it was that intent which was considered to be essential by Lord Goddard in *Whybrow* cited *infra*. In his view the omission of those words in the enactment of s. 210 justified a construction of s. 24 which would admit of a conviction for attempted murder without a specific intent to kill.

He then referred to the decision of this Court in *R. v. Trinneer*, [1970] S.C.R. 638, which concerned the application of s. 21(2) of the *Criminal Code* and which involved consideration of the words “the commission of the offence” as they appear in s. 21(2). The relevance of the *Trinneer* case was explained on the basis that the Court had there decided that the words “the commission of the offence” meant commission in any of the ways contemplated by the *Code* and not merely its commission in the form of an intentional killing. He said, at p. 408:

Similarly, in my opinion, when s. 24(1) refers to “an intent to commit an offence”, in relation to murder it means an intention to commit that offence in any of the ways provided for in the *Code* whether under s. 201 (now 212) or under s. 202 (now 213).

There is no doubt that prior to this Court’s judgment in *Lajoie* there was much uncertainty on this issue caused by the differing views expressed by the courts on the matter. In his dissenting reasons in *Lajoie* in the British Columbia Court of Appeal, Taggart J.A. illustrated this point by referring to many of the cases, including *R. v.*

210. Est coupable d’un acte criminel et passible de l’emprisonnement à perpétuité, quiconque, par quelque moyen, tente de commettre un meurtre.

Il a fait remarquer que la phrase introductive de l’art. 264 du *Code criminel* comportait les mots «qui, dans l’intention de commettre un meurtre» et que ces mots ont été remplacés par «quiconque . . . tente de commettre un meurtre» dans le texte de l’art. 210. Il a conclu que ce sont les mots «dans l’intention de commettre un meurtre» figurant à l’ancien art. 264 qui ont amené la cour à conclure, dans l’arrêt *R. v. Flannery*, [1923] 3 W.W.R. 97, 40 C.C.C. 263, que seule l’intention spécifique de tuer était suffisante pour donner lieu à une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre et que c’est cette intention que lord Goddard a considérée comme essentielle dans l’arrêt *Whybrow* cité plus loin. À son avis, l’absence de ces mots dans le texte de l’art. 210 justifie une interprétation de l’art. 24 qui permettrait de prononcer une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre en l’absence d’une intention spécifique de tuer.

Il a ensuite mentionné l’arrêt de cette Cour *R. c. Trinneer*, [1970] R.C.S. 638, qui porte sur l’application du par. 21(2) du *Code criminel* et dans lequel on a examiné les mots «la perpétration de l’infraction» qui figurent dans ce paragraphe. L’arrêt *Trinneer* était important, a-t-on expliqué, parce que la Cour y a décidé que «la perpétration de l’infraction» signifie une perpétration par tout moyen prévu par le *Code* et non seulement sa perpétration sous la forme d’un homicide intentionnel. Il a affirmé, à la p. 408:

De même, lorsque l’art. 24, par.(1) parle, relativement à un meurtre, d’«une intention de commettre une infraction», il signifie, à mon avis, une intention de commettre cette infraction par tout moyen prévu par le *Code*, que ce soit à l’art. 201 (maintenant l’art. 212) ou à l’art. 202 (maintenant l’art. 213).

Il n’y a pas de doute qu’avant l’arrêt *Lajoie* de cette Cour beaucoup d’incertitude entourait cette question en raison des opinions divergentes exprimées à ce sujet par les tribunaux. Le juge Taggart de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a fait ressortir ce point dans sa dissidence dans l’arrêt *Lajoie* en citant un bon nombre d’arrêts,

*Flannery, supra*; *R. v. Whybrow* (1951), 35 Cr. App. R. 141; *R. v. Ménard*, [1960] Que. Q.B. 398n, 130 C.C.C. 242; *Tousignant v. The Queen*, [1960] Que. Q.B. 767n, 130 C.C.C. 285, all of which supported his dissenting conclusion that the specific intent to kill was required in order to justify a conviction on a charge of attempted murder. He referred as well to *R. v. Walker*, [1963] Que. Q.B. 578n, [1964] 2 C.C.C. 217; and *R. v. Ritchie*, [1970] 5 C.C.C. 336, which adopted the other view and would support a conviction for attempted murder upon proof of any of the intents specified in s. 212 of the *Criminal Code*.

In *R. v. Flannery* Stuart J.A., speaking for the Alberta Court of Appeal (Clarke J.A. dissented in part, but on another point), held in a case involving a charge of attempted murder that the intent to kill must be shown to ground a conviction. The Crown had argued that if the accused meant to cause bodily injury which he knew to be likely to cause death, and was reckless whether it did or not, the necessary intent for a conviction was present. This proposition was rejected and, at pp. 265-66, Stuart J. said:

The contention was that the accused evidently did intend to cause Mary Steele a bodily injury which was known to him to be likely to cause death and was reckless whether death ensued or not, and that, therefore, there was evidence of an intent to murder, the act described in the section amounting to murder. But the fallacy of this reasoning is this, that it is simply because the actual intent to kill may be absent that sub-sec. (b) is thought necessary at all. If that intent exists then clause (a) covers the case. Parliament evidently thought that even though the actual intent to kill might not be shown, yet if the offender intends to cause and does cause an injury which he knows to be likely to cause death and doesn't care whether it does or not *and death actually results*, the offence should be treated as murder. But where death has not *in fact* resulted and the charge is of an *intention* to murder coupled with acts apparently done for the purpose of carrying out that intention, *i.e.*, of an "attempt" to murder, as is indicated in the marginal words of the Cr. Code R.S.C. 1906, ch.

dont *R. v. Flannery*, précité; *R. v. Whybrow* (1951), 35 Cr. App. R. 141; *R. c. Ménard*, [1960] B.R. 398n, 130 C.C.C. 242; *Tousignant c. La Reine*, [1960] B.R. 767n, 130 C.C.C. 285, qui appuient tous sa conclusion que l'intention spécifique de tuer est requise pour justifier une déclaration de culpabilité relativement à une accusation de tentative de meurtre. Il a également mentionné les affaires *R. c. Walker*, [1963] B.R. 578n, [1964] 2 C.C.C. 217, et *R. v. Ritchie*, [1970] 5 C.C.C. 336, où l'autre point de vue a été adopté et qui étayeraient une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre lorsque l'une ou l'autre des intentions spécifiées à l'art. 212 du *Code criminel* est prouvée.

Dans l'arrêt *R. v. Flannery*, le juge Stuart de la Cour d'appel de l'Alberta (le juge Clarke étant dissident en partie, mais sur un autre point) a conclu, dans une affaire où il était question d'une accusation de tentative de meurtre, que l'intention de tuer doit être démontrée pour justifier une déclaration de culpabilité. Le ministère public avait prétendu que, si l'accusé a eu l'intention de causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort et s'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non, l'intention nécessaire à une déclaration de culpabilité était présente. Cette proposition a été rejetée et le juge Stuart a affirmé, aux pp. 265 et 266:

[TRADUCTION] On a prétendu que l'accusé a eu de toute évidence l'intention de causer à Mary Steele des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort, qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non et qu'il y avait donc preuve d'une intention de tuer, savoir l'acte que l'article décrit comme constituant un meurtre. Ce raisonnement est faux parce qu'il procède de l'opinion que c'est simplement à cause de l'absence possible d'intention réelle de tuer que l'al. b) est jugé nécessaire. Si cette intention existe, alors l'al. a) s'applique à l'espèce. De toute évidence, le législateur a jugé que, même si on ne pouvait démontrer l'intention réelle de tuer, l'infraction doit néanmoins être considérée comme un meurtre si son auteur a l'intention de causer et s'il cause effectivement une blessure qu'il sait être de nature à causer la mort, s'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non *et si la mort en résulte effectivement*. Mais lorsqu'*en fait* la mort ne s'ensuit pas et que l'accusation impute une *intention* de commettre un meurtre jointe à des actes apparemment accomplis pour



146, then we are of opinion that the actual intent to kill must be shown. In other words the accused is deprived of the benefit of an absence of actual intent to kill only where he has actually killed and has intended to do an injury which he knows is likely to kill and is reckless whether it does so or not. Where, luckily for him, the injured person does not die then we thought and so decided that the actual intent to kill must be shown. The obscurity or difficulty probably arises from the use in sec. 264 of the words "intent to commit murder" instead of the words "intent to cause death." The word "murder" being used, which, by virtue of sec. 259 covers a number of different sets of facts and is, therefore, pregnant with legal significance, one is in danger of being led to include in the meaning of the word as used in sec. 264 everything that is to be found in the definition of murder given in all the clauses of sec. 259. But if this method of interpretation were followed then reading 259 and 264 together we would have the expression "with *the intention to mean* to cause to a person (not killed in fact) an injury which, &c."

This was obviously not intended by Parliament and I think the expression "with intention to commit murder" must refer to that simple ordinary type of murder which is covered by clause (a) of sec. 259, namely, where "the offender means to cause the death of the person killed."

In *Whybrow* Lord Goddard, speaking for the Court of Criminal Appeal, in a case where the trial judge had instructed the jury that:

If you are satisfied beyond all reasonable doubt that on that evening of the 30th April he did connect up this wire in such a way that it would pass the domestic supply in the skirting of the bedroom along the wire to the socket in the cupboard, which in turn was connected with the soap dish, and if you are further satisfied that in doing that he intended to kill his wife or to do her grievous bodily harm, then he would be guilty of attempted murder.

said, at p. 148:

There is no question that that was a misdirection, and the jury should have been told that the essence of the offence was the intent to murder as it was presented by the prosecution and as it had been dealt with throughout the case.

donner suite à cette intention, c'est-à-dire une «tentative» de meurtre, comme l'indique la note marginale du Code criminel, S.R.C. 1906, chap. 146, nous estimons alors qu'on doit démontrer l'intention réelle de tuer. En d'autres termes, l'accusé est privé du bénéfice de l'absence d'intention réelle de tuer uniquement s'il a effectivement tué, s'il a eu l'intention de causer une blessure qu'il savait être de nature à causer la mort et s'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. Lorsque, heureusement pour lui, la personne blessée ne décède pas, nous avons pensé et décidé que l'intention réelle de tuer doit être démontrée. L'obscurité ou la difficulté de cette question vient probablement de l'emploi à l'art. 264 des termes «l'intention de commettre un meurtre» au lieu de «l'intention de causer la mort». Vu l'emploi du mot «meurtre» qui, en vertu de l'art. 259, s'applique à un certain nombre de situations différentes et revêt par conséquent une grande importance sur le plan du droit, on risque d'être amené à inclure dans le sens de ce mot employé à l'art. 264 tout ce qui est défini comme un meurtre dans chacun des alinéas de l'art. 259. Mais si on adoptait cette méthode d'interprétation et si on prenait ensemble les art. 259 et 264, nous aurions alors l'expression «dans *l'intention de* causer à une personne (qui, en fait, n'a pas été tuée) une blessure qui, etc.»

De toute évidence, ce n'est pas ce que le législateur a voulu et je pense que l'expression «dans l'intention de commettre un meurtre» désigne tout simplement le meurtre ordinaire visé à l'al. 259a), savoir lorsque «le coupable a l'intention de causer la mort de la personne tuée.»

Dans l'arrêt *Whybrow*, lord Goddard, s'exprimant au nom de la Court of Criminal Appeal relativement à une affaire où le juge du procès avait dit dans ses directives aux jurés:

[TRADUCTION] Si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que, le soir du 30 avril, il a branché ce fil de façon qu'il permette au courant électrique de circuler dans la plinthe de la chambre à coucher jusqu'à la douille dans le placard, qui était elle-même branchée au porte-savon, et si vous êtes également convaincus que, ce faisant, il avait l'intention de tuer son épouse ou de lui causer des lésions corporelles graves, il est alors coupable de tentative de meurtre.

affirme, à la p. 148:

[TRADUCTION] Il n'y a aucun doute qu'il s'agit d'une directive erronée et qu'il aurait dû dire au jury que l'élément essentiel de l'infraction était l'intention de commettre un meurtre présentée par la poursuite et examinée pendant toute la durée du procès.

This case has frequently been cited as a concise statement of the law of England on this point.

In *Tousignant* the Quebec Court of Appeal followed their earlier judgment in *Ménard* and approved of the *Whybrow* decision. There were three separate judgments written but all supported the proposition that an intent to kill was a necessary element which must be shown by the Crown to procure a conviction for attempted murder. The position taken by the court on this point is summarized in the words of Hyde J., at p. 287:

All murder involves homicide and there can be no attempt to murder without an attempt to kill. Basically, murder is committed when a person "means to cause death" and does so (s. 201). By para. (c) of s. 201 the intent to cause death is replaced by the commission of an act, for an unlawful object, "that he knows or ought to know is likely to cause death" so that when death occurs the assailant is presumed to have intended it even though he may have desired "to effect his object without causing death or bodily harm to any human being". Without such express provision such a homicide, although culpable, would not amount to murder.

*R. v. Owens*, [1970] 2 C.C.C. 38 (B.C.C.A.), supports the proposition that the specific intent to kill must be shown in attempted murder, as does the English case of *R. v. Loughlin*, [1959] Crim. L.R. 518 (C.C.A.)

The opposing view to that expressed in the cases cited above finds expression in *R. v. Walker* in the Quebec Court of Appeal, *R. v. Ritchie* in the Ontario Court of Appeal and, particularly, in *Lajoie* in this Court. In *R. v. Walker* the accused was charged with attempted murder. He had been the driver of the car in which his companions arrived at the scene of the crime and attempted to make their escape after the commission of the robbery. In the pursuit which followed one of the accused's companions fired several shots from the moving car and wounded one of the pursuing officers. The appellant Walker was charged with attempted murder. His guilt depended upon proof of a common unlawful purpose under s. 21(2) of the *Criminal Code*. The trial judge directed the

Cet arrêt a souvent été cité parce qu'il énonce de façon concise la règle de droit anglaise applicable en la matière.

Dans l'arrêt *Tousignant*, la Cour d'appel du Québec a suivi le jugement qu'elle avait rendu dans l'affaire *Ménard* et elle a approuvé l'arrêt *Whybrow*. Trois juges ont rédigé des motifs distincts, mais tous ont appuyé la proposition selon laquelle l'intention de tuer constitue un élément nécessaire qui doit être démontré par le ministère public pour obtenir un verdict de culpabilité de tentative de meurtre. Le juge Hyde résume ainsi le point de vue de la cour à ce sujet, à la p. 287:

[TRADUCTION] Dans tout meurtre il y a homicide et il ne peut y avoir de tentative de meurtre sans tentative de tuer. Essentiellement, une personne commet un meurtre lorsqu'elle «a l'intention de causer la mort» et qu'elle cause effectivement la mort (art. 201). En vertu de l'al. 201c), l'intention de causer la mort est remplacée par l'accomplissement d'un acte, pour une fin illégale, «qu'elle sait, ou devrait savoir, de nature à causer la mort» de sorte que si la mort survient, l'assaillant est présumé avoir eu l'intention de la causer, même s'il peut avoir voulu «atteindre son but sans causer la mort ou une lésion corporelle à qui que ce soit». Sans cette disposition expresse, un tel homicide, bien qu'étant coupable, ne constituerait pas un meurtre.

L'arrêt *R. v. Owens*, [1970] 2 C.C.C. 38 (C.A. C.-B.), tout comme l'arrêt anglais *R. v. Loughlin*, [1959] Crim. L.R. 518 (C.C.A.), appuie la proposition que l'intention spécifique de tuer doit être démontrée dans le cas d'une tentative de meurtre.

Les arrêts *R. c. Walker* de la Cour d'appel du Québec, *R. v. Ritchie* de la Cour d'appel de l'Ontario et, particulièrement, *Lajoie* de cette Cour énoncent un point de vue contraire à celui exprimé dans les arrêts susmentionnés. Dans l'affaire *R. c. Walker*, l'accusé a été inculpé de tentative de meurtre. Il conduisait l'automobile dans laquelle ses compagnons sont arrivés sur les lieux du crime et ont tenté de fuir après avoir commis un vol qualifié. Au cours de la poursuite qui a suivi, l'un des compagnons de l'accusé a tiré plusieurs coups de feu alors qu'il se trouvait dans l'automobile en marche et il a blessé l'un des policiers qui étaient à leur poursuite. L'appelant Walker a été inculpé de tentative de meurtre. Pour démontrer sa culpabilité, il fallait faire la preuve d'une intention illégale

jury that to convict they would have to find that the unlawful purpose which was shared by the accused was to shoot some person. The court held (Rinfret J.A. dissenting) that if the accused and his companions formed an intention in common to commit armed robbery and to drive away with the proceeds they were all guilty as parties to any offence, such as attempted murder committed by one of them, if he knew or should have known that it would be a probable consequence of carrying out the intention. It was therefore possible upon such a direction that a conviction for attempted murder could be recorded without a specific intent to kill. Rinfret J.A. in a dissenting opinion adopted the view expressed in *Ménard* and *Tousignant* and concluded that the appeal should have been allowed, because the specific intent to kill had not been demonstrated and accordingly a conviction for attempted murder could not be made.

In *R. v. Ritchie* the Ontario Court of Appeal (Schroeder, McGillivray and Evans J.J.A.) held that a conviction of attempted murder would properly be made if the jury were satisfied beyond a reasonable doubt that the accused meant to cause death and was reckless whether death ensued or not. Schroeder J.A., who wrote the judgment of the court, chose between the opposing lines of authority with these words, at p. 343:

The trend in modern criminal law is towards the expansion of the concept of *mens rea* to include recklessness as well as intention, and that is clearly exemplified in ss. 201 and 202 of the *Criminal Code*. It is not easy to discern the logic which underlies the view that the mental element required for an attempt is that of a direct intention to bring about the *actus reus* of the crime intended. I adopt the opinion expressed in *R. v. Walker*, cited *supra*, and *R. v. McLennan*, cited *supra*, in preference to the opinions expressed in the other cases which have been cited. I am free to do so since I am unaware of any Ontario decision in which the principle relied upon by appellant's counsel was adopted and applied.

commune visée au par. 21(2) du Code *criminel*. Le juge du procès a affirmé dans ses directives au jury que, pour déclarer l'accusé coupable, il devait conclure que l'intention illégale partagée par l'accusé était celle de faire feu sur une personne. La Cour d'appel a conclu (le juge Rinfret étant dissident) que si l'accusé et ses compagnons ont formé l'intention commune de commettre un vol à main armée et de s'enfuir avec le produit du vol, ils étaient tous coupables à titre de parties à toute infraction, telle une tentative de meurtre commise par l'un d'eux, s'il savait ou aurait dû savoir que ce serait là une conséquence probable de la réalisation de cette intention. Une directive en ce sens rendait donc possible l'inscription d'une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre même en l'absence d'une intention spécifique de tuer. Le juge Rinfret qui était dissident a adopté le point de vue exprimé dans les arrêts *Ménard* et *Tousignant* et aurait accueilli l'appel parce que l'intention spécifique de tuer n'avait pas été démontrée, ce qui, par conséquent, écartait toute possibilité de déclaration de culpabilité de tentative de meurtre.

Dans l'arrêt *R. v. Ritchie*, la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Schroeder, McGillivray et Evans) a conclu qu'un verdict de culpabilité de tentative de meurtre pouvait être prononcé si le jury était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'intention de causer la mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. Le juge Schroeder, qui a rédigé le jugement de la cour, a choisi entre les courants de jurisprudence opposés en affirmant, à la p. 343:

[TRADUCTION] Le droit criminel moderne tend à élargir le concept de la *mens rea* de manière à inclure l'insouciance tout comme l'intention, et les art. 201 et 202 du Code *criminel* en sont des exemples clairs. Il n'est pas facile de déceler la logique qui sous-tend le point de vue que l'élément moral requis dans le cas d'une tentative est l'intention directe d'accomplir l'*actus reus* du crime projeté. J'adopte le point de vue exprimé dans les arrêts *R. c. Walker* et *R. v. McLennan*, précités, de préférence à ceux exprimés dans les autres arrêts précités. Rien ne m'en empêche car je ne connais aucune décision ontarienne dans laquelle le principe invoqué par l'avocat de l'appelant a été adopté et appliqué.

A great deal of the confusion surrounding the nature of the intent required to found a conviction for attempted murder may well stem from an assumption that murder and attempted murder are related offences which must share the same mental elements. A brief review of the historical development of the law relating to the two offences demonstrates that the crime of attempt developed as a separate and distinct offence from the offence of murder.

In very early times murder was simply the killing of a human being. The law was concerned with the injury done to the family of the deceased and the compensation which should follow. The consequence of the killing was the important feature and the intent or *mens rea* was of little if any significance. Special mental elements were recognized in statutes as early as the thirteenth century, and by the fourteenth century the concept of malice aforethought had developed (see 13 Richard 2, Stat. 2, c. 1). Thus two elements came to be recognized in murder: the killing, and the malice aforethought, which in modern times has come to mean the necessary intent or intents.

As the common law developed, the mental element required for the commission of murder expanded to include both constructive intent and knowledge of the likelihood of death as a result of a person's acts, with recklessness as to whether death ensued or not. Murder was thus defined in the *Criminal Code* when it was enacted in 1892 in ss. 227 and 228 in these words:

227. Culpable homicide is murder in each of the following cases:

(a.) If the offender means to cause the death of the person killed;

(b.) If the offender means to cause to the person killed any bodily injury which is known to the offender to be likely to cause death, and is reckless whether death ensues or not;

(c.) If the offender means to cause death or, being so reckless as aforesaid, means to cause such bodily injury as aforesaid to one person, and by accident or mistake kills another person, though he does not mean to hurt the person killed;

Il se peut bien que la confusion entourant la nature de l'intention requise pour justifier une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre provienne en grande partie de l'hypothèse selon laquelle le meurtre et la tentative de meurtre sont des infractions connexes qui doivent comporter les mêmes éléments moraux. Un bref examen de l'évolution historique du droit applicable aux deux infractions révèle que le crime de tentative a évolué comme une infraction distincte du meurtre.

À l'origine, le meurtre était simplement le fait de tuer un être humain. La loi portait sur le préjudice causé à la famille du défunt et sur l'indemnité qui devait être accordée. Les conséquences de l'homicide constituaient l'aspect important, l'intention ou la *mens rea* ayant peu ou pas d'importance. Dès le treizième siècle, les textes de lois reconnaissaient des éléments moraux particuliers et, dès le quatorzième siècle, était apparu le concept de la malice intentionnelle (voir 13 Richard 2, Stat. 2, chap. 1). On en est ainsi venu à reconnaître que le meurtre comportait deux éléments: le fait de tuer et la malice intentionnelle qui, de nos jours, signifie l'intention nécessaire ou les intentions nécessaires.

Avec l'évolution de la *common law*, l'élément moral requis pour la perpétration d'un meurtre s'est étendu à l'intention imputée et à la connaissance de la probabilité que la mort résulte des actes d'une personne, celle-ci ne se souciant pas que la mort en résulte ou non. Le meurtre a donc été défini de la façon suivante aux art. 227 et 228 du *Code criminel* adopté en 1892:

227. L'homicide coupable est qualifié meurtre dans chacun des cas suivants:

(a.) Si le coupable a l'intention de causer la mort de la personne tuée;

(b.) Si le coupable a l'intention de porter à la personne tuée des coups ou blessures qu'il sait être de nature à causer la mort, et s'il lui est indifférent que la mort en résulte ou non;

(c.) Si le coupable a l'intention de causer la mort, ou si, étant indifférent aux conséquences de son acte comme susdit, il a l'intention de porter des coups ou blessures à une personne comme susdit, et par accident ou maladresse tue une autre personne, bien qu'il n'eût pas l'intention de faire mal à la personne tuée;

(d.) If the offender, for any unlawful object, does an act which he knows or ought to have known to be likely to cause death, and thereby kills any person, though he may have desired that his object should be effected without hurting any one.

228. Culpable homicide is also murder in each of the following cases, whether the offender means or not death to ensue, or knows or not that death is likely to ensue:

(a.) If he means to inflict grievous bodily injury for the purpose of facilitating the commission of any of the offences in this section mentioned, or the flight of the offender upon the commission or attempted commission thereof, and death ensues from such injury; or

(b.) If he administers any stupefying or overpowering thing for either of the purposes aforesaid, and death ensues from the effects thereof; or

(c.) If he by any means wilfully stops the breath of any person for either of the purposes aforesaid, and death ensues from such stopping of the breath.

2. The following are the offences in this section referred to:—Treason and the other offences mentioned in Part IV. of this Act, piracy and offences deemed to be piracy, escape or rescue from prison or lawful custody, resisting lawful apprehension, murder, rape, forcible abduction, robbery, burglary, arson.

In s. 228 as originally enacted there was no provision equivalent to s. 213(d) of the present *Code*. The 'use of weapon' provision was enacted in 1947 in s. 7 of an *Act to Amend the Criminal Code*, 1947 (Can.), c. 55. Section 260 of the 1927 *Code* was amended by adding subs. (d):

(d) If he uses or has upon his person any weapon during or at the time of the commission or attempted commission by him of any of the offences in this section mentioned or the flight of the offender upon the commission or attempted commission thereof, and death ensues as a consequence of its use.

which provision appears as s. 213(d) in the present *Code* in this form:

(d) he uses a weapon or has it upon his person  
(i) during or at the time he commits or attempts to commit the offence, or

(d.) Si le coupable fait, dans un but illégal, un acte qu'il sait ou devrait savoir être de nature à causer la mort, et si par là il tue quelqu'un, bien qu'il ait pu désirer atteindre son but sans faire de mal à personne.

228. L'homicide coupable est aussi qualifié meurtre dans chacun des cas suivants, que le coupable ait l'intention de donner la mort ou non, ou qu'il sache ou non que la mort peut en résulter:

(a.) S'il a l'intention de faire une lésion corporelle grave dans le but de faciliter la perpétration de quelque'un des crimes mentionnés au présent article, ou la fuite du coupable après la perpétration ou la tentative de perpétration de ce crime, et si la mort résulte de cette lésion; ou

(b.) S'il administre quelque substance stupéfiante ou soporifique dans l'un des buts susdits, et si la mort résulte de ses effets; ou

(c.) Si par un moyen quelconque il arrête la respiration d'une personne dans l'un des buts susdits, et si la mort résulte de cette cessation de respiration.

2. Les crimes suivants sont ceux auxquels il est référé dans le présent article: la trahison et les autres crimes mentionnés en la partie IV du présent acte, la piraterie et les crimes qualifiés piraterie, l'évasion ou la délivrance d'un prisonnier ou d'une personne confiée à la garde légale de quelqu'un, la résistance à une arrestation légale, le meurtre, le viol, le rapt, le vol à main armée, l'effraction nocturne, l'incendie.

L'article 228 ne comportait à l'origine aucune disposition équivalente à l'al. 213(d) du *Code* actuel. La disposition relative à «l'usage d'une arme» a été adoptée en 1947 à l'art. 7 de la *Loi modifiant le Code criminel*, 1947 (Can.), chap. 55. L'article 260 du *Code* de 1927 a été modifié par l'adjonction de l'al. (d):

(d) S'il se sert d'une arme ou porte sur soi une arme au cours ou au moment de la perpétration ou de la tentative de perpétration, par lui, de l'un quelconque des crimes mentionnés au présent article, ou au cours ou au moment de la fuite du délinquant après la perpétration ou la tentative de perpétration du crime, et que la mort résulte de l'usage de l'arme.

Cette disposition figure à l'al. 213(d) du *Code* actuel sous la forme suivante:

(d) si elle emploie une arme ou l'a sur sa personne  
(i) pendant ou alors qu'elle commet ou tente de commettre l'infraction, ou

(ii) during or at the time of his flight after committing or attempting to commit the offence.

(ii) au cours ou au moment de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction.

I would first observe that ss. 212 and 213 of the present *Criminal Code* prescribe the various mental elements which, if accompanied by a killing, may amount to murder. It is trite to say then that murder may be a killing with intent to kill and it may also be a killing with a variety of other intents which involve no intent to kill.

Je ferai tout d'abord remarquer que les art. 212 et 213 du *Code criminel* actuel prescrivent les divers éléments moraux qui, s'il y a homicide, peuvent constituer un meurtre. Il va sans dire alors que le meurtre peut être un homicide assorti de l'intention de tuer et qu'il peut également être un homicide assorti de diverses intentions autres que l'intention de tuer.

The offence of attempts developed much later than the offence of murder. In early times an attempt to commit an offence was not itself a crime. It was considered that in the absence of a guilty act intention alone was not punishable. The modern offence of attempting the commission of a crime is said to have its origins in the Court of Star Chamber. An early venture into this field is found in *The Case of Duels* (1615), 2 St. Tr. 1033, which involved proceedings against one William Priest for sending a written challenge to duel and one Richard Wright for carrying it and a stick that was to be the measure of the length of the weapons to be employed. It was asserted by Sir Francis Bacon, then Attorney General, at p. 1041, that:

L'infraction de tentative est apparue beaucoup plus tard que celle de meurtre. À l'origine, une tentative de commettre une infraction ne constituait pas un crime en soi. On considérait qu'en l'absence d'un acte coupable l'intention seule n'était pas punissable. On dit que l'infraction actuelle qui consiste à tenter de commettre un crime a été créée par la Cour de la Chambre Étoilée. Une des premières incursions dans ce domaine remonte à l'affaire *The Case of Duels* (1615), 2 St. Tr. 1033, où il était question d'un procès intenté contre un nommé William Priest accusé d'avoir envoyé une invitation écrite au duel et contre un nommé Richard Wright accusé d'avoir porté ce document ainsi qu'un bâton qui devait servir à mesurer la longueur des armes devant servir au duel. Sir Francis Bacon qui était alors procureur général affirme ce qui suit, à la p. 1041:

For the Capacity of this Court, I take this to be a ground infallible: that wheresoever an offence is capital, or matter of felony, though it be not acted, there the combination or practice tending to that offence is punishable in this court as a high misdemeanor. So practice to impoison, though it took no effect; waylaying to murder, though it took no effect; and the like; have been adjudged heinous misdemeanors punishable in this court. Nay, inceptions and preparations in inferior crimes, that are not capital, as suborning and preparing of witnesses that were never deposed, or deposed nothing material, have likewise been censured in this court, as appeareth by the decree in Garnon's Case.

[TRADUCTION] En ce qui concerne la compétence de cette Cour, je pense, et il s'agit là d'un critère infallible, que toutes les fois qu'une infraction est punissable de la peine capitale ou qu'elle constitue un crime (*felony*), même si elle n'est pas commise, le complot ou l'acte visant à la commettre est punissable au même titre qu'un délit grave (*high misdemeanor*). Il en est ainsi de l'empoisonnement, même s'il ne produit aucun effet, ou lorsqu'on attire une personne dans une embuscade en vue de la tuer, même si on ne réussit pas, et ainsi de suite; ces actes ont été considérés comme des délits (*misdemeanors*) odieux punissables par cette Cour. Qui plus est, la préparation de crimes mineurs qui ne sont pas punissables de la peine capitale, tels la subornation de témoins qui n'ont jamais déposé ou qui n'ont rien déclaré d'important, a également été condamnée par cette Cour, comme en fait foi le jugement dans l'affaire Garnon.

The court in its decree gave effect to the Attorney General's submission saying, in part, at p. 1046:

And the court with one consent did declare their opinions: That by the ancient law of the land, all inceptions, preparations, and combinations to execute unlawful acts, though they never be performed, as they be not to be punished capitally, except it be in case of treason, and some other particular cases of statute law, so yet they are punishable as misdemeanors and contemps: and that this court was proper for offences of such nature.

The practice of the Court of Star Chamber in this respect became firmly established in that court (see Hall, *General Principles of Criminal Law* (2nd ed., 1960), p. 565 *et seq.*, and was in time adopted in the Court of King's Bench. It has been said that the origin of the doctrine of criminal attempt as it is known in the common law was Lord Mansfield's judgment in *R. v. Scofield* (1784), *Cald. Mag. Rep.* 397. Scofield was charged in an indictment with "wickedly, unlawfully and maliciously intending devising and contriving to feloniously set fire to, burn and consume a certain house". Lord Mansfield said, at p. 402-03:

The next question is, Whether an act done in pursuance of an intent to commit an act, which, if completed, would be a misdemeanor only, can itself be a misdemeanor? It was objected, that an attempt to commit a misdemeanor was no offence: but no authority for this is cited; and there are many on the other side: as the case cited; of *The King v. Johnson*, the *King v. Sutton*, which was an indictment for having in custody and possession stamps *with intent* to impress septres on sixpences, etc. And there the court say "lading wool is lawful, but, if it be with *an intent* to transport it, that makes it an offence. Here the intent is the offence; and the having in his custody, an act that is the evidence of that intent." But in the case of the wool, the transporting of it was only a misdemeanor, yet an act done to that end was held indictable. In the *King v. Taylor*, the Court granted an information as for a nuisance for keeping great quantities of gunpowder to the endangering of the church and houses where the defendant lived. There is also the case cited of the *King v. Samuel Vaughan*, which is founded upon the same principle as that of the *King v. Plympton*; where it was holden that to bribe a corporator by money or promises to vote at

Dans son jugement, la cour a fait droit à la prétention du procureur général en affirmant notamment, à la p. 1046:

[TRADUCTION] La Cour a déclaré qu'en vertu du droit ancien en vigueur dans le pays les préparatifs et les complots visant à accomplir des actes illégaux, même si ces derniers ne sont jamais accomplis, n'entraînent pas tous la peine capitale, sauf dans le cas de trahison et dans certains autres cas particuliers prévus par le droit écrit; ils sont néanmoins punissables au même titre que les délits (*misdemeanors*) et les outrages: et cette Cour a ajouté qu'elle avait compétence pour juger les infractions de cette nature.

La pratique de la Cour de la Chambre Étoilée à cet égard s'est implantée solidement dans cette cour (voir Hall, *General Principles of Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd., 1960), p. 565 et suiv.) et elle a été, à un certain moment, adoptée par la Cour du Banc du Roi. C'est le jugement de lord Mansfield dans l'arrêt *R. v. Scofield* (1784), *Cald. Mag. Rep.* 397, qui serait à l'origine de la doctrine de la tentative en matière criminelle, telle qu'on la connaît en *common law*. Scofield avait été accusé d'avoir [TRADUCTION] «illégalement et malicieusement projeté d'incendier une certaine maison». Lord Mansfield affirme, aux pp. 402 et 403:

[TRADUCTION] Il s'agit ensuite de savoir si l'intention de commettre un acte qui, s'il était accompli, constituerait seulement un délit (*misdemeanor*) peut elle-même constituer un délit (*misdemeanor*). On a objecté qu'une tentative de commettre un délit (*misdemeanor*) n'était pas une infraction, mais on n'a cité aucun précédent à l'appui de cette objection; il existe pourtant un bon nombre de précédents qui appuient le point de vue contraire, comme la décision *King v. Johnson*, *King v. Sutton* qui a été citée et qui portait sur une accusation d'avoir eu la garde et la possession de tampons *dans l'intention* d'apposer des sceptrs sur des pièces de six pences, etc. Dans cette affaire, la cour a affirmé: «charger de la laine à bord d'un navire est légal, mais si on le fait dans *l'intention* de la transporter, cela constitue une infraction. En l'espèce, l'intention constitue l'infraction et le fait d'avoir la laine sous sa garde est la preuve de cette intention.» Dans le cas de la laine, le transport ne constituait qu'un délit et pourtant l'acte accompli pour parvenir à cette fin a été considéré comme un acte criminel. Dans la décision *King v. Taylor*, la cour a fait droit à une dénonciation en raison d'un préjudice causé par la conservation d'une grande quantité de poudre à

corporation elections is an offence, for which an information will lie: the case of *Vaughan* was that of offering a bribe for an office, and if received, and the office procured, neither party would have been guilty of more than a misdemeanor: and it is laid down by the Court in the case of the *King v. Langley* that words directly tending to a breach of the peace, are indictable.

There was a distinction made at the bar between an act done with an intent to commit a felony and an act done with an intent to commit a misdemeanor. In the degrees of guilt there is great difference in the eye of the law, but not in the description of the offence. So long as an act rests in bare intention, it is not punishable by our laws: but immediately when an act is done, the law judges, not only of the act done, but of the intent with which it is done; and, if it is coupled with an unlawful and malicious intent, though the act itself would otherwise have been innocent, the intent being criminal, the act becomes criminal and punishable. The case cited of the *King v. Sutton* is an express authority. We are therefore of opinion that the indictment is good.

Whether *Scofield* was the starting point for the common law doctrine is doubted by Hall (*op. cit.*, pp. 569-70) but the question seems to have been settled in *R. v. Higgins* (1801), 2 East 5, 102 E.R. 269, where it was said, at E.R. 274, by Grose J.:

First, as to the offence itself, it must be admitted that an attempt to commit a felony is in many cases at least a misdemeanor;

Any doubt remaining regarding the existence of the offence of attempted murder in England was set to rest by the enactment in 1861 of 24 and 25 Victoria, c. 100, ss. 11-15. These sections made it a felony to attempt the commission of murder in the various ways described.

canon qui mettait en danger l'église et les maisons dans le voisinage du défendeur. On a également cité la décision *King v. Samuel Vaughan*, qui se fonde sur le même principe que celui énoncé dans la décision *King v. Plympton* où il a été décidé que corrompre un membre d'une corporation en lui offrant de l'argent ou en lui faisant des promesses pour qu'il vote aux élections d'une corporation constitue une infraction donnant ouverture à une dénonciation: dans l'affaire *Vaughan*, on a offert un pot-de-vin dans le but d'occuper une charge et ni l'une ni l'autre partie n'aurait été coupable d'une infraction plus grave qu'un délit (*misdemeanor*) si le pot-de-vin avait été reçu et la charge obtenue: et dans la décision *King v. Langley*, la cour a établi le principe selon lequel les paroles qui visent directement à troubler la paix constituent un acte criminel.

Dans la présente affaire, on a fait la distinction entre un acte accompli dans l'intention de commettre un crime (*felony*) et un acte accompli dans l'intention de commettre un délit (*misdemeanor*). Lorsqu'il s'agit de degrés de culpabilité, il existe une différence importante du point de vue du droit mais non dans la façon de décrire l'infraction. Aussi longtemps qu'un acte demeure au niveau de la simple intention, il n'est pas punissable en vertu de nos lois: mais dès qu'il est accompli, les tribunaux examinent non seulement l'acte mais également l'intention dans laquelle il a été accompli; et lorsqu'un acte est accompagné d'une intention illégale et malicieuse, même si, à d'autres égards, il était légitime, l'intention étant criminelle, il devient criminel et punissable. La décision citée *King v. Sutton* confirme expressément ce point de vue. Nous sommes donc d'avis que l'acte d'accusation est valide.

Hall (*op. cit.*, pp. 569 et 570) doute que l'arrêt *Scofield* soit à l'origine de la doctrine de *common law*, mais la question semble avoir été réglée dans l'arrêt *R. v. Higgins* (1801), 2 East 5, 102 E.R. 269, où le juge Grose affirme, à la p. 274:

[TRADUCTION] D'abord, en ce qui concerne l'infraction elle-même, il faut admettre que, dans beaucoup de cas, la tentative de commettre un crime (*felony*) constitue tout au moins un délit (*misdemeanor*);

Tout doute qui subsistait concernant l'existence de l'infraction de tentative de meurtre en Angleterre a été dissipé avec l'adoption en 1861 des art. 11 à 15, 24 et 25 Victoria, chap. 100. Ces articles prévoyaient que la tentative de meurtre commise des différentes manières décrites était un crime (*felony*).



In Canada the common law offence of attempt was codified in the 1892 *Criminal Code* as s. 64 which appeared in these terms:

64. Every one who, having an intent to commit an offence, does or omits an act for the purpose of accomplishing his object is guilty of an attempt to commit the offence intended whether under the circumstances it was possible to commit such offence or not.

2. The question whether an act done or omitted with intent to commit an offence is or is not only preparation for the commission of that offence, and too remote to constitute an attempt to commit it, is a question of law.

A minor amendment in 1953-54 (Can.), c. 51, changed the section to its present form in s. 24:

24. (1) Every one who, having an intent to commit an offence, does or omits to do anything for the purpose of carrying out his intention is guilty of an attempt to commit the offence whether or not it was possible under the circumstances to commit the offence.

(2) The question whether an act or omission by a person who has an intent to commit an offence is or is not mere preparation to commit the offence, and too remote to constitute an attempt to commit the offence, is a question of law.

The section has therefore covered the law of attempt in general since the codification of the law in 1892. In addition, particular provision has been made in the *Criminal Code* for the offence of attempted murder. In the 1892 *Code*, s. 232 provided:

232. Every one is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life, who does any of the following things with intent to commit murder; that is to say—

(a.) administers any poison or other destructive thing to any person, or causes any such poison or destructive thing to be so administered or taken, or attempts to administer it, or attempts to cause it to be so administered or taken; or

(b.) by any means whatever wounds or causes any grievous bodily harm to any person; or

(c.) shoots at any person, or, by drawing a trigger or in any other manner, attempts to discharge at any person any kind of loaded arms; or

Au Canada, l'infraction de tentative prévue par la *common law* a été codifiée à l'art. 64 du *Code criminel* de 1892, qui était ainsi rédigé:

64. Quiconque, dans l'intention de commettre une infraction, fait ou s'abstient de faire quelque chose afin d'arriver à son but, est coupable de tentative de l'infraction projetée, qu'il fût possible ou non, dans les circonstances, de la consommer.

2. La question de savoir si un acte accompli ou omis dans l'intention de commettre une infraction est ou n'est pas seulement une préparation pour commettre cette infraction, ou est ou n'est pas trop lointain pour constituer une tentative de la commettre, est une question de droit.

Par suite d'une modification mineure apportée à 1953-54 (Can.), chap. 51, cet article est devenu l'art. 24 actuel:

24. (1) Quiconque, ayant l'intention de commettre une infraction, fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but, est coupable d'une tentative de commettre l'infraction, qu'il fût possible ou non, dans les circonstances, de la commettre.

(2) Est une question de droit la question de savoir si un acte ou une omission par une personne qui a l'intention de commettre une infraction est ou n'est pas une simple préparation à la perpétration de l'infraction, et trop lointaine pour constituer une tentative de commettre l'infraction.

L'article s'applique donc à la tentative en général depuis la codification du droit en 1892. En outre, une disposition particulière concernant l'infraction de tentative de meurtre a été introduite dans le *Code criminel*. L'article 232 du *Code* de 1892 prévoyait:

232. Est coupable d'un acte criminel et passible d'emprisonnement à perpétuité, tout individu qui fait l'une des choses suivantes dans l'intention de commettre un meurtre, savoir:

(a.) Administre du poison ou autre substance délétère à quelqu'un, ou le lui fait administrer ou prendre, ou tente de l'administrer, ou tente de le faire ainsi administrer ou prendre; ou

(b.) Par un moyen quelconque blesse quelqu'un ou lui cause une lésion corporelle grave; ou

(c.) Décharge une arme à feu sur quelqu'un, ou tente, en tirant la détente d'une arme à feu ou autrement, de décharger sur quelqu'un une arme chargée; ou

(d.) attempts to drown, suffocate, or strangle any person; or

(e.) destroys or damages any building by the explosion of any explosive substance; or

(f.) sets fire to any ship or vessel or any part thereof, or any part of the tackle, apparel or furniture thereof, or to any goods or chattels being therein; or

(g.) casts away or destroys any vessel; or

(h.) by any other means attempts to commit murder.

In the 1906 and 1927 *Codes* s. 264 provided:

**264.** Every one is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life, who, with intent to commit murder,

(a) administers any poison or other destructive thing to any person, or causes any poison or destructive thing to be so administered or taken, or attempts to administer it, or attempts to cause it to be so administered or taken; or

(b) by any means whatever wounds or causes any grievous bodily harm to any person; or

(c) shoots at any person, or, by drawing a trigger or in any other manner, attempts to discharge at any person any kind of loaded arms; or

(d) attempts to drown, suffocate, or strangle any person; or

(e) destroys or damages any building by the explosion of any explosive substance; or

(f) sets fire to any ship or vessel or any part of the tackle, apparel or furniture thereof, or to any goods or chattels being therein; or

(g) casts away or destroys any vessel; or

(h) by any other means attempts to commit murder.

And in the 1953-54 *Code*, s. 210 dealt with the matter in these words:

**210.** Everyone who attempts by any means to commit murder is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

This section appears as s. 222 in the present *Code*. (I have been greatly assisted in this review by the very helpful summary of the subject written by

(d.) Essaie de noyer, étouffer ou étrangler quelqu'un; ou

(e.) Détruit ou endommage quelque édifice par l'explosion de quelque substance explosive; ou

<sup>a</sup> (f.) Met le feu à un navire ou vaisseau, ou à quelque partie d'un navire ou vaisseau, ou de son grément, équipement ou mobilier, ou à des marchandises ou effets qui se trouvent à bord; ou

<sup>b</sup> (g.) Fait périr ou détruit un navire; ou

(h.) Par tout autre moyen tente de commettre un meurtre.

L'article 264 du *Code* de 1906\* prévoyait:

<sup>c</sup> **264.** Est coupable d'un acte criminel et passible d'emprisonnement à perpétuité, tout individu qui dans l'intention de commettre un meurtre,

(a) administre du poison ou autre substance délétère à quelqu'un, ou le lui fait administrer ou prendre, ou tente de l'administrer, ou tente de le faire ainsi administrer ou prendre; ou

(b) par un moyen quelconque blesse quelqu'un ou lui cause une lésion corporelle grave; ou,

<sup>e</sup> (c) décharge une arme à feu sur quelqu'un, ou tente, en tirant la détente d'une arme à feu ou autrement, de décharger sur quelqu'un une arme chargée; ou,

<sup>f</sup> (d) essaie de noyer, d'étouffer ou d'étrangler quelqu'un; ou,

(e) détruit ou endommage quelque édifice par l'explosion de quelque substance explosive; ou,

(f) met le feu à un navire ou bâtiment, ou à quelque partie d'un navire ou bâtiment, ou de son grément, équipement ou mobilier, ou à des marchandises ou effets qui se trouvent à bord; ou,

(g) fait périr ou détruit un navire; ou,

<sup>g</sup> (h) par tout autre moyen tente de commettre un meurtre.

<sup>h</sup> L'article 210 du *Code* de 1953-54 portant sur cette question était ainsi rédigé:

<sup>i</sup> **210.** Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, par quelque moyen, tente de commettre un meurtre.

Cet article est devenu l'art. 222 du *Code* actuel. (Le résumé sur ce point rédigé par le juge Laidlaw de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Cline* (1956),

\* N.D.T. La version française de l'art. 264 du *Code criminel* a subi des changements mineurs en 1927 (voir p. 234).

Laidlaw J.A. in *R. v. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18.)

It is clear from the foregoing that in common law and under the criminal law of Canada criminal attempt is itself an offence separate and distinct from the crime alleged to be attempted. As with any other crime, the Crown must prove a *mens rea*, that is, the intent to commit the offence in question and the *actus reus*, that is, some step towards the commission of the offence attempted going beyond mere acts of preparation. Of the two elements the more significant is the *mens rea*. In *R. v. Cline, supra*, Laidlaw J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, said, at p. 27:

Criminal intention alone is insufficient to establish a criminal attempt. There must be *mens rea* and also an *actus reus*. But it is to be observed that whereas in most crimes it is the *actus reus* which the law endeavours to prevent, and the *mens rea* is only a necessary element of the offence, in a criminal attempt the *mens rea* is of primary importance and the *actus reus* is the necessary element.

and in *Russell on Crime* (12th ed.), vol. 1, p. 175, it is said:

Since the mischief contained in an attempt depends upon the nature of the crime intended, the criminality lies much more in the intention than in the acts done.

This proposition was accepted by Lord Goddard in *Whybrow, supra*, at p. 147, where he stated that "the intent becomes the principal ingredient of the crime".

The common law recognition of the fundamental importance of intent in the crime of attempt is carried forward into the *Criminal Code*. A reading of s. 24 of the *Code* and all its predecessors since the enactment of the first *Code* in 1892 confirms that the intent to commit the desired offence is a basic element of the offence of attempt. Indeed, because the crime of attempt may be complete without the actual commission of any other offence and even without the performance of any act unlawful in itself, it is abundantly clear that

115 C.C.C. 18, m'a grandement aidé dans cet examen.)

Il ressort clairement de ce qui précède que, en *common law* et en vertu du droit criminel canadien, la tentative criminelle est en soi une infraction distincte du crime qu'on aurait tenté de commettre. Comme dans le cas de tout autre crime, le ministère public doit prouver la *mens rea*, c'est-à-dire l'intention de commettre l'infraction en question, et l'*actus reus*, c'est-à-dire une mesure quelconque en vue de commettre l'infraction, autre que les simples actes de préparation. Le plus important de ces deux éléments est la *mens rea*. Dans l'arrêt *R. v. Cline*, précité, le juge Laidlaw, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, affirme, à la p. 27:

[TRADUCTION] L'intention criminelle à elle seule ne suffit pas à prouver la tentative de commettre un acte criminel. Il doit y avoir *mens rea* et également *actus reus*. Il faut cependant remarquer que, alors qu'en ce qui concerne la plupart des crimes c'est l'*actus reus* que la loi cherche à réprimer et que la *mens rea* n'est qu'un élément nécessaire de l'infraction, dans une tentative de commettre un acte criminel, la *mens rea* revêt une importance fondamentale et l'*actus reus* est l'élément nécessaire.

Et dans l'ouvrage *Russell on Crime* (12<sup>e</sup> éd.), vol. 1, p. 175, on dit:

[TRADUCTION] Puisque le méfait que comporte une tentative dépend de la nature du crime projeté, la criminalité réside davantage dans l'intention que dans les actes accomplis.

Dans l'arrêt *Whybrow*, précité, lord Goddard a accepté cette proposition en affirmant, à la p. 147, que [TRADUCTION] «l'intention devient l'élément principal du crime».

L'importance capitale de l'intention dans le crime de tentative que reconnaît la *common law* est consacrée par le *Code criminel*. À la lecture de l'art. 24 du *Code* et de tous les articles qui l'ont précédé depuis l'adoption du premier *Code* en 1892, il ressort clairement que l'intention de commettre l'infraction souhaitée est un élément essentiel de l'infraction de tentative. En effet, comme le crime de tentative peut être complet sans la perpétration d'aucune autre infraction et même sans l'accomplissement d'un acte illégal en soi, il est

the criminal element of the offence of attempt may lie solely in the intent. As noted by Glanville Williams, *Criminal Law; The General Part* (2nd ed., 1961), part 207, p. 642, in discussing attempts:

An *actus reus* . . . need not be a crime apart from the state of mind. It need not even be a tort or a moral wrong, or a social mischief.

The question now arises: What is the intent required for an attempt to commit murder? As has been indicated earlier, the Crown's position is that the intent required for a conviction on a charge of attempt to murder is the intent to do that which will, if death is caused, constitute the commission of murder as defined in ss. 212 and 213 of the *Code*, so that a combination of ss. 24 and 213(d) can form the basis for a conviction of attempted murder. The respondent, on the other hand, argues that although the authorities presently limit the intent to that which would constitute murder as defined in s. 212 of the *Code*, logic and principle dictate that the intent should be limited to the specific intent to kill described in s. 212(a)(i).

While it is clear from ss. 212 and 213 of the *Criminal Code* that an unintentional killing can be murder, it is equally clear that whatever mental elements may be involved and whatever means may be employed there cannot be a murder without a killing. Section 24 of the *Code* defines, in part, the offence of attempt as "having an intent to commit an offence". As Estey J. observed in *R. v. Quinton*, [1947] S.C.R. 234, at pp. 235-36, in referring to the then s. 72 (now s. 24):

This section requires that one to be guilty of an attempt must intend to commit the completed offence and to have done some act toward the accomplishment of that objective.

The completed offence of murder involves a killing. The intention to commit the complete offence

très clair que l'élément criminel de l'infraction de tentative peut résider uniquement dans l'intention. Comme l'a fait remarquer Glanville Williams dans son ouvrage *Criminal Law: The General Part* (2<sup>e</sup> éd., 1961), partie 207, p. 642, en analysant les tentatives:

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire qu'un *actus reus* . . . soit un crime indépendamment de l'état d'esprit. Il n'est même pas nécessaire qu'il constitue un délit (*tort*), une faute morale ou un méfait social.

La question qui se pose maintenant est la suivante: quelle est l'intention requise dans le cas d'une tentative de meurtre? Comme je l'ai déjà indiqué, le ministère public soutient que l'intention requise pour donner lieu à une déclaration de culpabilité relativement à une accusation de tentative de meurtre est l'intention de faire ce qui, si la mort est causée, constitue la perpétration d'un meurtre défini aux art. 212 et 213 du *Code*, de sorte que la combinaison de l'art. 24 et de l'al. 213(d) puisse servir de fondement à une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre. L'intimé, quant à lui, fait valoir que, même si la doctrine et la jurisprudence actuelles limitent l'intention à celle qui constituerait un meurtre au sens de l'art. 212 du *Code*, cette intention doit, pour des raisons de logique et de principe, se limiter à l'intention spécifique de tuer décrite au sous-al. 212(a)(i).

Même s'il ressort clairement des art. 212 et 213 du *Code criminel* que l'homicide involontaire peut constituer un meurtre, il est tout aussi manifeste que, quels que soient les éléments moraux qui peuvent être en cause et les moyens qui peuvent être utilisés, il ne peut y avoir de meurtre sans qu'une personne soit tuée. Suivant la définition que donne l'art. 24 du *Code*, l'auteur de l'infraction de tentative est notamment une personne «ayant l'intention de commettre une infraction». Comme l'a fait remarquer le juge Estey au sujet de l'art. 72 (maintenant l'art. 24), dans l'arrêt *R. v. Quinton*, [1947] R.C.S. 234, aux pp. 235 et 236:

[TRADUCTION] Suivant cet article, pour être coupable de tentative, une personne doit avoir l'intention de commettre l'infraction complète et elle doit avoir accompli un acte en vue de réaliser cet objectif.

Pour qu'il y ait infraction complète de meurtre, il doit y avoir homicide. L'intention de commettre

of murder must therefore include an intention to kill. I find it impossible to conclude that a person may intend to commit the unintentional killings described in ss. 212 and 213 of the *Code*. I am then of the view that the *mens rea* for an attempted murder cannot be less than the specific intent to kill.

As I have said earlier, there is a division of opinion upon this point and strong arguments have been raised in favour of the Crown's position that a "lesser intent", such as that provided in s. 212(a)(ii) or even no intent at all relating to the causing of death as provided in s. 213(d), may suffice to found a conviction for attempted murder. This view is supported in *Lajoie*. In my view, with the utmost respect for those who differ, the sections of the *Criminal Code* relied on in that case do not support that position.

As noted above, Martland J.'s analysis of the intent required to found a conviction for attempted murder is based primarily on the change in wording of s. 222. In my opinion, emphasis on the amendment of this section is unwarranted for two reasons. Firstly, s. 222 does not define or create the offence of attempted murder. The scheme of the *Criminal Code* in relation to attempts has been the same from its inception. One section defines the offence of attempts generally (s. 72, now s. 24). Another sets out the penalties for attempts (s. 57, now s. 421), and a third creates a separate penalty for attempted murder (s. 264, s. 210 in *Lajoie*, now s. 222). Rather than defining or creating an offence, s. 222 merely fixes a penalty for a specific attempt. Despite the categorization of the various means of committing murder set out in the old s. 264, there is no essential difference between the old and the new sections in this respect.

Secondly, the elimination of the words "with intent to commit murder" from s. 264 is not

l'infraction complète de meurtre doit par conséquent comprendre l'intention de tuer. Il m'est impossible de conclure qu'une personne peut avoir l'intention de commettre les homicides involontaires décrits aux art. 212 et 213 du *Code*. J'estime donc que la *mens rea* de la tentative de meurtre ne peut être rien de moins que l'intention spécifique de tuer.

Comme je l'ai dit précédemment, il y a des opinions divergentes sur ce point ainsi que de solides arguments en faveur de la position du ministère public portant qu'une «intention moindre», comme celle prévue au sous-al. 212a(ii), ou même l'absence totale d'intention de causer la mort, prévue à l'al. 213d), peut être suffisante pour donner lieu à une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre. Ce point de vue est appuyé par l'arrêt *Lajoie*. Avec les plus grands égards pour les tenants de l'opinion contraire, j'estime que les articles du *Code criminel* invoqués en l'espèce n'appuient pas ce point de vue.

Comme je l'ai fait remarquer plus haut, l'analyse du juge Martland concernant l'intention requise pour donner lieu à une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre se fonde essentiellement sur la modification du texte de l'art. 222. À mon avis, l'importance accordée à la modification de cet article est injustifiée pour deux raisons. En premier lieu, l'art. 222 ne définit ni ne crée l'infraction de tentative de meurtre. L'économie du *Code criminel* en matière de tentatives a toujours été la même. Un article définit l'infraction de tentative d'une manière générale (art. 72, maintenant l'art. 24). Un autre énonce les peines applicables aux tentatives (art. 57, maintenant l'art. 421), et un troisième crée une peine distincte concernant la tentative de meurtre (art. 264, art. 210 dans l'arrêt *Lajoie*, maintenant l'art. 222). Plutôt que de définir ou de créer une infraction, l'art. 222 établit simplement une peine applicable à une tentative spécifique. Malgré la catégorisation des différents moyens de commettre un meurtre que l'on trouve à l'ancien art. 264, il n'y a pas de différence fondamentale entre les anciens et les nouveaux articles à cet égard.

En second lieu, la suppression des mots «dans l'intention de commettre un meurtre» qui figu-

significant. Section 24 defines an attempt as "having an intent to commit an offence". Because s. 24 is a general section it is necessary to 'read in' the offence in question. The offence of attempted murder then is defined as "having an intent to commit murder". This does not differ from the old s. 264 reference to "with intent to commit murder", which Martland J. acknowledged was interpreted, in *R. v. Flannery*, to require the specific intent to kill.

Martland J. placed further emphasis on s. 222 of the *Criminal Code* by relying on the words "attempts by any means" to support his conclusion that murder may be attempted in any of the "ways" set out in ss. 212 and 213. In my view, the reference to "any means" in s. 222 refers to ways in which a murder could be accomplished, such as by poisoning, shooting, or stabbing. The earlier version of s. 222 (s. 232 in 1892, s. 264 in 1906) listed the various methods by which a killing could be effected, but the illustrations were replaced in the 1953-54 revision with a general reference to murder "by any means". In any event, ss. 212 and 213 have nothing to do with the means of killing. They are concerned solely with describing the mental elements which will suffice to make a completed killing murder. The fact that certain mental elements, other than an intent to kill, may lead to a conviction for murder where there has been a killing does not mean that anything less than an intent to kill will suffice for an attempt at murder.

It was argued, and it has been suggested in some of the cases and academic writings on the question, that it is illogical to insist upon a higher degree of *mens rea* for attempted murder, while accepting a lower degree amounting to recklessness for murder. I see no merit in this argument. The intent to kill is the highest intent in murder and

raient à l'art. 264 n'a aucune importance. Suivant la définition que donne l'art. 24, l'auteur d'une tentative est une personne «ayant l'intention de commettre une infraction». Étant donné que l'art. 24 est un article d'application générale, il faut y «insérer» l'infraction en question. Suivant cette définition, l'auteur de l'infraction de tentative de meurtre est alors une personne «ayant l'intention de commettre un meurtre». Cela ne diffère pas de l'expression «dans l'intention de commettre un meurtre» qu'on trouvait à l'art. 264 et qui, le juge Martland l'a reconnu, a été interprétée, dans l'arrêt *R. v. Flannery*, comme exigeant l'intention spécifique de tuer.

Le juge Martland a insisté davantage sur l'art. 222 du *Code criminel* en se fondant sur les mots «par quelque moyen, tente» pour justifier sa conclusion selon laquelle on peut tenter de commettre un meurtre de l'une ou l'autre des «façons» énoncées aux art. 212 et 213. À mon avis, l'expression «quelque moyen» que l'on trouve à l'art. 222 désigne les façons dont un meurtre peut être commis comme, par exemple, par empoisonnement ou au moyen d'une arme à feu ou d'un poignard. La version précédente de l'art. 222 (l'art. 232 en 1892, l'art. 264 en 1906) énumérait les différentes façons de commettre un homicide, mais les exemples donnés ont été remplacés dans la révision de 1953-54 par l'expression générale «par quelque moyen» applicable au meurtre. Quoi qu'il en soit, les art. 212 et 213 n'ont rien à voir avec les moyens de commettre un homicide. Ils ne font que décrire les éléments moraux qui suffiront pour qu'un homicide complet soit un meurtre. Même si certains éléments moraux, autres que l'intention de tuer, peuvent entraîner une déclaration de culpabilité de meurtre lorsqu'une personne a été tuée, cela ne signifie pas qu'une intention moindre que l'intention de tuer suffira dans le cas d'une tentative de meurtre.

On a prétendu, et on a laissé entendre dans certains arrêts et ouvrages sur la question, qu'il est illogique d'exiger une *mens rea* d'un degré plus élevé dans le cas d'une tentative de meurtre alors qu'on accepte une *mens rea* d'un degré moindre équivalant à l'insouciance dans le cas d'un meurtre. À mon avis, cet argument n'est pas fondé.

there is no reason in logic why an attempt to murder, aimed at the completion of the full crime of murder, should have any lesser intent. If there is any illogic in this matter, it is in the statutory characterization of unintentional killing as murder. The *mens rea* for attempted murder is, in my view, the specific intent to kill. A mental state falling short of that level may well lead to conviction for other offences, for example, one or other of the various aggravated assaults, but not to a conviction for an attempt at murder. For these reasons, it is my view that *Lajoie* should no longer be followed.

I would accordingly dismiss the Crown's appeal and confirm the Court of Appeal's order for a new trial.

*Appeal dismissed, RITCHIE J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Lucy Cecchetto, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Clayton C. Ruby, Toronto.*

L'intention de tuer est l'intention la plus grave en matière de meurtre et il n'y a aucune raison logique pour laquelle une tentative de meurtre, qui vise la réalisation du crime complet de meurtre, devrait comporter une intention moindre. Tout illogisme dans la présente affaire réside dans le fait que le *Code* qualifie de meurtre l'homicide involontaire. À mon avis, la *mens rea* applicable à la tentative de meurtre est l'intention spécifique de tuer. Un état d'esprit qui n'atteint pas ce niveau peut fort bien entraîner une déclaration de culpabilité relativement à d'autres infractions comme, par exemple, l'un ou l'autre type de voies de fait graves, mais non à une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre. Pour ces motifs, j'estime que l'arrêt *Lajoie* ne devrait plus être suivi.

Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi du ministère public et de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel qui a ordonné un nouveau procès.

*Pourvoi rejeté, le juge RITCHIE est dissident.*

*Procureur de l'appelante: Lucy Cecchetto, Toronto.*

*Procureur de l'intimé: Clayton C. Ruby, Toronto.*

**Eleanor Ellen Farr** *Appellant*;

and

**Glenn Allan Farr** *Respondent*.

File No.: 17661.

1983: November 29 and 30; 1984: May 3.

Present: Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Matrimonial law — Divorce — Distribution of matrimonial property — Validity and applicability of Capital Base Theory — The Matrimonial Property Act, 1979 (Sask.), c. M-6.1, ss. 20, 21, 22, 23, 26(1)(b)(i) — Interest Act, R.S.C. 1970, c. 1-18, ss. 13, 15.*

Appellant applied for a distribution of matrimonial assets under Saskatchewan's *Matrimonial Property Act*. Respondent had brought land and machinery to the marriage; appellant on the other hand brought no assets but was found to have worked as hard, if not harder, than the average farm wife. The trial judge divided the net divisible property equally between the spouses but the Court of Appeal applied the Capital Base Theory and varied that disposition by reducing the wife's share. The Capital Base Theory suggested that the husband's pre-marital contribution had a greater value than the marriage date valuation for which he was given credit in his pre-marital exemption, and, because those assets formed the capital base on which the parties built their holdings, the distribution of the matrimonial property was to be weighed in the husband's favour. At issue is whether or not the Court of Appeal erred in applying that theory. Also at issue is whether the interest rate on the lump sum amount payable by the husband to the wife should be at the prevailing commercial rate awarded at trial or at the rate set by the *Interest Act* for judgment debts as applied by the Appeal Court.

*Held:* The appeal should be allowed in part.

Section 23 governs how assets owned before the marriage are to be treated by the courts and the exemption given is limited to the fair market value of the contribution. The discretionary powers granted the Court by s. 23(4) and (5) do not provide a power to exempt more than the fair market value at the time of marriage and are relevant only in determining whether it is unfair and inequitable to exempt property from distribution. Sec-

**Eleanor Ellen Farr** *Appelante*;

et

**Glenn Allan Farr** *Intimé*.

<sup>a</sup> N° du greffe: 17661.

1983: 29 et 30 novembre; 1984: 3 mai.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Droit matrimonial — Divorce — Partage des biens matrimoniaux — Validité et applicabilité de la théorie du capital de départ — The Matrimonial Property Act, 1979 (Sask.), chap. M-6.1, art. 20, 21, 22, 23, 26(1)(b)(i) — Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1970, chap. 1-18, art. 13 et 15.*

<sup>d</sup> L'appelante a demandé le partage des biens matrimoniaux en vertu de *The Matrimonial Property Act* de la Saskatchewan. L'intimé avait apporté en mariage des biens-fonds et de la machinerie; l'appelante, par contre, n'a pas apporté de biens en mariage, mais on a jugé qu'elle avait travaillé aussi fort, sinon plus fort, que la moyenne des femmes d'agriculteurs. Le juge de première instance a divisé la masse nette partageable également entre les époux, mais la Cour d'appel a appliqué la théorie du capital de départ et modifié cette décision en diminuant la part de l'épouse. La théorie du capital de départ veut que la contribution du mari au titre des propres ait une valeur supérieure à celle qu'on leur a attribuée dans son exemption au titre des propres et, parce que ces biens ont constitué le capital de départ à partir duquel les parties ont pu accumuler leurs biens, le partage des biens matrimoniaux devrait favoriser le mari. Il s'agit de déterminer si la Cour d'appel a commis une erreur en appliquant cette théorie. Il s'agit aussi de déterminer si la somme globale payable par le mari à l'épouse devrait porter des intérêts au taux commercial courant établi par le juge de première instance ou au taux fixé par la *Loi sur l'intérêt* pour les sommes dues en vertu d'un jugement comme l'a fait la Cour d'appel.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli en partie.

<sup>i</sup> L'article 23 détermine comment les cours doivent traiter les biens matrimoniaux possédés avant le mariage et limite l'exemption à la juste valeur marchande de la contribution. Le pouvoir discrétionnaire donné à la cour en vertu des par. 23(4) et (5) ne permet pas d'exempter plus que la juste valeur marchande au moment du mariage et permet seulement de décider s'il est juste et équitable d'exclure ces biens du partage. L'alinéa



tion 21(2)(g), a general "catch-all" provision, cannot be used to defeat the specific limitation under s. 23. The Capital Base Theory is wholly incompatible with the statutory presumption of equal distribution subject only to a finite set of exemptions, and, if applied here, would result in the husband's pre-marital contribution being accorded a greater value than permitted under s. 23.

The interest rate on the lump sum payment awarded to the wife is fixed by the *Interest Act* as that payment was a "judgment debt" within the meaning of s. 15 of the Act.

*Werner v. Werner* (1980), 1 Sask. R. 327; *Evenson v. Evenson* (1980), 4 Sask. R. 47, considered; *Wildman v. Wildman* (1980), 8 Sask. R. 115; *Johnson v. Johnson* (1981), 22 R.F.L. (2d) 262; *Bateman v. Bateman* (1981), 22 R.F.L. (2d) 384; *Prayda v. Prayda* (1982), 20 Sask. R. 442, referred to.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1983), 21 Sask. R. 320, varying an award made by Halvorson J. under *The Matrimonial Property Act*. Appeal allowed in part.

*Morris C. Shumiatcher, Q.C., and Reginald Watson*, for the appellants.

*Gordon Kuski and Michael Milani*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal arises out of an application by a wife for a distribution of matrimonial property under the provisions of the Saskatchewan *Matrimonial Property Act*, 1979 (Sask.), c. M-6.1. The trial judge divided the net divisible property equally between the spouses and the Court of Appeal varied that disposition, after certain adjustments, by reducing the wife's portion to approximately one-third.

The appellant, Eleanor Ellen Farr (the wife), married the respondent, Glenn Allan Farr (the husband), in 1949. They had five children, now adults, who are not concerned in this action. They separated in November of 1979 and they were divorced in June of 1981. The appellant brought

21(2)(g), qui est une disposition «fourre-tout», ne peut servir à contourner la restriction précise mentionnée à l'art. 23. La théorie du capital de départ est tout à fait contraire à la présomption légale d'égalité des parts, sous réserve d'un nombre déterminé d'exemptions. Appliquer cette théorie à l'espèce équivaut à accorder à la contribution du mari au titre des propres une valeur plus grande que celle que l'art. 23 permet.

Le taux d'intérêt sur la somme globale allouée à l'épouse est établi par la *Loi sur l'intérêt* puisqu'il s'agit d'une somme due en vertu d'un jugement au sens de l'art. 15 de la Loi.

Jurisprudence: arrêts examinés: *Werner v. Werner* (1980), 1 Sask. R. 327; *Evenson v. Evenson* (1980), 4 Sask. R. 47; arrêts mentionnés: *Wildman v. Wildman* (1980), 8 Sask. R. 115; *Johnson v. Johnson* (1981), 22 R.F.L. (2d) 262; *Bateman v. Bateman* (1981), 22 R.F.L. (2d) 384; *Prayda v. Prayda* (1982), 20 Sask. R. 442.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1983), 21 Sask. R. 320, qui a modifié la décision rendue par le juge Halvorson en vertu de *The Matrimonial Property Act*. Pourvoi accueilli en partie.

*Morris C. Shumiatcher, c.r., et Reginald Watson*, pour l'appelante.

*Gordon Kuski et Michael Milani*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Le présent pourvoi découle d'une demande de partage des biens matrimoniaux formulée par l'épouse en application des dispositions de *The Matrimonial Property Act* de la Saskatchewan, 1979 (Sask.), chap. M-6.1. Le juge de première instance a divisé également entre les époux la masse nette des biens partageables, mais la Cour d'appel a modifié ce partage, après avoir fait certains ajustements, en réduisant la part de l'épouse à approximativement un tiers des biens.

L'appelante, Eleanor Ellen Farr (l'épouse), a épousé l'intimé Glenn Allan Farr (le mari) en 1949. Ils ont eu cinq enfants qui sont maintenant adultes et n'ont rien à voir avec la présente action. Ils se sont séparés en novembre 1979 et ont divorcé en juin 1981. L'appelante n'avait pas de biens au

no assets to the marriage. The respondent brought a half-section of farmland upon which was situate a home and a half-interest in a line of farm machinery, all of which he had inherited from his parents a few years earlier. The value of the husband's pre-marital assets at the time of the marriage was fixed by the trial judge at \$16,750. During the marriage the parties prospered. Various acquisitions of farm land, all at full market value, increased land holdings to 1,835 acres and, in addition, the husband developed a custom harvesting business in the United States. A number of other assets were also acquired, including farm machinery, an aircraft and a hangar, a beach cottage, an RRSP, and real property in the United States used in the harvesting business.

The value of the matrimonial assets and their identification is not in dispute in this appeal. The gross value, as fixed by the trial judge and undisputed on the appeal, amounted to:

Land and improvements (including matrimonial home)	\$1,353,000
Other assets	713,325
	<u>\$2,066,325</u>

Liabilities amounting to \$226,200 reduced the net value of the matrimonial property to \$1,840,125. The trial judge deducted a further \$150,000 from the net assets to account for the husband's probable tax liability on the disposal of certain assets to effect the distribution. The husband's pre-marital exemption, after recalculation, was reduced on appeal to \$10,000, which reduction was not disputed upon this appeal. As a result the matrimonial property subject to distribution amounted to \$1,680,125.

The trial judge found, and his finding in this respect was not questioned on appeal, that during the marriage the wife had performed the manifold duties of a farm wife, and indeed had probably worked harder than the average farm wife. He was of the view that the evidence before him did not engage any of the equitable considerations enumerated in s. 21(2) to justify a departure from the

moment du mariage. L'intimé possédait une demi-section de terre agricole, sur laquelle se trouvait une maison, et une participation pour moitié dans un équipement de ferme; il avait hérité du tout de ses parents quelques années auparavant. Le juge de première instance a estimé qu'au moment du mariage les biens possédés par le mari avant le mariage avaient une valeur de 16 750 \$. Pendant leur mariage, les époux se sont enrichis. Diverses acquisitions de terres agricoles, toutes faites à la pleine valeur marchande, ont porté le patrimoine à 1 835 acres et le mari a, de plus, mis sur pied une entreprise de récoltes aux États-Unis. Ils ont acquis nombre d'autres biens dont de la machinerie agricole, un avion et un hangar, un chalet d'été, un régime enregistré d'épargne-retraite et des biens-fonds aux États-Unis utilisés pour les fins de l'entreprise de récoltes.

La valeur des biens matrimoniaux et leur détermination n'est pas en cause dans le présent pourvoi. La valeur brute établie par le juge de première instance, que la Cour d'appel n'a pas modifiée, a été estimée à:

Bien-fonds et améliorations (y compris le foyer conjugal)	1 353 000 \$
Biens divers	713 325
	<u>2 066 325 \$</u>

Un passif de 226 200 \$ réduit la valeur nette des biens matrimoniaux à 1 840 125 \$. Le juge de première instance a réduit la valeur nette des biens de 150 000 \$ pour tenir compte du montant que le mari devra probablement payer à l'impôt à l'occasion de l'aliénation de certains biens rendue nécessaire par le partage. L'exemption au titre de propres en faveur du mari a, en appel, été recalculée et réduite à 10 000 \$; cette réduction n'est pas contestée dans le présent pourvoi. En conséquence, les biens matrimoniaux susceptibles de partage sont évalués à 1 680 125 \$.

Le juge de première instance a conclu, et sa conclusion à cet égard n'a pas été contestée en appel, que pendant le mariage l'épouse a rempli toutes les tâches diverses d'une femme d'agriculteur et qu'en réalité elle avait probablement travaillé plus fort que la moyenne des femmes d'agriculteurs. Il a estimé que la preuve qui lui était soumise ne donnait pas lieu à l'application des

equal distribution of matrimonial assets provided for in s. 21(1). Accordingly, he ordered an equal division of the net total. On appeal, after an adjustment not disputed in this appeal which added \$5,000 to the wife's share to correct an error in the calculation of the husband's pre-marital exemption, the Court of Appeal varied the disposition made at trial by directing that the husband retain a half-section of land allotted to the wife at trial as part of her distributive share. This resulted in a reduction in the value of the wife's share to approximately one-third of the total of the net divisible property.

The main difference between the trial judgment and that of the Court of Appeal concerns the application of what has been referred to in some of the authorities and in argument in this Court as the 'Capital Base Theory'. As applied in this case, the theory suggests that the husband on his entry into the marriage contributed land and machinery which had a greater value in the long run than the market value for which he got credit at the date of the marriage in his pre-marital exemption. Those assets, it was said, formed the capital base from which the parties were able to accumulate the large holdings they eventually acquired. For that reason, the distribution of matrimonial property should be weighted in the husband's favour.

The trial judge declined to give effect to the Capital Base Theory in the case at bar, stating that [(1981), 11 Sask. R. 409, at p. 411]:

The respondent relies on the capital base theory enunciated in *Werner v. Werner* (1980), 1 Sask. R. 327 and *Evenson v. Evenson* (1980), 4 Sask. R. 47, wherein the husband was granted more than one-half of the property because all of the matrimonial assets arose from the capital brought into the marriage by the husband. Counsel claims clause (q) of section 21(2) is the head under which this could be allowed.

In my opinion, the rationale in *Evenson* and *Werner* does not fit the circumstances at hand because in those cases the family possessions at the time of the court application were not remarkably different from those which existed at the date of marriage; whereas, in the

considérations d'équité énumérées au par. 21(2), qui lui auraient permis de s'écarter du partage égal des biens matrimoniaux prévu au par. 21(1). En conséquence, il a ordonné la division égale de l'actif net total. En appel, après avoir apporté un ajustement, qui n'est pas contesté dans le présent pourvoi et qui ajoute 5 000 \$ à la part de l'épouse par suite de la correction d'une erreur de calcul de l'exemption du mari au titre de ses propres, la Cour d'appel a modifié la décision de première instance en permettant au mari de garder une demi-section de terre incluse dans la part à l'épouse en première instance. Il en résulte une diminution de la valeur de la part de l'épouse à environ un tiers de la masse nette des biens partageables.

La principale différence entre le jugement de première instance et l'arrêt de la Cour d'appel porte sur l'application de ce qu'on a désigné dans certains arrêts et dans les plaidoiries en cette Cour comme la «théorie du capital de départ». Appliquée à l'espèce, la théorie voudrait que le mari ait apporté en mariage des biens-fonds et de l'équipement qui avaient une valeur plus grande, à long terme, que la valeur marchande qu'on leur a attribuée dans son exemption au titre des propres. Ces biens, prétend-on, ont constitué le capital de départ à partir duquel les parties ont pu accumuler les biens considérables qu'ils ont fini par acquérir. Pour ce motif, le partage des biens matrimoniaux devrait favoriser le mari.

Le juge de première instance a refusé d'appliquer ici la théorie du capital de départ dans les termes suivants [(1981), 11 Sask. R. 409, à la p. 411]:

[TRADUCTION] L'intimé invoque la théorie du capital de départ formulée dans les arrêts *Werner v. Werner* (1980), 1 Sask. R. 327 et *Evenson v. Evenson* (1980), 4 Sask. R. 47, par lesquels on a attribué au mari plus de la moitié des biens parce que tous les biens matrimoniaux découlaient du capital apporté en mariage par le mari. L'avocat soutient que l'al. 21(2)q) est celui qui permettrait d'appliquer cette théorie.

À mon avis, la règle énoncée dans les affaires *Evenson* et *Werner* n'est pas adaptée aux circonstances de l'espèce parce que, dans ces affaires-là, les biens du ménage au moment de la demande en justice n'étaient pas sensiblement différents de ceux que les époux avaient à

present case, the extensive current assets bear no resemblance to the pre-nuptial property.

The Court of Appeal accepted the theory and applied it in increasing the distributive share of the husband. Speaking for the Court (Woods, Brownridge and MacDonald J.J.A.), Mr. Justice MacDonald observed that the husband's pre-marital assets enabled the acquisition of the other matrimonial property. Under the circumstances, the *rationale* in *Werner v. Werner* (1980), 1 Sask. R. 327, and *Evenson v. Evenson* (1980), 4 Sask. R. 47, applied, and the equal division of property ordered at trial was thus unfair and inequitable. He said [(1983), 21 Sask. R. 320, at p. 326]:

With great deference to the learned trial judge it seems to me that the rationale in the cases cited does fit the facts herein. In my view, the facts lead to a finding that the disposition of the property made by the learned trial judge is unfair and inequitable.

In the distribution of the farm land the learned trial judge gave the wife 6 quarters of land. This places the husband in the position where he has equipment suitable for a farm of 1835 acres and he has fewer than 6 quarters of land. The wife has no machinery and although not a farmer she was given 6 quarters of land. As the husband is a man of 54 years of age there is little possibility that he can again rebuild his land holdings particularly as the cost of farm land has increased so greatly.

The court then proceeded to reduce the wife's portion by the value of the one-half section of land referred to above.

There are two issues raised in this appeal. The first is whether it was error on the part of the Court of Appeal to apply the Capital Base Theory in altering the division made at trial. The second concerns the rate of interest on the unpaid cash sum awarded to the wife to complete her share of the distribution.

Dealing with the first issue, I must note at the outset that *The Matrimonial Property Act*, which came into force on January 1, 1980, fundamentally altered the *régime* for the distribution of

l'époque du mariage; tandis qu'en l'espèce l'abondance des biens présents n'a pas de commune mesure avec les biens possédés avant le mariage.

<sup>a</sup> La Cour d'appel a accepté la théorie et l'a appliquée en augmentant la part du mari dans le partage. Le juge MacDonald, qui a rendu l'arrêt de la Cour composée également des juges Woods et Brownridge, a fait remarquer que les biens que le mari possédait avant mariage ont permis d'acquérir les autres biens matrimoniaux. Dans ces circonstances, la règle énoncée dans les arrêts *Werner v. Werner* (1980), 1 Sask. R. 327, et *Evenson v. Evenson* (1980), 4 Sask. R. 47, s'applique et, par conséquent, la division égale des biens ordonnée en première instance est injuste et inéquitable. Il dit [(1983), 21 Sask. R. 320, à la p. 326]:

<sup>d</sup> [TRADUCTION] Avec égards pour le juge de première instance, il me semble que la règle énoncée dans les décisions citées est adaptée aux faits de l'espèce. À mon avis, les faits permettent de conclure que le partage des biens ordonné par le juge de première instance est injuste et inéquitable.

<sup>f</sup> Dans le partage des terres agricoles, le juge de première instance a accordé à l'épouse 6 quarts de section. Ainsi, le mari se trouve à avoir l'équipement nécessaire pour une exploitation de 1 835 acres et il a moins de six quarts de section. L'épouse n'a pas de machinerie agricole et bien qu'elle ne soit pas un agriculteur, elle reçoit 6 quarts de section. Le mari a 54 ans et il y a peu de chances qu'il puisse de nouveau réunir autant de terres agricoles vu l'énorme augmentation de leur coût.

<sup>g</sup> La cour a donc réduit la part de l'épouse de l'équivalent de la demi-section de terre dont il a déjà été question.

<sup>h</sup> Le présent pourvoi soulève deux questions. La première est celle de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en appliquant la théorie du capital de départ pour modifier le partage fait en première instance. La seconde question a trait au taux d'intérêt sur la somme impayée accordée à l'épouse à titre de soulte.

<sup>j</sup> Pour ce qui est de la première question, je dois souligner d'abord que *The Matrimonial Property Act*, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1980, a profondément modifié le régime de partage des biens

matrimonial property upon the break-up of a marriage that had been established by *The Married Women's Property Act*, R.S.S. 1965, c. 340 (as amended in 1974-75 (Sask.), c. 29, and 1978 (Sask.), c. 36). Section 22(2) of the previous Act permitted a judge to make any order with respect to property in dispute that he considered "fair and equitable". In making a distribution order the judge was directed by s. 22(4) to take into account the respective contributions of the parties in the form of money, services, management, home and family care, or in any other form.

These features have been abandoned. The Act now presumes a joint contribution to the accumulation and maintenance of matrimonial assets, entitling each spouse to an equal distribution subject to certain specified exceptions, exemptions and equitable considerations. Section 20 declares the purpose of the Act and, in particular, of the part governing the distribution of matrimonial property in these terms:

**20.** The purpose of this Act, and in particular of this Part, is to recognize that child care, household management and financial provision are the joint and mutual responsibilities of spouses and that inherent in the marital relationship there is joint contribution, whether financial or otherwise, by the spouses to the assumption of these responsibilities that entitles each spouse to an equal distribution of the matrimonial property, subject to the exceptions, exemptions and equitable considerations mentioned in this Act.

The main property distribution provision is s. 21 which creates a presumption of equal entitlement to matrimonial assets and then lists certain factors which may justify an unequal division. It is in this form:

**21.—(1)** Upon application by a spouse for the distribution of matrimonial property, the court shall subject to any exceptions, exemptions and equitable considerations mentioned in this Act, order that the matrimonial property or its value be distributed equally between the spouses.

(2) Subject to section 22, where, having regard to:

(a) any written agreement between the spouses or between one or both spouses and a third party;

matrimoniaux lors de la dissolution d'un mariage, qu'avait établi *The Married Women's Property Act*, R.S.S. 1965, chap. 340 (modifiée par 1974-75 (Sask.), chap. 29, et 1978 (Sask.), chap. 36). Le paragraphe 22(2) de la Loi antérieure permettait au juge de rendre, à l'égard des biens en litige, toute ordonnance qu'il estimait juste et équitable. Le paragraphe 22(4) prescrivait au juge de tenir compte, dans une ordonnance de partage, des apports respectifs des parties sous forme d'argent, de service, de direction et de soins domestiques ou sous toute autre forme.

Ces dispositions ont été abandonnées. La Loi *c* présume maintenant qu'il y a contribution conjointe à l'accroissement et à la conservation des biens matrimoniaux qui donne droit à chacun des époux à une moitié de biens, sous réserve de certaines exceptions, exemptions et considérations d'équité précises. L'article 20 énonce le but de la Loi, plus précisément, de la disposition qui régit le partage des biens matrimoniaux dans les termes suivants:

[TRADUCTION] **20.** L'objet de la présente loi et, plus précisément, de la présente partie, est de reconnaître que le soin des enfants, la gestion domestique et l'apport financier sont des obligations conjointes et réciproques des époux et que la contribution financière ou autre de chaque époux à la satisfaction de ces responsabilités est une caractéristique inhérente des relations matrimoniales qui lui donne droit à une part égale des biens matrimoniaux, sous réserve des exceptions, exemptions et considérations d'équité mentionnées dans la présente loi.

La principale disposition relative au partage des biens se trouve à l'art. 21 qui crée une présomption d'égalité des droits sur les biens matrimoniaux et énonce divers facteurs qui peuvent justifier un partage inégal. En voici le texte:

[TRADUCTION] **21.—(1)** Sur demande de partage des biens matrimoniaux soumise par l'un des conjoints et sous réserve des exceptions, exemptions et considérations d'équité mentionnées dans la présente loi, la cour ordonnera le partage égal entre les époux des biens matrimoniaux ou de leur valeur.

(2) Sous réserve de l'article 22, si après avoir tenu compte

a) de toute convention écrite intervenue entre les époux ou entre l'un des époux ou les deux époux et un tiers,

- (b) the length of time that the spouses have cohabited before and during their marriage;
- (c) the duration of the period during which the spouses have lived separate and apart;
- (d) the date when the matrimonial property was acquired;
- (e) the contribution, whether financial or in some other form, made directly or indirectly by a third party on behalf of a spouse to the acquisition, disposition, operation, management or use of the matrimonial property;
- (f) any direct or indirect contribution made by one spouse to the career or career potential of the other spouse;
- (g) the extent to which the financial means and earning capacity of each spouse have been affected by the responsibilities and other circumstances of the marriage;
- (h) the fact that a spouse has made:
- (i) a substantial gift of property to a third party; or
- (ii) a transfer of property to a third party other than a *bona fide* purchaser for value;
- (i) a previous distribution of matrimonial property between the spouses by gift or agreement or pursuant to an order of any court of competent jurisdiction made before or after the coming into force of this Act;
- (j) a tax liability that may be incurred by a spouse as a result of the transfer or sale of matrimonial property or any order made by the court;
- (k) the fact that a spouse has dissipated matrimonial property;
- (l) subject to subsection 30(3), any benefit received or receivable by the surviving spouse as a result of the death of his spouse;
- (m) any maintenance payments payable for the support of a child;
- (n) interests of third parties in the matrimonial property;
- (o) any debts or liabilities of a spouse including debts paid during the course of the marriage;
- (p) the value of matrimonial property situated outside Saskatchewan;
- (q) any other relevant fact or circumstance;
- the court is satisfied that it would be unfair and inequitable to make an equal distribution of matrimonial property or its value, the court may:
- (r) refuse to order any distribution;
- (s) order that all the matrimonial property or its value be vested in one spouse; or
- b) de la durée de la cohabitation des époux avant et pendant leur mariage,
- c) de la durée de la période pendant laquelle les époux ont vécu séparés,
- d) de la date d'acquisition des biens matrimoniaux,
- e) de la contribution financière ou autre faite directement ou indirectement par un tiers pour le compte d'un époux en vue de l'acquisition, de l'aliénation, de l'exploitation, de l'administration ou de l'utilisation des biens matrimoniaux,
- f) de toute contribution directe ou indirecte d'un époux à la carrière ou aux possibilités de carrière de l'autre,
- g) de la mesure dans laquelle les moyens financiers et la capacité de gagner de chacun des époux ont été modifiés par les responsabilités et les autres circonstances du mariage,
- h) du fait qu'un époux a fait
- (i) un don important de biens à un tiers ou
- (ii) une cession de biens à un tiers autre qu'un acheteur de bonne foi contre valeur,
- i) d'un partage antérieur des biens matrimoniaux entre les époux par donation ou conformément à une convention ou une ordonnance d'un tribunal compétent rendue avant ou après l'entrée en vigueur de la présente loi,
- j) d'une obligation fiscale à laquelle l'un des époux peut être assujéti par suite d'une cession ou d'une vente de biens matrimoniaux ou par suite d'une ordonnance de la cour,
- k) du fait qu'un époux a dissipé les biens matrimoniaux,
- l) sous réserve du paragraphe 30(3), de tout bénéfice reçu ou à recevoir par l'époux survivant par suite du décès de son conjoint,
- m) de toute pension alimentaire payable pour l'entretien d'un enfant,
- n) des droits des tiers sur les biens matrimoniaux,
- o) de toute dette ou obligation d'un époux y compris les dettes payées pendant le mariage,
- p) de la valeur des biens matrimoniaux situés hors de la Saskatchewan,
- i) d'autres faits ou circonstances pertinents,
- elle est convaincue qu'il serait ni juste ni équitable de partager également les biens matrimoniaux ou leur valeur, la cour peut
- r) refuser d'ordonner un partage,
- s) attribuer la totalité des biens matrimoniaux ou leur valeur à l'un des époux ou

(t) make any other order that it considers fair and equitable.

The matrimonial home is given special treatment under the Act in s. 22, which is reproduced hereunder:

22.—(1) Where a matrimonial home is a subject of an application for an order under subsection 21(1), the court shall, having regard to any tax liability, encumbrance or other debt or liability pertaining to the matrimonial home, distribute the matrimonial home or its value equally between the spouses except where the court is satisfied that it would be:

(a) unfair and inequitable to do so, having regard only to any extraordinary circumstance; or

(b) unfair and inequitable to the spouse who has custody of the children;

and in that case the court may:

(c) refuse to order any distribution;

(d) order that the entire matrimonial home or its value be vested in one spouse; or

(e) order any distribution that it considers fair and equitable.

(2) Where there is more than one matrimonial home, the court may designate to which matrimonial home subsection (1) applies and any remaining matrimonial home shall be distributed in accordance with section 21.

The contrast between the distribution scheme in *The Matrimonial Property Act* and its predecessor has been aptly expressed by Dickson J. of the Saskatchewan Court of Queen's Bench in *Wildman v. Wildman* (1980), 8 Sask. R. 115, at pp. 118-19:

In my view, section 20 expresses a different approach to the question of contribution than that expressed by the Legislature in section 22(4) of the *Married Persons' Property Act*. The court is no longer vested with the "very wide discretion" referred to by Brownridge, J.A. The relative value of the respective contributions of the husband and wife is not to be assessed by the court. The Legislature of this Province now recognizes an equality of contribution in the discharge of the duties assumed by each spouse. A greater or lesser value is not to be assigned to the role of either. Therefore, it makes no difference if a farm wife spent time in the fields or not. Her care of the children and her management of the household is acknowledged by the Legislature in section 20 to be equal in value to her husband's tending of the crops and management of the farm. This joint contribution entitles each spouse to an equal share of the

t) rendre toute autre ordonnance qu'elle estime juste et équitable.

L'article 22 de la Loi prévoit un traitement spécial pour le foyer conjugal. En voici le texte:

[TRADUCTION] 22.—(1) Lorsque le foyer conjugal est visé par la demande présentée en vertu du paragraphe 21(1), la cour, après avoir tenu compte de toute obligation pour taxe, de toute charge ou de toute autre dette ou obligation relative au foyer conjugal, partagera le foyer conjugal ou sa valeur également entre les époux sauf si elle est convaincue qu'il ne serait

a) ni juste, ni équitable de le faire, compte tenu seulement de circonstances exceptionnelles ou

b) ni juste ni équitable envers le conjoint qui a la garde des enfants,

et, dans ce cas, la cour peut

c) refuser d'ordonner un partage,

d) attribuer la totalité du foyer conjugal ou sa valeur à l'un des époux ou

e) ordonner le partage qu'elle estime juste et équitable.

(2) S'il y a plus d'un foyer conjugal, la cour peut déterminer lequel est assujéti au paragraphe (1) et tout autre foyer conjugal est partagé selon les dispositions de l'article 21.

Le juge Dickson de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a clairement énoncé la différence entre le régime de partage prévu à *The Matrimonial Property Act* et le régime de l'ancienne loi dans la décision *Wildman v. Wildman* (1980), 8 Sask. R. 115, aux pp. 118 et 119:

[TRADUCTION] À mon avis, l'art. 20 exprime, à l'égard de la contribution, une attitude différente de celle que le législateur avait adoptée dans le par. 22(4) de *The Married Person's Property Act*. La cour n'a plus le «pouvoir discrétionnaire très étendu» dont avait parlé le juge Brownridge. La cour ne doit plus estimer la valeur relative de la contribution de chacun des époux. La Législature de la province reconnaît l'égalité des contributions du fait de l'accomplissement par les époux des obligations du mariage. Le rôle de l'un n'a pas une valeur différente de celui de l'autre. En conséquence, il importe peu que l'épouse ait participé aux travaux agricoles. Le législateur reconnaît, à l'art. 20, que le soin des enfants et les travaux ménagers assurés par l'épouse ont une valeur égale aux travaux de récolte et à la direction de l'exploitation agricole assurés par le mari. Cette contribution conjointe donne à chacun des époux droit à

matrimonial property. Having so expressed the purpose of the Act, the Legislature then *directs* the court in sections 21 and 22, to distribute the matrimonial property equally between the spouses unless there are relevant facts or circumstances that would make such distribution unfair and inequitable. Examples of the relevant facts and circumstances to be considered, when distributing matrimonial property other than matrimonial home, are set out in section 21(2) of the Act. When distributing the matrimonial home, the relevant facts and circumstances that the court may take into consideration are limited to the custody of the children and what the Legislature refers to as "any extraordinary circumstance".

The Saskatchewan *Matrimonial Property Act*, unlike many other provincial statutes dealing with this subject, does not expressly distinguish business assets from family assets for the purpose of dividing matrimonial property. Subject to the equitable factors enumerated in ss. 21(2) and 22(1), all matrimonial property is presumed to be divisible in equal shares between the spouses and contributions to the acquisition, maintenance, and improvement of such property are presumed to be equal. Similarly, the growth in value of matrimonial assets after the marriage is presumed to result from the joint efforts of the spouses and to be equally divisible unless such division is considered unfair and inequitable. Section 23 provides an exemption for matrimonial property that a spouse brings into the marriage other than the matrimonial home or household goods. The fair market value of that property at the time of the marriage is exempted from distribution unless as set out in subs. (4) such an exemption would be unfair and inequitable, in which case it can be reduced. Section 23 is reproduced hereunder:

23.—(1) Where matrimonial property, other than a matrimonial home or household goods, is:

(a) property acquired before the marriage by a spouse by gift from a third party, unless it can be shown that the gift was conferred with the intention of benefitting both spouses;

(b) property acquired before the marriage by a spouse by inheritance, unless it can be shown that the inheritance was conferred with the intention of benefitting both spouses;

(c) property owned by a spouse before the marriage;

une part égale des biens matrimoniaux. Après avoir exprimé le but de la Loi, le législateur *enjoint* aux tribunaux, par les art. 21 et 22, de partager également les biens matrimoniaux entre les époux à moins qu'il n'y ait des faits ou circonstances pertinents qui rendraient un tel partage injuste et inéquitable. Les exemples de faits et circonstances pertinents à prendre en ligne de compte pour partager les biens matrimoniaux, autres que le foyer conjugal, sont donnés au par. 21(2) de la Loi. Lors du partage du foyer conjugal, les faits et circonstances dont la cour peut tenir compte se limitent à la garde des enfants et à ce que la législature appelle «des circonstances exceptionnelles».

Contrairement à d'autres lois provinciales sur le même sujet, *The Matrimonial Property Act* de la Saskatchewan ne distingue pas expressément entre les biens commerciaux et les biens familiaux pour les fins du partage des biens matrimoniaux. Sous réserve des considérations d'équité énumérées aux par. 21(2) et 22(1), tous les biens matrimoniaux sont présumés partageables en parts égales entre les époux et les contributions à leur acquisition, à leur conservation et à leur amélioration sont aussi présumées égales. De même, l'accroissement de la valeur des biens matrimoniaux après le mariage est présumé résulter des efforts conjoints des époux et être partageable également à moins qu'un tel partage ne soit ni juste ni équitable. L'article 23 prévoit une exemption pour les biens matrimoniaux qu'un époux apporte en mariage sauf pour le foyer conjugal ou les objets ménagers. La juste valeur marchande de ces biens à l'époque du mariage est exclue du partage à moins que, conformément au par. (4), une telle exemption ne soit injuste et inéquitable, auquel cas la valeur peut en être réduite. Voici le texte de l'art. 23:

[TRADUCTION] 23.—(1) Lorsque les biens matrimoniaux, sauf le foyer conjugal ou les objets ménagers, consistent en

a) des biens acquis avant le mariage par un époux à titre de donation d'un tiers, à moins qu'il ne puisse être prouvé que le don a été fait avec l'intention d'avantager les deux époux,

b) des biens acquis avant le mariage par un époux sous forme de legs à moins qu'il ne puisse être prouvé que le legs a été fait avec l'intention d'avantager les deux époux,

c) des biens possédés par l'un des époux avant le mariage,



the fair market value of that property at the time of the marriage is, subject to subsection (4), exempt from distribution under this Part.

(2) Property acquired as a result of an exchange of property mentioned in subsection (1) is, subject to subsection (4), exempt from distribution under this Part to the extent of the fair market value of the original property mentioned in subsection (1) at the time of the marriage.

(3) Where matrimonial property, other than a matrimonial home or household goods, is:

(a) an award or settlement of damages in tort in favour of a spouse, unless the award or settlement is compensation for a loss to both spouses;

(b) money paid or payable under an insurance policy that is not paid or payable in respect of property, unless the proceeds are compensation for a loss to both spouses;

(c) property acquired after a decree *nisi* of divorce, a declaration of nullity of marriage or a judgment of judicial separation is made in respect of the spouses;

(d) property acquired as a result of an exchange of property mentioned in this subsection;

(e) appreciation on or income received from and property acquired by a spouse with the appreciation on or income received from property mentioned in this subsection;

it is, subject to subsection (4), exempt from distribution under this Part.

(4) Where the court is satisfied that it would be unfair and inequitable to exempt property from distribution, the court may make any order that it considers fair and equitable with respect to the matrimonial property mentioned in this section.

(5) In making an order under this section, the court shall have regard to:

(a) any of the matters mentioned in clauses 21(2)(a) to (p);

(b) contributions in any form whatsoever made by the spouses to their relationship, children or property prior to their marriage;

(c) a contribution, whether financial or in any other form whatsoever, made by a spouse directly or indirectly to the acquisition, disposition, preservation, maintenance, improvement, operation, management or use of property mentioned in this section;

leur juste valeur marchande à l'époque du mariage est, sauf application du paragraphe (4), exclue du partage prévu à la présente partie.

(2) Les biens acquis en échange des biens mentionnés au paragraphe (1) sont, sauf application du paragraphe (4), exclus du partage prévu à la présente partie à concurrence de la juste valeur marchande à l'époque du mariage des biens originaux mentionnés au paragraphe (1).

(3) Sauf application du paragraphe (4), sont exclus du partage prévu à la présente partie les biens matrimoniaux, sauf le foyer conjugal ou les objets ménagers, qui consistent en

a) des dommages-intérêts en matière de responsabilité délictuelle accordés à un époux par jugement ou règlement à moins qu'ils ne constituent une indemnisation pour une perte subie par les deux époux,

b) une somme payée ou payable en vertu d'une police d'assurance qui ne vise pas des biens, à moins que le produit de l'assurance ne vise à indemniser une perte subie par les deux époux,

c) des biens acquis après un jugement conditionnel de divorce, une déclaration de nullité de mariage ou un jugement en séparation rendu à l'égard des époux,

d) des biens acquis par suite d'un échange des biens mentionnés au présent paragraphe,

e) une augmentation de valeur des biens mentionnés au présent paragraphe et des revenus tirés desdits biens et des biens acquis par un des époux grâce à ce revenu ou à cette augmentation de valeur.

(4) Lorsqu'elle est convaincue qu'il ne serait ni juste ni équitable d'exclure des biens du partage, la cour peut rendre toute ordonnance qu'elle estime juste et équitable à l'égard des biens matrimoniaux mentionnés au présent article.

(5) Lorsqu'elle rend une ordonnance en vertu du présent article, la cour doit tenir compte

a) de tous les sujets mentionnés aux alinéas 21(2)a) à p),

b) des contributions, sous quelque forme que ce soit, faites par les époux à leur vie commune, aux enfants ou aux biens avant leur mariage;

c) des contributions financières ou sous quelque autre forme que ce soit par l'un des époux directement ou indirectement en vue de l'acquisition, de l'aliénation, de la conservation, de l'entretien, de l'amélioration de l'exploitation, de la gestion ou de l'usage d'un bien mentionné au présent article,

(d) the amount of other property available for distribution;

(e) any other relevant fact or circumstance.

(6) All matrimonial property is presumed to be shareable unless it is established to the satisfaction of the court that it is property mentioned in this section.

The respondent, while not disputing the determination by the trial judge of the market value of his pre-marital exemption, contended that the exemption provided under s. 23 is not exhaustive as far as the pre-marital assets are concerned but leaves it open for the court in order to achieve a fair and equitable result to take into account the factors listed in s. 21(2). It is the asserted existence of such a discretionary power that is relied upon to justify the application in this case of the so called Capital Base Theory. *Werner v. Werner, supra*, decided by Johnson C.J.Q.B., was the first case to enunciate and apply the Capital Base Theory. It is difficult to say how much the wife's share was diminished by the application of the theory, since other factors relating to the husband's having custody of the children were also influential in the distribution. The significance of the theory was made clear, however, in the statement at p. 335, that:

In circumstances such as the ones found in this case, I think it is fair and equitable that the court recognize that prior to the marriage the husband had acquired a substantial interest in farm land which formed the capital base for the farming operation in which he and his wife were engaged after their marriage. The distribution of the matrimonial property for this one reason alone must be weighted in his favour.

In the result, the wife received thirty-five per cent of the divisible property.

Johnson C.J.Q.B. again applied the Capital Base Theory in *Evenson, supra*, saying, at p. 53:

In the case at bar, at the time of the marriage the husband was the owner of personal and real property which had a gross value of at least \$58,335.00. Debts attributable to the acquisition of that property amounted to \$10,800.00. In other words, the debts were somewhat less than 20% of the gross value of the assets so that at the time of the marriage the husband owned

d) de la valeur des autres biens à partager,

e) de tout autre fait ou circonstance pertinent.

(6) Tous les biens matrimoniaux sont présumés susceptibles de partage à moins qu'il ne soit établi, à la satisfaction de la cour, qu'il s'agit d'un bien mentionné au présent article.

Sans contester l'estimation de la valeur marchande de ses biens propres faite par le juge de première instance, l'intimé a soutenu que l'exclusion prévue à l'art. 23 n'est pas exhaustive en ce qui concerne les propres, mais permet à la cour de tenir compte des facteurs mentionnés au par. 21(2) afin d'arriver à une ordonnance juste et équitable. On s'appuie sur l'existence alléguée d'un pouvoir discrétionnaire qui justifierait l'application en l'espèce de la théorie du capital de départ. L'arrêt *Werner v. Werner*, précité, rendu par le juge en chef Johnson de la Cour du Banc de la Reine, fut le premier à énoncer et à appliquer la théorie du capital de départ. Il est difficile de dire dans quelle mesure on a diminué la part de l'épouse en raison de l'application de cette théorie, puisque d'autres facteurs liés au fait que le mari avait la garde des enfants ont également eu une influence sur le partage. L'importance de la théorie est cependant clairement exprimée dans l'énoncé suivant à la p. 335:

[TRADUCTION] Dans les circonstances de l'espèce, je crois qu'il est juste et équitable que la cour tienne compte de ce qu'avant le mariage, le mari avait acquis une part importante des terres agricoles qui ont constitué le capital de départ de l'établissement agricole que lui et sa femme ont exploité après leur mariage. Pour ce motif précis, le partage des biens matrimoniaux doit favoriser le mari.

En définitive, l'épouse a reçu trente-cinq pour cent des biens partageables.

Le juge en chef Johnson a de nouveau appliqué la théorie du capital de départ dans l'arrêt *Evenson*, précité, dans les termes suivants, à la p. 53:

[TRADUCTION] En l'espèce, à l'époque du mariage, le mari possédait des biens meubles et immeubles d'une valeur brute d'au moins 58 335 \$. Les dettes imputables à l'acquisition de ces biens s'élevaient à 10 800 \$. En d'autres termes, les dettes constituaient un peu moins de 20 p. 100 de la valeur brute des biens de sorte qu'à l'époque du mariage, le mari possédait environ 80 p. 100

about 80% of the assets which he brought into the marriage. The assets which the husband owned at the time of the marriage formed the capital base from which he has been able to acquire the assets which he presently owns. While it is true that the wife has assisted in the acquisition of the matrimonial home and in the support and maintenance of the family down through the years, I think it must be acknowledged fairly that it was the husband's ownership of the capital base which made the farming operation a success.

Out of net divisible assets fixed at approximately \$300,000 the wife was awarded \$100,000. As in *Werner*, it is difficult to determine precisely how much of the reduction of the wife's distributive share was attributable to the Capital Base Theory as other factors bore on the distribution. Capital Base reasoning has since been applied in several reported trial decisions: *Johnson v. Johnson* (1981), 22 R.F.L. (2d) 262; *Bateman v. Bateman* (1981), 22 R.F.L. (2d) 384; *Prayda v. Prayda* (1982), 20 Sask. R. 442.

In my opinion, the Court of Appeal erred in law in invoking the Capital Base Theory to reduce the appellant's distributive share of the matrimonial property. The theory is premised on the special contribution made by a spouse who brings into the marriage assets that appreciate in value and by their existence permit the acquisition of further assets. As has been mentioned, however, contribution to the growth of assets after the marriage is presumed to be equal and the proceeds therefrom to be equally divisible. Contribution of assets owned before the marriage is governed by s. 23 and the exemption is limited to the fair market value of the contribution at the date of the marriage. It is evident at once that the Capital Base Theory as applied in the case at bar depends upon the attribution to the pre-marital contribution of the husband of a value greater than that permitted under s. 23. A reading of the section makes it clear that spousal contributions are valued at their fair market value at the date of the marriage, and any discretionary powers vested in the court by subss. (4) and (5) of s. 23 are only relevant in determining whether it is unfair and inequitable to exempt property from distribution. They do not provide a power to exempt more than fair market value at

des biens qu'il apportait en mariage. Les biens dont le mari était le propriétaire au moment du mariage ont formé le capital de départ qui lui a permis d'acquérir les biens dont il est présentement propriétaire. Bien qu'il soit vrai que son épouse l'a aidé à acquérir le foyer conjugal et à entretenir la famille pendant toutes ces années, je crois qu'il faut, pour être juste, reconnaître que c'est le fait que le mari était propriétaire du capital de départ qui a permis à l'exploitation agricole de prospérer.

De la masse nette partageable des biens évalués à environ 300 000 \$, l'épouse a reçu 100 000 \$. Comme dans l'affaire *Werner*, il est difficile d'établir précisément quelle proportion de la diminution de la part de l'épouse était attribuable à la théorie du capital de départ puisque d'autres facteurs ont également eu un effet sur le partage. La théorie du capital de départ a depuis été appliquée dans plusieurs décisions de première instance publiées: *Johnson v. Johnson* (1981), 22 R.F.L. (2d) 262; *Bateman v. Bateman* (1981), 22 R.F.L. (2d) 384; *Prayda v. Prayda* (1982), 20 Sask. R. 442.

À mon avis, la Cour d'appel a commis une erreur de droit en invoquant la théorie du capital de départ pour réduire la part des biens matrimoniaux revenant de l'appelante. La théorie est fondée sur l'apport spécial de biens par l'un des époux lors du mariage, biens dont la valeur augmentent et dont l'existence permet d'acquérir d'autres biens. Toutefois, comme je l'ai déjà mentionné, la contribution à l'augmentation des biens après le mariage est présumée égale et les fruits qui en proviennent sont présumés partageables également. L'apport de biens possédés avant le mariage est régi par l'art. 23 et l'exemption se limite à leur juste valeur marchande à l'époque du mariage. Il est manifeste à première vue que la théorie du capital de départ appliquée à l'espèce dépend de l'attribution, aux propres du mari, d'une valeur plus grande que celle que l'art. 23 permet. L'article dit clairement que la contribution de chacun des époux est évaluée à sa juste valeur marchande à l'époque du mariage et tout pouvoir discrétionnaire accordé à la cour en vertu des par. 23(4) et (5) ne s'applique que s'il n'est ni juste ni équitable d'exempter ces biens du partage. Ils n'accordent pas le pouvoir d'exclure plus que la juste valeur marchande à l'époque du mariage. On

the time of the marriage. Nor, in my view, can s. 21(2)(q) be resorted to for this purpose. To do so would be to permit this general 'catch-all' paragraph to defeat the specific limitation on the exemption permitted under s. 23. Moreover, the Capital Base Theory seems to me to be wholly incompatible with the statutory presumption of equal distribution subject to a finite set of exemptions which characterizes the legislation. It follows from what I have said that I would resolve the first issue in favour of the appellant.

I now turn to the question of the interest rate fixed by the trial judge on the lump sum payable as part of the wife's distributive share. The trial judge made the award in these words:

The respondent shall pay \$60,050 to the applicant before August 15, 1981 failing which interest shall accrue on that sum from this date until the date of payment at the rate of twenty-two per cent per annum.

He appears to have fixed the rate in an attempt to equal the commercial rate at the time, although there is no evidence on this point in the record. In the Court of Appeal the interest rate was reduced without reasons to five per cent. Section 26(1)(b)(i) gives the trial judge the discretion to impose interest in order to effect the distribution. It provides:

26.—(1) The court, in order to effect a distribution under this part, may

(b) make any order that it considers fit in the circumstances whether or not it affects title to matrimonial property, and, without limiting the generality of the foregoing, the court may:

(i) order a spouse to pay money in a lump sum or over a period of time, with or without interest, or vest an interest in any matrimonial property in the other spouse;

That provision must, however, be read in the light of the *Interest Act*, R.S.C. 1970, c. I-18, which deals with the rate of interest on judgment debts in Saskatchewan as well as other western provinces and northern territories. It is, in my opinion, clear that the lump sum payment awarded to the wife in the case at bar is a "judgment debt" within the

ne peut pas non plus, à mon sens, invoquer l'al. 21(2)q) à cette fin. Le faire équivaudrait à utiliser cet alinéa «fourre-tout» pour contourner une restriction précise quant aux exemptions permises en vertu de l'art. 23. De plus, la théorie du capital de départ me paraît tout à fait contraire à la présomption exprimée par la Loi d'égalité du partage sous réserve d'un nombre limité d'exemptions, égalité qui est une caractéristique de la Loi. Pour ces motifs, je suis d'avis de trancher la première question en faveur de l'appelante.

Passons maintenant à la question du taux d'intérêt fixé par le juge de première instance sur la somme globale payable à l'épouse comme soule du partage. Le juge de première instance s'est prononcé dans les termes suivants:

[TRADUCTION] L'intimé paiera 60 050 \$ à la requérante avant le 15 août 1981, à défaut de quoi ladite somme portera intérêt à compter de cette date jusqu'au moment du paiement au taux de vingt-deux pour cent l'an.

Il semble avoir voulu établir un taux qui équivaille au taux commercial de l'époque, bien qu'il n'y ait pas d'élément de preuve à ce sujet dans le dossier. La Cour d'appel a réduit le taux d'intérêt à cinq pour cent sans donner de motifs. L'alinéa 26(1)b)(i) accorde au juge de première instance le pouvoir discrétionnaire d'imposer des intérêts pour réaliser le partage. L'alinéa prévoit:

[TRADUCTION] 26.—(1) Pour réaliser un partage en vertu de la présente partie, la cour peut

b) rendre toute ordonnance qu'elle juge appropriée dans les circonstances, que l'ordonnance modifie ou non le titre de propriété à l'égard des biens matrimoniaux et, sans limiter la généralité de ce qui précède, la cour peut

(i) ordonner à l'un des époux de payer une somme globale échelonnée sur une période de temps, avec ou sans intérêt, ou attribuer un droit de propriété sur tout bien matrimonial à l'autre époux, . . .

Il faut toutefois interpréter cette disposition en fonction de la *Loi sur l'intérêt*, S.R.C. 1970, chap. I-18, qui régit le taux d'intérêt sur les sommes dues en vertu d'un jugement en Saskatchewan ainsi que dans les autres provinces de l'Ouest et les territoires du Nord. À mon avis, il est manifeste que le paiement de la somme globale accordée à

meaning of s. 15 of the *Interest Act*, which provides:

15. Any sum of money or any costs, charges or expenses made payable by or under any judgment, decree, rule or order of any court whatever in any civil proceeding shall for the purposes of this Act be deemed to be a judgment debt.

Section 13 of the Act fixes interest on "judgment debts" at five per cent per annum until satisfied and thus it follows that the Court of Appeal was correct in reducing the rate on the cash award to five per cent.

For the foregoing reasons, I would allow the appeal and restore the judgment at trial, subject to the increase in the wife's lump sum payment to \$65,050 and the reduction in the interest rate on that payment to five per cent per annum. In view of the divided success of this appeal, the parties will each bear their own costs.

*Appeal allowed in part.*

*Solicitors for the appellant: Shumiatcher-Fox, Regina.*

*Solicitors for the respondent: McDougall, Ready, Wakeling, Regina.*

l'épouse en l'espèce est une somme due en vertu d'un jugement au sens de l'art. 15 de la *Loi sur l'intérêt*, qui prescrit:

15. Toute somme d'argent, ou les frais, charges ou dépens déclarés payables en vertu d'un jugement, d'un décret, d'une règle ou d'une ordonnance d'une cour quelconque en matière civile sont, pour les fins de la présente loi, réputés une somme due en vertu d'un jugement.

L'article 13 de la Loi établit l'intérêt sur les sommes dues en vertu d'un jugement à cinq pour cent l'an jusqu'à paiement et il s'ensuit donc que la Cour d'appel a eu raison de réduire à cinq pour cent le taux d'intérêt sur la somme accordée.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de rétablir le jugement de première instance, sous réserve de l'augmentation à 65 050 \$ de la somme globale payable à l'épouse et de la réduction du taux d'intérêt à cinq pour cent l'an sur cette somme. Puisque l'issue du pourvoi est partagée, les parties paieront chacune leurs propres dépens.

*Pourvoi accueilli en partie.*

*Procureurs de l'appelante: Shumiatcher-Fox, Regina.*

*Procureurs de l'intimé: McDougall, Ready, Wakeling, Regina.*

**André Chiasson** *Appellant*;

and

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

File No.: 17085.

1984: March 13; 1984: May 3.

Present: Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEW BRUNSWICK

*Constitutional law — Validity of legislation — Paramountcy — Provincial legislation creating offence of careless hunting — Discharge of a firearm without due care — Whether provincial legislation ultra vires or inoperative — Fish and Wildlife Act, 1980 (N.B.), c. F-14.1, s. 50 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 (as amended by 1976-77 (Can.), c. 53, s. 3), s. 84(2).*

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1982), 39 N.B.R. (2d) 631, 103 A.P.R. 631, 135 D.L.R. (3d) 499, 66 C.C.C. (2d) 195, 27 C.R. (3d) 361, allowing the Crown's appeal from a judgment of Stevenson J. of the Court of Queen's Bench (1981), 36 N.B.R. (2d) 361, 94 A.P.R. 361, 128 D.L.R. (3d) 74, 62 C.C.C. (2d) 504, upholding a decision of Perusse Prov. Ct. J. finding that s. 50 of the *Fish and Wildlife Act* of New Brunswick was *ultra vires* the Province. Appeal dismissed.

*François Angers* and *Gary McLaughlin*, for the appellant.

*Keith McCormick*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—The constitutional question to be answered in this appeal is as follows:

Is Section 50(1) of the *Fish and Wildlife Act*, Statutes of New Brunswick, 1980, Chapter F-14.1 which creates an offence of careless hunting, *ultra vires* the Legislature of the Province of New Brunswick or inoperative to any extent by virtue of Section 84(2) of the *Criminal Code* of Canada, as enacted by the Statutes of Canada 1976-7, Chapter 53, Section 3?

**André Chiasson** *Appelant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

<sup>a</sup> N° du greffe: 17085.

1984: 13 mars; 1984: 3 mai.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

*Droit constitutionnel — Validité de la loi — Prépondérance — Loi provinciale créant l'infraction dite de négligence à la chasse — Décharge d'une arme à feu sans le soin et l'attention nécessaires — La disposition provinciale est-elle inconstitutionnelle ou inopérante? — Loi sur la pêche sportive et la chasse, 1980 (N.-B.), chap. F-14.1, art. 50 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 (modifié par 1976-77 (Can.), chap. 53, art. 3), art. 84(2).*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1982), 39 N.B.R. (2d) 631, 103 A.P.R. 631, 135 D.L.R. (3d) 499, 66 C.C.C. (2d) 195, 27 C.R. (3d) 361, qui a accueilli l'appel interjeté par Sa Majesté à l'encontre d'une décision du juge Stevenson de la Cour du Banc de la Reine (1981), 36 N.B.R. (2d) 361, 94 A.P.R. 361, 128 D.L.R. (3d) 74, 62 C.C.C. (2d) 504, qui confirmait une décision du juge Perusse de la Cour provinciale selon laquelle l'art. 50 de la *Loi sur la pêche sportive et la chasse* du Nouveau-Brunswick est *ultra vires* de la province. Pourvoi rejeté.

*François Angers* et *Gary McLaughlin*, pour l'appelant.

<sup>h</sup> *Keith McCormick*, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—La question constitutionnelle à laquelle il faut répondre en l'espèce est la suivante:

<sup>i</sup> Le paragraphe 50(1) de la *Loi sur la pêche sportive et la chasse*, Lois du Nouveau-Brunswick, 1980, chap. F-14.1, qui crée une infraction dite de négligence à la chasse, est-il *ultra vires* de la législature de la province du Nouveau-Brunswick ou est-il dans quelque mesure inopérant par application du par. 84(2) du *Code criminel* du Canada, promulgué dans les Statuts du Canada 1976-77, chap. 53, art. 3?

It is the unanimous opinion of the Court that the constitutional question should be answered in the negative, and that accordingly, this appeal should be dismissed, for the reasons given by the Honourable Mr. Justice LaForest in the Court of Appeal of New Brunswick. In so doing, the Court does not reach any conclusion with reference to the constitutional qualities of s. 104(2)(c) or the effect, if any, of that provision upon the constitutional standing of s. 50(1). It was only in oral argument before this Court that reference was made to s. 104(2)(c) of the statute as support for an attack on the constitutionality of s. 50(1).

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Angers & McLaughlin, Edmundston.*

*Solicitor for the respondent: Keith McCormick, Fredericton.*

La Cour, à l'unanimité, est d'avis que la question constitutionnelle doit recevoir une réponse négative et, partant, le pourvoi doit être rejeté pour les motifs donnés par le juge LaForest en Cour d'appel du Nouveau-Brunswick. Ce faisant, la Cour ne statue aucunement sur la constitutionnalité de l'al. 104(2)c), ni sur l'effet, le cas échéant, de cette disposition sur la constitutionnalité du par. 50(1). C'est seulement lors des plaidoiries orales devant cette Cour que mention de l'al. 104(2)c) de la Loi a été faite pour appuyer la contestation de la constitutionnalité du par. 50(1).

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appellant: Angers & McLaughlin, Edmundston.*

*Procureur de l'intimée: Keith McCormick, Fredericton.*







---

Canada  
Supreme Court  
Reports

Recueil des arrêts  
de la Cour suprême  
du Canada

Part 3, 1984 Vol. 1

3<sup>e</sup> cahier, 1984 Vol. 1

Cited as [1984] 1 S.C.R. 269-386

Renvoi [1984] 1 R.C.S. 269-386

---



**SUPREME COURT OF CANADA SCHEDULE —  
CALENDRIER DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA  
1985**

**JANUARY - JANVIER**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
		1	2	3	4	5
6	7	8	9	10	11	12
13	14	15	16	17	18	19
20	21	22	23	24	25	26
27	28	29	30	<input checked="" type="checkbox"/>		

**FEBRUARY - FÉVRIER**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
					1	2
3	4	5	6	7	8	9
10	11	12	13	14	15	16
17	18	19	20	<input checked="" type="checkbox"/>	22	23
24	25	26	27	28		

**MARCH - MARS**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
					1	2
3	4	5	6	7	8	9
10	11	12	13	<input checked="" type="checkbox"/>	15	16
17	18	19	20	21	22	23
24	25	26	27	28	29	30
31						

**APRIL - AVRIL**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
	1	2	3	<input checked="" type="checkbox"/>	5	6
7	8	9	10	11	12	13
14	15	16	17	18	19	20
21	22	23	24	25	26	27
28	29	30				

**MAY - MAI**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
			1	<input checked="" type="checkbox"/>	3	4
5	6	7	8	9	10	11
12	13	14	15	16	17	18
19	20	21	22	<input checked="" type="checkbox"/>	24	25
26	27	28	29	30	31	

**JUNE - JUIN**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
						1
2	3	4	5	6	7	8
9	10	11	12	<input checked="" type="checkbox"/>	14	15
16	17	18	19	20	21	22
23	24	25	26	<input checked="" type="checkbox"/>	28	29
30						

**JULY - JUILLET**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
	1	2	3	4	5	6
7	8	9	10	11	12	13
14	15	16	17	18	19	20
21	22	23	24	25	26	27
28	29	30	31			

**AUGUST - AOÛT**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
				1	2	3
4	5	6	7	8	9	10
11	12	13	14	15	16	17
18	19	20	21	22	23	24
25	26	27	28	29	30	31

**SEPTEMBER - SEPTEMBRE**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
1	2	3	4	5	6	7
8	9	10	11	12	13	14
15	16	17	18	19	20	21
22	23	24	25	26	27	28
29	30					

**OCTOBER - OCTOBRE**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
		1	2	3	4	5
6	7	8	9	<input checked="" type="checkbox"/>	11	12
13	14	15	16	17	18	19
20	21	22	23	24	25	26
27	28	29	30	<input checked="" type="checkbox"/>		

**NOVEMBER - NOVEMBRE**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
					1	2
3	4	5	6	7	8	9
10	11	12	13	14	15	16
17	18	19	20	<input checked="" type="checkbox"/>	22	23
24	25	26	27	28	29	30

**DECEMBER - DÉCEMBRE**

D	L	M	M	J	V	S
S	M	T	W	T	F	S
1	2	3	4	5	6	7
8	9	10	11	12	13	14
15	16	17	18	<input checked="" type="checkbox"/>	20	21
22	23	24	25	26	27	28
29	30	31				

Hearing of appeal days:  
Journées d'audition de pourvoi:



Motion days:  
Journées de requête:



Holidays:  
Vacances:



Judgment days:  
Journées de jugement:





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

Editor in Chief  
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor  
RICHARD BERBERI

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
MARIELLE BEAULIEU  
BARBARA LONG

*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, 1984.

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

Arrêtiste en chef  
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Réviseur  
RICHARD BERBERI

Adjointes à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
MARIELLE BEAULIEU  
BARBARA LONG

*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, 1984.

## CONTENTS

**Hartel Holdings Co. Ltd. v. Council of the City of Calgary** ..... 337

Municipal law — Zoning — Statutory plans — Expropriation — Land reserved by plans for park — Zoning preventing planned development — Given intention to create park, whether or not municipality forced to expropriate under s. 70(1) of The Planning Act, 1977 — The Planning Act, 1977 (Alta.), c. 89 (now R.S.A. 1980, c. P-9), ss. 1(14), 45(1), 46, 53, 59(1), 61, 62(2), 65(a),(d), 66, 67(2),(5), 68, 69(1),(2), 70, 83(3).

**Law Society of Upper Canada v. Skapinker** ..... 357

Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights as related to work — Membership in Ontario bar restricted to Canadian citizens or other British subjects — Whether or not s. 6(2)(b) of Charter created right to work unrelated to interprovincial mobility rights — Whether or not requirement contravened Charter and hence of no force or effect — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6(2)(a),(b), (3) — Law Society Act, R.S.O. 1980, c. 233, s. 28(c).

Constitutional law — Interpretation — Cross-headings — Role and importance to be accorded cross-headings in interpreting subsequent sections.

**National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union et al.** ..... 269

Labour relations — Successor rights — Merger of two bank branches — Sale of business — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1 (am. by 1972 (Can.)), c. 18, s. 1), s. 144.

Labour relations — Unfair practices — Power of remedy — No relation between offences and certain remedies — Whether the Canada Labour Relations Board exceeded its jurisdiction — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 184(1)(a)

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

**Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce et autre** ..... 269

Relations de travail — Droit du successeur — Fusion de deux succursales bancaires — Vente d'entreprise — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1 (mod. par 1972 (Can.), chap. 18, art. 1), art. 144.

Relations de travail — Pratiques déloyales — Pouvoir de redressement — Aucun rapport entre infractions et certains remèdes — Le Conseil canadien des relations du travail a-t-il excédé sa compétence? — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 184(1)a) [1972 (Can.), chap. 18, art. 1], 184(3)a) [1972 (Can.), chap. 18, art. 1; 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 65], 189 [1972 (Can.), chap. 18, art. 1; 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 68] — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2.

**Hartel Holdings Co. Ltd. c. Ville de Calgary** ..... 337

Droit municipal — Zonage — Plans légaux — Expropriation — Plans mettant en réserve un terrain pour la création d'un parc — Zonage empêchant l'aménagement projeté — Vu son intention de créer un parc, la municipalité est-elle tenue d'exproprier en vertu de l'art. 70(1) de The Planning Act, 1977? — The Planning Act, 1977 (Alb.), chap. 89 (actuellement R.S.A. 1980, chap. P-9), art. 1(14), 45(1), 46, 53, 59(1), 61, 62(2), 65a)d), 66, 67(2),(5), 68, 69(1),(2), 70, 83(3).

**Law Society of Upper Canada c. Skapinker** ..... 357

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement en matière de travail — Adhésion au barreau de l'Ontario limitée aux citoyens canadiens ou autres sujets britanniques — L'article 6(2)b) de la Charte crée-t-il un

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

[1972 (Can.), c. 18, s. 1], 184(3)(a) [1972 (Can.), c. 18, s. 1; 1977-78 (Can.), c. 27, s. 65], 189 [1972 (Can.), c. 18, s. 1; 1977-78 (Can.), c. 27, s. 68] — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2.

### **R. v. Garlow** ..... 386

Criminal law — Attempt to break and enter with intent to commit an indictable offence — Trial judge unable to find what specific indictable offence accused intended to commit — Proof of intent to commit a specific indictable offence necessary for conviction — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 306(1)(a), 306(2).

### **Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act** ..... 297

Constitutional law — Validity of provincial legislation — Legislation providing for reversion to province of ownership and control of certain water within the province — Expropriation of company's assets — Whether legislation impairing status and essential powers of federally-incorporated company — Whether legislation interfering with civil rights outside Province — The Upper Churchill Water Rights Reversion Act, 1980 (Nfld.), c. 40.

Evidence — Constitutional law — Validity of legislation — Admissibility of extrinsic evidence.

## SOMMAIRE (Fin)

droit au travail indépendant de la liberté de circulation et d'établissement dans toute province? — L'exigence viole-t-elle la Charte et est-elle donc inopérante? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6(2)a),b), (3) — Law Society Act, R.S.O. 1980, chap. 233, art. 28c).

Droit constitutionnel — Interprétation — Rubriques — Rôle et importance à accorder aux rubriques dans l'interprétation des articles qui les suivent.

### **R. c. Garlow** ..... 386

Droit criminel — Tentative d'introduction par effraction dans l'intention de commettre un acte criminel — Le juge du procès n'a pu déterminer quel acte criminel l'accusé a eu l'intention de commettre — La preuve de l'intention de commettre un acte criminel déterminé est nécessaire à la déclaration de culpabilité — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 306(1)a), 306(2).

### **Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act** ..... 297

Droit constitutionnel — Validité d'une loi provinciale — Loi prévoyant la rétrocession à la province de la propriété et du contrôle de certaines eaux situées dans la province — Expropriation des biens d'une compagnie — La Loi porte-t-elle atteinte au statut et aux pouvoirs essentiels d'une compagnie à charte fédérale? — La Loi empiète-t-elle sur des droits civils à l'extérieur de la province? — The Upper Churchill Water Rights Reversion Act, 1980 (T.-N.), chap. 40.

Preuve — Droit constitutionnel — Validité d'une loi — Recevabilité d'éléments de preuve extrinsèques.

**National Bank of Canada** *Appellant;*

and

**Retail Clerks' International Union**  
*Respondent;*

and

**Canada Labour Relations Board** *Respondent.*

File No.: 17019.

1983: November 30, December 1; 1984: May 3.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL

*Labour relations — Successor rights — Merger of two bank branches — Sale of business — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1 (am. by 1972 (Can.), c. 18, s. 1), s. 144.*

*Labour relations — Unfair practices — Power of remedy — No relation between offences and certain remedies — Whether the Canada Labour Relations Board exceeded its jurisdiction — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 184(1)(a) [1972 (Can.), c. 18, s. 1], 184(3)(a) [1972 (Can.), c. 18, s. 1; 1977-78 (Can.), c. 27, s. 65], 189 [1972 (Can.), c. 18, s. 1; 1977-78 (Can.), c. 27, s. 68] — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2.*

The National Bank of Canada, which was created by the merger of the Provincial Bank and the Canadian National Bank, as part of its reorganization program closed a unionized branch of the Provincial Bank and incorporated it in a non-unionized branch of the Canadian National Bank. Pursuant to a complaint by respondent Union, which held a certificate of certification to represent the employees of the branch which was closed, the Canada Labour Relations Board held that the integration of the two branches constituted a sale of a business within the meaning of s. 144 of the *Canada Labour Code*.

Further the Board also found that the Bank had taken its decision for anti-union reasons and had infringed s. 184(1)(a) and (3)(a) of the Code. To correct the situation the Board, in accordance with s. 189, made an order imposing various remedies, in particular remedy No. 6, concerning the creation by the Bank of a trust fund to promote the objectives of the Code among all its

**Banque Nationale du Canada** *Appelante;*

et

**Union internationale des employés de commerce** *Intimée;*

et

**Conseil canadien des relations du travail**  
*Intimé.*

N° du greffe: 17019.

1983: 30 novembre, 1<sup>er</sup> décembre; 1984: 3 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Relations de travail — Droit du successeur — Fusion de deux succursales bancaires — Vente d'entreprise — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1 (mod. par 1972 (Can.), chap. 18, art. 1), art. 144.*

*Relations de travail — Pratiques déloyales — Pouvoir de redressement — Aucun rapport entre infractions et certains remèdes — Le Conseil canadien des relations du travail a-t-il excédé sa compétence? — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 184(1)(a) [1972 (Can.), chap. 18, art. 1], 184(3)(a) [1972 (Can.), chap. 18, art. 1; 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 65], 189 [1972 (Can.), chap. 18, art. 1; 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 68] — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2.*

La Banque Nationale du Canada, née de la fusion de la Banque Provinciale et de la Banque Canadienne Nationale, a, dans le cadre de son programme de réorganisation, fermé une succursale syndiquée de la Banque Provinciale pour l'intégrer à une succursale non syndiquée de la Banque Canadienne Nationale. Suite à une plainte de l'Union intimée, qui détenait un certificat d'accréditation pour représenter les employés de la succursale qui a été fermée, le Conseil canadien des relations du travail a décidé que l'intégration des deux succursales constituait une vente d'entreprise au sens de l'art. 144 du *Code canadien du travail*.

Le Conseil a en outre constaté que la Banque avait pris sa décision pour des motifs anti-syndicaux et qu'elle avait violé les al. 184(1)(a) et (3)(a) du Code. Pour remédier à la situation, le Conseil a émis, en vertu de l'art. 189, une ordonnance imposant divers remèdes notamment le remède n° 6 relatif à la création par la Banque d'un fonds en fidéicommiss afin de promouvoir

employees, and remedy No. 5, concerning the sending to all Bank employees by the president of a letter written by the Board, informing them of its decision and of the creation of the fund.

On appeal, the Federal Court of Appeal dismissed the Bank's application for judicial review, holding that there had not been any excess of jurisdiction. Hence this appeal, to determine whether the Board exceeded its jurisdiction, first, by deciding that the integration of the two branches constituted a sale, and second, by ordering remedies Nos. 5 and 6.

*Held:* The appeal should be allowed in part.

*Per curiam:* The Canada Labour Relations Board did not exceed its jurisdiction by ruling that the integration of the two branches constituted a sale within the meaning of s. 144 of the Code. Under subsection (5) of that section, the Board clearly had jurisdiction to determine this question, and its interpretation did not seem to be so unreasonable that it could not be rationally supported by the relevant legislation and demanded intervention by the court upon review. The Board, however, exceeded its jurisdiction in ordering remedies Nos. 5 and 6. It was essential in connection with the power of remedy conferred by s. 189 of the Code for there to be a relation between the act alleged, its consequences and the remedy imposed. In the case at bar, there was no relation between the alleged unfair practice, its consequences and remedy No. 6. This remedy should be set aside. Remedy No. 5 should suffer the same fate, since it repeated the conclusions of remedy No. 6.

*Per Beetz, Estey, McIntyre, Lamer and Wilson JJ.:* The Canada Labour Relations Board had no power to impose punitive measures. Remedies Nos. 5 and 6 were measures of this type. Further, these remedies force the Bank and its president to do something and to write a letter which might have been misleading or untrue. This type of penalty was totalitarian and as such alien to the tradition of free nations like Canada.

*Re Hughes Boat Works Inc. and International Union, United Automobile, Aerospace, Agricultural & Implement Workers of America (UAW) Local 1620* (1979), 102 D.L.R. (3d) 661; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Re Tandy Electronics Ltd. and United Steelworkers of America* (1980), 115 D.L.R. (3d) 197, applied; *Teamsters Union Local 938 v. Massicotte*, [1982] 1 S.C.R. 710; *Westing-*

les objectifs du Code auprès de tous ses employés et le remède n° 5 relatif à l'envoi par le président de la Banque à tous ses employés d'une lettre écrite par le Conseil les informant de sa décision et de la création du fonds.

a

En appel, la Cour d'appel fédérale a rejeté la demande d'examen judiciaire de la Banque en concluant qu'il n'y a pas eu excès de compétence. D'où ce pourvoi qui vise à déterminer si le Conseil a excédé sa compétence, d'une part, en décidant que l'intégration des deux succursales constituait une vente et, d'autre part, en ordonnant les remèdes n° 5 et 6.

b

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli en partie.

c

*La Cour:* Le Conseil canadien des relations du travail n'a pas excédé sa compétence en statuant que l'intégration des deux succursales constituait une vente au sens de l'art. 144 du Code. En vertu du par. (5) de cet article, le Conseil avait clairement compétence pour trancher cette question et son interprétation n'apparaît pas déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire. Le Conseil a toutefois excédé sa compétence en ordonnant les remèdes n° 5 et 6. Il est essentiel dans le cadre du pouvoir de redressement conféré au Conseil par l'art. 189 du Code qu'il existe un rapport entre l'acte reproché, ses conséquences, et le remède imposé. En l'espèce, il n'y a aucun rapport entre la pratique déloyale reprochée, ses conséquences, et le remède n° 6. Ce remède doit donc être cassé. Le remède n° 5 doit subir le même sort puisqu'il reprend les conclusions du remède n° 6.

d

e

f

g

*Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer et Wilson:* Le Conseil canadien des relations du travail n'a pas le pouvoir d'imposer des sanctions punitives. Or, les ordonnances n° 5 et 6 sont des mesures d'une telle nature. De plus, ces ordonnances forcent la Banque et son président à poser un geste et à écrire une lettre peut-être trompeurs ou mensongers. Ce type de sanctions est totalitaire et par conséquent étranger à la tradition des pays libres comme le Canada.

h

i

*Jurisprudence:* arrêts appliqués: *Re Hughes Boat Works Inc. and International Union, United Automobile, Aerospace, Agricultural & Implement Workers of America (UAW) Local 1620* (1979), 102 D.L.R. (3d) 661; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Re Tandy Electronics Ltd. and United Steelworkers of America* (1980), 115 D.L.R. (3d) 197; arrêts examinés:

j



*house Canada Inc. v. United Electrical, Radio and Machine Workers of America, Local 504*, 80 CLLC 295; *Canada Labour Relations Board v. Halifax Longshoremen's Association*; *Canada Labour Relations Board v. Local 1764 of the International Longshoremen's Association*, [1983] 1 S.C.R. 245, considered; *Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union of North America, Local 174* (1961), 26 D.L.R. (2d) 589, distinguished; *Jarvis v. Associated Medical Services Inc.*, [1964] S.C.R. 497; *Commission des relations de travail du Québec v. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et tuyauterie des États-Unis et du Canada*, [1969] S.C.R. 466; *Attorney General of Quebec v. Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057; *Acklands Ltd. and Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580*, [1976] 1 Can LRBR 71; *Domkraft Ltée v. Syndicat national des travailleurs de papier façonné d'East Angus*, [1980] T.T. 69; *Service, Office and Retail Workers Union of Canada v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1977), 20 di 319; *R. v. Canada Labour Relations Board, Ex parte Martin*, [1966] 2 O.R. 684, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal dismissing an application for review of a decision of the Canada Labour Relations Board (1981), 42 di 352, [1982] 3 Can LRBR 1. Appeal allowed in part.

*Robert Monette and John Coleman*, for the appellant.

*Hélène LeBel and Janet Cleveland*, for the respondent the Retail Clerks' International Union.

*Michel Robert, Q.C.*, and *Luc Martineau*, for the respondent the Canada Labour Relations Board.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—These proceedings, brought in accordance with the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, followed the closing by appellant National Bank of Canada of its Maguire Street branch in Sillery and its incorporation in the Sheppard Street branch not far from the first branch.

*Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710; *Westinghouse Canada Inc. v. United Electrical, Radio and Machine Workers of America, Local 504*, 80 CLLC 295; *Conseil canadien des relations du travail c. Association des débardeurs d'Halifax*; *Conseil canadien des relations du travail c. Section locale 1764 de l'Association internationale des débardeurs*, [1983] 1 R.C.S. 245; distinction faite avec l'arrêt: *Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union of North America, Local 174* (1961), 26 D.L.R. (2d) 589; arrêts mentionnés: *Jarvis v. Associated Medical Services Inc.*, [1964] R.C.S. 497; *Commission des relations de travail du Québec v. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et tuyauterie des États-Unis et du Canada*, [1969] R.C.S. 466; *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057; *Acklands Ltd. and Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580*, [1976] 1 Can LRBR 71; *Domkraft Ltée c. Syndicat national des travailleurs de papier façonné d'East Angus*, [1980] T.T. 69; *Service, Office and Retail Workers Union of Canada c. Banque canadienne impériale de commerce* (1977), 20 di 319; *R. v. Canada Labour Relations Board, Ex parte Martin*, [1966] 2 O.R. 684.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a rejeté une demande d'examen de la décision du Conseil canadien des relations du travail (1981), 42 di 352, [1982] 3 Can LRBR 1. Pourvoi accueilli en partie.

*Robert Monette et John Coleman*, pour l'appelante.

*Hélène LeBel et Janet Cleveland*, pour l'intimée l'Union internationale des employés de commerce.

*Michel Robert, c.r.*, et *Luc Martineau*, pour l'intimé le Conseil canadien des relations du travail.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Ces procédures, prises en vertu du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, font suite à la fermeture par la Banque Nationale du Canada, appelante, de sa succursale de la rue Maguire à Sillery et de son intégration à la succursale de la rue Sheppard sise non loin de la première.

The National Bank of Canada ("the Bank") was created on November 1, 1979 by the merger of the Provincial Bank and the Canadian National Bank. There followed a long process of integrating the activities of the two institutions and reorganizing their respective operations, involving *inter alia* the combining of central services and, at the branch level, mergers, changes in function and closures. The closing of the Maguire Street branch, formerly a branch of the Provincial Bank, was part of this reorganization. The closure of this branch and its incorporation in the Sheppard Street branch, formerly a branch of the Canadian National Bank, was the solution finally adopted after several others had been considered and even decided on, only to be then rejected. For the purposes of this appeal, however, there is no need to enter into the details of the process which led to this decision. It should be noted however that whereas respondent Union ("the Union") was certified to represent employees at the Maguire Street branch, there was no such certification for the Sheppard Street branch.

On July 30, 1980 the employees of the Maguire Street branch were told at a meeting that their branch would be closed on the following September 12. This was in fact done on the 19th. On November 13 of the same year, the Bank sold the building in which the branch had been located.

On June 27, 1980 the Union was certified as bargaining agent for:

All employees of the employer working at its branch located at 1354 Maguire Avenue, Sillery, Quebec, **excluding** manager, accountant, management trainees and casuals.

On August 1, pursuant to s. 146 of the Code, the Union served on the Bank a notice to negotiate for the purpose of entering into a collective agreement.

In view of the Bank's stated intention of closing down this branch and incorporating it in the one on Sheppard Street, the Union submitted an initial complaint to the Canada Labour Relations Board

La Banque Nationale du Canada («la Banque») est née le 1<sup>er</sup> novembre 1979 de la fusion de la Banque Provinciale et de la Banque Canadienne Nationale. Il s'ensuivit un long processus d'intégration des activités de l'une et de l'autre et de réorganisation de leurs exploitations respectives comportant entre autres l'unification des services centraux et, au niveau des succursales, des fusions, changements de vocation et fermetures. C'est dans le cadre de cette réorganisation que se situe la fermeture de la succursale de la rue Maguire, une ancienne succursale de la Banque Provinciale. Cette fermeture de succursale et son intégration à la succursale de la rue Sheppard, une ancienne succursale de la Banque Canadienne Nationale, est la solution finalement adoptée après que plusieurs autres eurent été considérées et parfois même décidées pour être ensuite mises de côté. Aux fins de ce pourvoi cependant il n'est pas nécessaire d'entrer dans les détails du cheminement qui a mené à cette décision. Il convient cependant de souligner qu'alors que l'Union intimée («l'Union») détenait un certificat d'accréditation pour représenter les employés de la succursale Maguire, il n'existait aucun tel certificat se rapportant à la succursale Sheppard.

C'est le 30 juillet 1980 que les employés de la succursale Maguire furent informés au cours d'une réunion que leur succursale serait fermée le 12 septembre suivant. Elle le fut de fait le 19. Le 13 novembre de la même année la Banque vendait l'immeuble qui avait abrité cette succursale.

L'Union avait obtenu, le 27 juin 1980, un certificat d'accréditation pour représenter:

Tous les employés de l'employeur travaillant à sa succursale située au 1354, avenue Maguire, Sillery, Québec, à l'**exclusion** du directeur, du comptable, des stagiaires en formation à la direction et des employés occasionnels.

Le 1<sup>er</sup> août, l'Union adressait à la Banque, conformément à l'art. 146 du Code, une mise en demeure de négocier en vue de la conclusion d'une convention collective.

Devant la volonté exprimée par la Banque de fermer cette succursale et de l'intégrer à celle de la rue Sheppard, l'Union soumit au Conseil canadien des relations du travail («le Conseil») le 5 septem-

(“the Board”) on September 5, 1980, alleging that the Bank had failed to comply with s. 148(b) of the Code and had altered the employees’ working conditions after a notice to negotiate had been given. This complaint was dismissed by the Board on the ground that the employees had been notified of the decision to close on July 30, before the notice to negotiate was given. This decision of the Board is not at issue in this appeal.

By a letter of October 2, the Union submitted to the Board a complaint of breaches of s. 184(1)(a) and (3)(a), (b) and (c) of the Code. The Board dismissed the complaints relating to s. 184(3)(b) and (c), which are no longer at issue. However, the Board held that the Bank had infringed s. 184(1)(a) and (3)(a) and, in accordance with s. 189, it made an order imposing various remedies.

By the same letter dated October 2, 1980, the Union asked the Board to rule that the incorporation of the Maguire Street branch in the Sheppard Street branch constituted a sale of a business within the meaning of s. 144 of the Code, with the resulting consequences. On this point also, the Board upheld the Union.

The Bank then filed an application with the Federal Court of Appeal for judicial review pursuant to s. 28(1)(a) of the *Federal Court Act*. The Bank argued that the Board had exceeded its jurisdiction, first by deciding that the incorporation of the Maguire Street branch in the Sheppard Street branch constituted a sale within the meaning of s. 144, and second, by ordering some of the remedies imposed. This application was dismissed by the Federal Court of Appeal, which held that it was not persuaded that, in making the decision *a quo*, the Board had exceeded its jurisdiction.

This appeal seeks the same conclusions as the application in the Federal Court of Appeal.

#### Section 144 of the *Canada Labour Code*

That section is as follows:

**144.** (1) In this section, “business” means any federal work, undertaking or business and any part thereof;

bre 1980, une première plainte alléguant que la Banque avait fait défaut de se conformer à l’art. 148b) du Code et avait modifié les conditions de travail des employés après l’envoi d’une mise en demeure de négocier. Cette plainte a été rejetée par le Conseil au motif que la décision de fermer avait été communiquée aux employés le 30 juillet, soit avant l’envoi de la mise en demeure de négocier. Cette décision du Conseil n’est pas en cause dans ce pourvoi.

Par une lettre du 2 octobre, l’Union soumettait au Conseil une plainte d’infractions aux al. 184(1)a), 184(3)a), 184(3)b) et 184(3)c) du Code. Le Conseil a rejeté les plaintes relatives aux al. 184(3)b) et 184(3)c) qui ne sont plus en cause. Le Conseil a cependant déterminé que la Banque avait violé les al. 184(1)a) et 184(3)a) et il a émis, en vertu de l’art. 189, une ordonnance qui impose divers remèdes.

Par la même lettre du 2 octobre 1980, l’Union demandait au Conseil de déclarer que l’intégration de la succursale Maguire à la succursale Sheppard constituait une vente d’entreprise au sens de l’art. 144 du Code avec les conséquences qui en découlent. Sur ce point encore, le Conseil a donné raison à l’Union.

La Banque fit alors, auprès de la Cour d’appel fédérale, une demande d’examen judiciaire en vertu de l’al. 28(1)a) de la *Loi sur la Cour fédérale*. La Banque plaida que le Conseil avait excédé sa compétence, d’une part en décidant que l’intégration de la succursale Maguire à la succursale Sheppard constituait une vente au sens de l’art. 144 et, d’autre part, en ordonnant certains des remèdes imposés. Cette demande a été rejetée par la Cour d’appel fédérale qui a déclaré n’avoir pas été convaincue qu’en prononçant la décision attaquée, le Conseil avait excédé sa compétence.

Ce pourvoi vise les mêmes objets que la demande à la Cour d’appel fédérale.

#### L’article 144 du *Code canadien du travail*

Cet article est comme suit:

**144.** (1) Au présent article, «entreprise» désigne une entreprise fédérale et s’entend également d’une partie d’une telle entreprise;

“sell”, in relation to a business, includes the lease, transfer and other disposition of the business.

(2) Subject to subsection (3), where an employer sells his business,

(a) a trade union that is the bargaining agent for the employees employed in the business continues to be their bargaining agent;

(b) a trade union that made application for certification in respect of any employees employed in the business before the date on which the business is sold may, subject to this Part, be certified by the Board as their bargaining agent;

(c) the person to whom the business is sold is bound by any collective agreement that is, on the date on which the business is sold, applicable to the employees employed in the business; and

(d) the person to whom the business is sold becomes a party to any proceeding taken under this Part that is pending on the date on which the business was sold and that affects the employees employed in the business or their bargaining agent.

(3) Where an employer sells his business, and his employees are intermingled with employees of the employer to whom the business is sold,

(a) the Board may, on application to it by any trade union affected,

(i) determine whether the employees affected constitute one or more units appropriate for collective bargaining,

(ii) determine which trade union shall be the bargaining agent for the employees in each such unit, and

(iii) amend, to the extent the Board considers necessary, any certificate issued to a trade union or the description of a bargaining unit contained in any collective agreement;

(b) a collective agreement that affects the employees in a unit determined to be appropriate for collective bargaining pursuant to paragraph (a) that is binding on the trade union determined by the Board to be the bargaining agent for that bargaining unit continues to be binding on that trade union; and

(c) either party to a collective agreement referred to in paragraph (b) may, at any time after the sixtieth day has elapsed from the date on which the Board disposes of an application made to it under paragraph (a), apply to the Board for an order granting leave to serve on the other party a notice to bargain collectively.

«vente», relativement à une entreprise, comprend la location, le transfert et tout autre acte d'aliénation de l'entreprise.

(2) Sous réserve du paragraphe (3), lorsqu'un employeur vend son entreprise,

a) un syndicat qui est l'agent négociateur des employés travaillant dans l'entreprise demeure leur agent négociateur;

b) un syndicat qui a présenté une demande d'accréditation visant des employés travaillant dans l'entreprise avant la date de la vente peut, sous réserve de la présente Partie, être accrédité par le Conseil à titre d'agent négociateur de ces employés;

c) toute convention collective qui, à la date de la vente, est applicable aux employés travaillant dans l'entreprise lie la personne à laquelle celle-ci est vendue, et

d) la personne à laquelle l'entreprise est vendue devient partie à toute procédure en instance à la date de la vente, qui a été engagée en vertu de la présente Partie et qui concerne les employés travaillant dans l'entreprise ou leur agent négociateur.

(3) Lorsqu'un employeur vend son entreprise et que le groupe de ses employés et celui des employés de l'employeur auquel l'entreprise a été vendue sont confondus,

a) le Conseil peut, à la demande de tout syndicat concerné,

(i) décider si les employés concernés constituent une ou plusieurs unités habiles à négocier collectivement,

(ii) déterminer quel syndicat sera l'agent négociateur des employés de chacune de ces unités, et

(iii) modifier, dans la mesure où il l'estime nécessaire, tout certificat délivré à un syndicat ou la description d'une unité de négociation figurant dans une convention collective;

b) une convention collective qui concerne les employés d'une unité jugée, en application de l'alinéa a), habile à négocier collectivement et qui lie le syndicat qui, par décision du Conseil, est l'agent négociateur de cette unité de négociation, continue de lier ce syndicat; et

c) l'une des parties à une convention collective mentionnée à l'alinéa b) peut, à tout moment, passé un délai de soixante jours à partir de la date à laquelle le Conseil a statué sur une demande à lui présentée en vertu de l'alinéa a), demander à celui-ci de rendre une ordonnance l'autorisant à signifier à l'autre partie une mise en demeure de négocier collectivement.

(4) Upon application being made to it pursuant to paragraph (3)(c), the Board shall take into account the extent to which and the fairness with which the provisions of the collective agreement, particularly those dealing with seniority, have been or could be applied to all the employees to whom the collective agreement is applicable.

(5) Where any question arises under this section as to whether or not a business has been sold or as to the identity of the purchaser of a business, the Board shall determine the question.

The Bank submitted, first, that there is a prerequisite to the application of s. 144, namely the presence of two distinct employers, one the predecessor and the other the successor, that this is a preliminary question and that, according to the authorities, if the Board misinterprets the Act on this question it is assuming a jurisdiction which it does not have and its decision is subject to review. See *inter alia* *Jarvis v. Associated Medical Services Inc.*, [1964] S.C.R. 497; *Commission des relations de travail du Québec v. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et tuyauterie des États-Unis et du Canada*, [1969] S.C.R. 466; *Attorney General of Quebec v. Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057 at pp. 1073-75.

The Bank relied on a decision of the Manitoba Court of Appeal, *Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union of North America, Local 174* (1961), 26 D.L.R. (2d) 589, regarding the interpretation of s. 18(1)(c) of the *Labour Relations Act*, R.S.M. 1954, c. 132:

18. (1) A collective agreement entered into by a certified bargaining agent is, subject to and for the purposes of this Act, binding upon

(c) any new employer to whom passes the ownership of the business of an employer who has entered into the agreement or on whose behalf the agreement has been entered into.

In that case, the Court had to determine whether Parkhill Bedding, which had purchased most of the bankrupt's assets from the trustee in bankruptcy, excluding however the goodwill and accounts receivable, was bound by the collective agreement

(4) Lorsqu'une demande lui est présentée en application de l'alinéa (3)c), le Conseil doit tenir compte de la mesure dans laquelle et de l'impartialité avec laquelle les dispositions de la convention collective et plus particulièrement celles qui traitent de l'ancienneté, ont été ou pourraient être appliquées à tous les employés auxquels la convention collective est applicable.

(5) Lorsqu'une question se pose en vertu du présent article, soit de savoir si une entreprise a été vendue ou non, soit quant à l'identité de l'acheteur, elle doit être tranchée par le Conseil.

La Banque soumet en premier lieu qu'il y a une condition préalable à l'application de l'art. 144, soit la présence de deux employeurs distincts, l'un prédécesseur et l'autre successeur, qu'il s'agit là d'une question préliminaire et que suivant la jurisprudence, si le Conseil interprète erronément la loi sur cette question, il s'arroge une compétence qu'il ne possède pas et sa décision est sujette à révision. Voir notamment *Jarvis v. Associated Medical Services Inc.*, [1964] R.C.S. 497; *Commission des relations de travail du Québec v. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et tuyauterie des États-Unis et du Canada*, [1969] R.C.S. 466; *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057 aux pp. 1073 à 1075.

La Banque s'appuie sur un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba, *Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union of North America, Local 174* (1961), 26 D.L.R. (2d) 589, portant sur l'interprétation de l'al. 18(1)(c) du *Labour Relations Act*, R.S.M. 1954, chap. 132:

[TRADUCTION] 18. (1) Sous réserve et pour l'application de la présente loi, une convention collective conclue par un agent négociateur accrédité lie . . .

(c) tout nouvel employeur qui devient propriétaire de l'entreprise d'un employeur qui a signé la convention ou pour le compte duquel elle a été signée.

Il s'agissait dans cette affaire de déterminer si Parkhill Bedding, qui avait acquis du syndic à la faillite la plus grande partie des actifs de la faillie, exclusion faite notamment de l'achalandage et des comptes à recevoir, était liée par la convention

between the bankrupt and its former employees. It was held that this was a preliminary question and that the Labour Relations Board had misinterpreted the Act in ruling that Parkhill Bedding was a new employer bound by the collective agreement. The Court of Appeal affirmed the judgment of the Court of Queen's Bench which had set aside the decision of the Labour Relations Board.

In my opinion, however, when faced with a provision as clear as subs. (5) of s. 144, cited above, for which there is no equivalent in the Manitoba statute, no preliminary question is presented and there is no doubt that the Board had jurisdiction to determine the question: "(5) Where any question arises . . . as to whether or not a business has been sold . . . the Board shall determine the question".

The Divisional Court of Ontario came to the same conclusion regarding s. 55(12) of the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, c. 232, which is to the same effect as s. 144(5) of the *Canada Labour Code*. See *Re Hughes Boat Works Inc. and International Union, United Automobile, Aerospace, Agricultural & Implement Workers of America (UAW) Local 1620* (1979), 102 D.L.R. (3d) 661.

The Bank submits, secondly, that the Board's interpretation is patently unreasonable and thereby constitutes an excess of jurisdiction.

This rule referred to by the Bank was stated on behalf of this Court by Dickson J. in *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382 at p. 389:

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 embark on an inquiry or answer a question not remitted to it. If, on the other hand, a proper question is submit-

collective entre la faillie et ses anciens employés. Il fut décidé qu'il s'agissait là d'une question préliminaire et que le Labour Relations Board avait erronément interprété la loi en déclarant que Parkhill Bedding était un nouvel employeur lié par la convention collective. La Cour d'appel confirma le jugement de la Cour de Queen's Bench qui avait cassé la décision du Labour Relations Board.

Je suis d'avis cependant qu'en présence d'un texte aussi clair que le par. (5) de l'art. 144 précité, dont on ne trouve pas l'équivalent dans la loi manitobaine, il ne se pose aucune question préliminaire et il ne fait pas de doute que le Conseil avait compétence pour trancher la question: «(5) Lorsqu'une question se pose . . . de savoir si une entreprise a été vendue ou non, . . . elle doit être tranchée par le Conseil».

C'est à cette même conclusion qu'est arrivée la Cour divisionnaire de l'Ontario au sujet du par. 55(12) du *Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, chap. 232, qui est au même effet que le par. 144(5) du *Code canadien du travail*. Voir *Re Hughes Boat Works Inc. and International Union, United Automobile, Aerospace, Agricultural & Implement Workers of America (UAW) Local 1620* (1979), 102 D.L.R. (3d) 661.

La Banque soumet, en second lieu, que l'interprétation du Conseil est manifestement déraisonnable et constitue de ce fait un excès de compétence.

Ce critère auquel la Banque fait allusion a été exprimé, au nom de cette Cour, par le juge Dickson dans *Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382 à la p. 389:

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'interpréter erronément les dispositions du texte législatif de façon à entreprendre une enquête ou répondre à une

ted 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.

Applying this rule in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, Dickson J. put the question at p. 237:

... 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?

In a judgment rendered in 1980, *Re Tandy Electronics Ltd. and United Steelworkers of America* (1980), 115 D.L.R. (3d) 197, Cory J., as he then was, said on behalf of the Divisional Court at p. 210:

No matter what is the particular wording used in the decisions, the message is clear — a cautious approach must be taken by the Courts when considering whether a tribunal has lost jurisdiction as a result of something it did during the course of a hearing. The Board may well make a mistake. Unless that mistake is patently unreasonable, or so fundamentally erroneous, that it cries aloud for intervention by the reviewing Court, it should not constitute a ground for depriving the Board of the protection of the privative clause.

In the case at bar, the Board stated the basis for its decision as follows.

First, the Board stated the purpose of the legislation:

Section 144 was enacted in order to protect and ensure the permanence of bargaining rights.

The Board then noted that, in earlier cases, it had identified two criteria for determining what constitutes a sale within the meaning of s. 144:

... first, the new employer must be conducting activities to which bargaining rights are attached and, second, these activities must still be exercised within the same context. In this instance, the unionized activities of the Maguire Street branch consisted of work performed by

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.

Reprenant ce critère dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, le juge Dickson pose la question, à la p. 237:

... 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?

Dans un arrêt rendu en 1980, *Re Tandy Electronics Ltd. and United Steelworkers of America* (1980), 115 D.L.R. (3d) 197, le juge Cory, alors juge à la Cour divisionnaire de l'Ontario, s'exprime ainsi, au nom de la Cour, à la p. 210:

[TRADUCTION] Quel que soit le mode d'expression employé dans les décisions, le message est clair—les cours doivent faire preuve de circonspection en examinant si un tribunal a perdu compétence par suite d'une erreur qu'il aurait commise au cours de l'audience. Le Board peut bien commettre une erreur. Mais, à moins qu'il ne s'agisse d'une erreur manifestement déraisonnable ou à ce point grave qu'elle réclame l'intervention de la cour chargée de révision, cela ne doit pas servir de prétexte pour enlever au Board la protection de la clause privative.

Voici comment, en l'espèce, le Conseil motive sa décision.

Le Conseil énonce d'abord l'objet de la législation:

L'article 144 a été édicté afin de protéger et d'assurer la permanence des droits de négociation.

Puis, le Conseil rappelle qu'il a, dans des affaires antérieures, identifié deux critères pour que l'on puisse constater une vente au sens de l'art. 144:

... savoir qu'il fallait retrouver chez le nouvel employeur les activités auxquelles se rattachaient des droits de négociation et deuxièmement que ces activités devaient continuer de s'exercer dans le même cadre. Les activités syndiquées de la succursale Maguire dans l'es-

tellers, stenographers and intermediary clerks within the context of the operations of a bank branch. In our opinion, there is no doubt that after the Maguire Street branch was closed, the same activities exercised in the same context were continued without any interruption at the Sheppard Street branch. Moreover, a large part of the accounts of clients at the Maguire Street branch were transferred to the Sheppard Street branch.

The Board went on:

The employer claims, however, that there was no sale pursuant to the meaning of the definition in subsection 144(1) since two branches of the same Bank are involved here. As we mentioned above, we believe that the legislature enacted Section 144 of the Code because it wanted to preserve the obligatory nature of bargaining rights, among other things, certification and everything flowing therefrom, when there was any change in the identity of the employer and/or employees not affecting the context of the activities and, with even greater reason, when activities were reorganized internally or transferred within the same employer's structures. It must be remembered that bargaining rights are not attached to the person of the employer or the employees but to the activities exercised in a given context. The term "transfer", which is used in subsection 144(1), seems in fact to cover this hypothesis. In effect, we find it inconceivable that an employer conducting the same type of activities in two establishments near each other, one of which is covered by a certification certificate and the other of which is not, could claim that it is not required to respect this certification simply because it decided to amalgamate the activities of the unionized establishment with those of the non-unionized establishment. An employer certainly has the right to amalgamate for reasons of efficiency and profitability, but such an amalgamation should not penalize unionized employees when there is a continuum of work performed by the said employees within the same context. Accordingly, we find that the transfer of activities from the Maguire Street branch to the Sheppard Street branch constitutes a sale of business pursuant to Section 144, and we declare that on September 19, 1980, the Bank was bound by the certification certificate, under subsection 144(2), and is also bound by the procedures initiated by the Union, in particular the notice to bargain.

*In Acklands Ltd. and Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580*, [1976] 1 Can LRBR 71, the British Columbia Labour Relations

pèce se constituaient du travail de caissière, sténographe et commis intermédiaire dans le cadre des opérations d'une succursale bancaire. Il ne fait aucun doute, dans notre esprit, que suite à la fermeture de la succursale Maguire, les mêmes activités exercées dans le même cadre se sont continuées sans interruption à la succursale Sheppard. Une bonne partie de la présente a d'ailleurs porté sur la façon dont les comptes des clients de la rue Maguire ont été transférés à la rue Sheppard.

*b* Le Conseil poursuit:

L'employeur prétend cependant qu'il n'y a pas eu vente au sens de la définition du paragraphe 144(1) puisqu'il est ici question de deux succursales de la même Banque. Comme nous l'avons mentionné plus haut, nous sommes d'opinion que le législateur a édicté l'article 144 du Code parce qu'il voulait préserver le caractère obligatoire des droits de négociation, entre autre l'accréditation et ce qui en découle lorsqu'il était question de changement d'identité de l'employeur et/ou des employés n'affectant pas le cadre des activités, à plus forte raison c'était certes aussi son intention dans les cas de réorganisation interne ou de transferts d'activités s'effectuant au sein des structures du même employeur. Il ne faut pas oublier que les droits de négociation ne se rattachent pas à la personne de l'employeur ou des employés mais aux activités exercées dans un cadre donné. Le terme «transfert» utilisé au paragraphe 144(1) semble justement couvrir cette hypothèse. En effet, il nous semble inconcevable qu'un employeur conduisant le même type d'activités dans deux établissements situés à proximité l'un de l'autre et dont l'un est visé par une accréditation et l'autre pas puisse prétendre qu'il n'est pas tenu de respecter cette accréditation tout simplement parce qu'il a été décidé d'intégrer des activités de l'établissement «syndiqué» à l'établissement non syndiqué. Un employeur a certainement le droit de faire l'intégration pour des raisons d'efficacité et de rentabilité mais ceci ne devrait pas pénaliser les employés qui se sont syndiqués lorsqu'il y a continuité du travail accompli par les employés à l'intérieur du même cadre. Nous décidons donc que le transfert des activités de la succursale Maguire à celles de la rue Sheppard constitue une vente d'entreprise aux termes de l'article 144 et déclarons que la Banque était liée, en date du 19 septembre 1980, aux termes du paragraphe (2) de cet article par le certificat d'accréditation et est également liée par les procédures engagées par le syndicat, notamment l'avis de négociation.

*Dans une affaire de Acklands Ltd. and Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580*, [1976] 1 Can LRBR 71, le Labour Relations



Board held that for there to be a sale, lease, transfer or other disposition of a business within the meaning of s. 53 of the British Columbia *Labour Code*, there had to be two distinct legal entities and the provisions in question could not apply to a transfer within the same business.

On the other hand, in *Domkraft Ltée v. Syndicat national des travailleurs de papier façonné d'East Angus*, [1980] T.T. 69, which concerned s. 45 of the Quebec *Labour Code*, R.S.Q. 1977, c. C-27, which is the counterpart of s. 144 of the *Canada Labour Code*, Robert Auclair J. wrote that where s. 45 is concerned, the concept of an employer [TRANSLATION] "must be understood in a sense related to the concept of a business . . . which enables that section to be effective in respect of the bargaining unit". He concluded that Domkraft Ltée in Windsor was a separate employer from Domkraft Ltée in East Angus, that the first was a third party to the second, and that it was therefore a new employer within the meaning of para. 2 of s. 45 of the *Labour Code*.

In *Re Hughes Boat Works Inc.*, *supra*, the Ontario Divisional Court held that the Board had not exceeded its jurisdiction in finding that there had been a sale by the receiver of the business of an insolvent employer, one year after the latter had been terminated. Reid J. wrote, for the Court, at pp. 672-73:

Was the interpretation made of s. 55 by the Ontario Labour Relations Board unreasonable? There were two factors to which the Board made special reference. The first was the expanded meaning of the word "sale". "Sale" is used in the statute in a special sense, a much wider sense than it is ordinarily accorded. In ordinary parlance a lease is not a sale. As used in s. 55, however, sale includes lease. The inclusion of a meaning that is in a sense the very opposite to the ordinary meaning of the word "sale" suggests to me that the Legislature intended a very broad meaning indeed for the word "sale" in s. 55. This makes irrelevant a good many of the decisions relied on by applicant in which Courts were called on to interpret the word "sale" in other contexts.

Board de Colombie-Britannique a décidé que pour qu'il y ait vente, location, transfert ou autre aliénation d'une entreprise au sens de l'art. 53 du *Labour Code* de Colombie-Britannique, il fallait qu'il y ait deux entités juridiques distinctes et que les dispositions visées ne s'appliquaient pas à un transfert à l'intérieur d'une même entreprise.

Par contre, dans l'affaire *Domkraft Ltée c. Syndicat national des travailleurs de papier façonné d'East Angus*, [1980] T.T. 69, où il s'agissait de l'art. 45 du *Code du travail* du Québec, L.R.Q. 1977, chap. C-27, qui est le pendant de l'art. 144 du *Code canadien du travail*, le juge Robert Auclair écrit qu'en regard de l'art. 45, la notion d'employeur «doit donc être entendue dans un sens qui se rattache à la notion d'entreprise . . . et qui permet à cet article d'avoir son effet en regard de l'unité de négociation». Il conclut que Domkraft Ltée à Windsor était un employeur distinct de Domkraft Ltée à East Angus, que le premier constituait un tiers par rapport au dernier et qu'il était donc un nouvel employeur au sens du deuxième paragraphe de l'art. 45 du *Code du travail*.

Dans *Re Hughes Boat Works Inc.*, précité, la Cour divisionnaire de l'Ontario a jugé que le Board n'avait pas excédé sa compétence en déclarant qu'il y avait eu vente par le séquestre de l'entreprise d'un employeur insolvable, un an après que celle-ci eût été terminée. Le juge Reid écrit, au nom de la Cour, aux pp. 672 et 673:

[TRANSLATION] L'Ontario Labour Relations Board a-t-il donné à l'art. 55 une interprétation déraisonnable? Deux facteurs ont mérité une mention spéciale de la part du Board. Le premier de ceux-ci était le mot «vente» auquel la loi prête un sens particulier, d'une portée beaucoup plus vaste que son sens ordinaire. Dans la langue courante un bail n'est pas une vente. Aux fins de l'art. 55 toutefois les baux sont assimilés à des contrats de vente. Le fait qu'à l'art. 55 le mot «vente» reçoit une signification qui est en quelque sorte diamétralement opposée à son sens courant m'amène à la conclusion que le législateur a voulu donner à ce mot une portée très vaste. Cela entraîne donc l'inapplicabilité d'un bon nombre d'affaires invoquées par la requérante, où les tribunaux avaient à interpréter le mot «vente» employé dans d'autres contextes.

The second factor was the practical effect of allowing more weight to a lapse of business activity prior to a sale than to other relevant considerations.

It must be a matter of real significance to a tribunal whether a possible interpretation leads to practical or impractical consequences in the field of activity it is called on to supervise. I do not suggest that the consequence should be permitted to confute the clear meaning of a statute. Where, however, one of two possible meanings leads to consequences that a tribunal sees in the light of its experience and expertise as impractical, I see no reason why the tribunal should not reject it. Nor do I think that in the absence of a compelling body of law the Court holds a warrant for forcing it upon them.

Reid J. added a little further on:

Based, therefore, on the foregoing considerations, it seems to me that our function is not to decide whether the tribunal's interpretation is correct or incorrect in the sense that we agree with it or disagree with it. We are, in my opinion, to consider whether the interpretation was or was not patently unreasonable. In my opinion the interpretation placed upon the term "sale" can be reconciled with the statute. It is one that in the Board's opinion avoids an impractical result. It is not at odds with the law or common sense. I cannot find it to be patently unreasonable. The question whether the Board has erred so seriously as to require intervention must, therefore, be answered in the negative.

In the case at bar, the Federal Court of Appeal did not find the Board's interpretation patently unreasonable.

I concur in that view.

Bearing in mind the purpose of s. 144, to protect and ensure the permanence of bargaining rights; bearing in mind the definition of the word "business" in s. 144 of the Code, according to which "business" applies also to any part of a business; bearing in mind the definition of the word "sell", which includes "the lease, transfer and other disposition of the business"; bearing in mind the policy of the Board, which since its decision of June 10, 1977 in *Service, Office and Retail Workers Union of Canada v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1977), 20 di 319, considers that in

Le second facteur concernait les conséquences pratiques qui en découleraient si on attachait plus d'importance à la cessation des activités commerciales avant la vente qu'à d'autres considérations pertinentes.

Un tribunal ne saurait rester indifférent devant une interprétation dont les conséquences, qu'elles soient ou non pratiques, risquent de se répercuter sur les activités qu'il est appelé à surveiller. Je ne veux pas dire par là que l'on doit permettre que ces conséquences viennent réfuter le sens manifeste d'une loi. Toutefois, lorsque, sur deux interprétations possibles, l'une aura des conséquences qu'un tribunal, se fondant sur son expérience et ses connaissances dans le domaine, tient pour peu commodes, rien ne s'oppose, d'après moi, à ce que le tribunal rejette cette interprétation. J'estime d'ailleurs qu'à défaut d'une jurisprudence péremptoire, cette Cour ne peut la lui imposer.

Le juge Reid ajoute un peu plus loin:

[TRANSDUCTION] Compte tenu donc de ce qui précède, il me semble que notre tâche ne consiste pas à déterminer si l'interprétation retenue par le tribunal est la bonne en ce sens que nous l'approuvons. Selon moi, il nous appartient plutôt d'examiner si cette interprétation est ou non manifestement déraisonnable. À mon avis, l'interprétation donnée au mot «vente» en l'espèce n'est pas inconciliable avec la loi. Cette interprétation, d'après le Board, permet d'éviter un résultat peu commode. Elle ne va pas à l'encontre de la loi ni ne choque le bon sens. Je ne puis conclure qu'elle est manifestement déraisonnable. Tel étant le cas, il faut répondre par la négative à la question de savoir si le Board a commis une erreur grave au point de nécessiter notre intervention.

En l'espèce, la Cour d'appel fédérale n'a pas jugé que l'interprétation du Conseil était manifestement déraisonnable.

Je partage cet avis.

Si l'on tient compte de l'objet de l'art. 144 qui est de protéger et d'assurer la permanence des droits de négociation; si l'on tient compte de la définition du mot «entreprise» dans l'art. 144 du Code selon laquelle «entreprise» s'entend également d'une partie d'une entreprise; si l'on tient compte de la définition du mot «vente» qui comprend «la location, le transfert et tout autre acte d'aliénation de l'entreprise»; si l'on tient compte de la politique du Conseil qui, depuis sa décision du 10 juin 1977 dans *Service, Office and Retail Workers Union of Canada c. Banque canadienne*

the field of banking a branch constitutes the best unit for certification purposes, that a branch is the natural unit for employees because it is the place where they work on a regular daily basis under the supervision of the branch manager or other supervisory personnel, who also work in the branch; bearing in mind the concept that certification attaches not to the employer but to the business; and finally, bearing in mind the fact that the activities of the Sheppard Street branch are the same as those of the Maguire Street branch, and that the latter's activities will continue at the Sheppard Street branch and in the same context, the Board's interpretation does not seem to be patently unreasonable, "so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review".

The first consequence of this decision of the Board is that, as the latter indicates in the passage cited above, as a result of s. 144(2) the Bank is bound at its Sheppard Street branch by the certificate and the proceedings taken, in particular by the notice to bargain. The Union, of course, continues to exist.

In addition the Board, applying s. 144(3)(a)(iii), amended the certificate to extend it to all employees at the Sheppard Street branch and to form a unit consisting of seventeen (17) employees instead of the five (5) it consisted of at the Maguire Street branch. The bargaining unit was described as follows:

all employees of the employer working at its branch located at 1623 Sheppard Street, Sillery, Quebec, **excluding** manager, accountant, management trainees and casuals.

Breaches of s. 184(1)(a) and (3)(a) and the remedies ordered under s. 189 of the Code

The relevant portions of s. 184 are the following:

**184. (1)** No employer and no person acting on behalf of an employer shall

(a) participate in or interfere with the formation or administration of a trade union or the representation of employees by a trade union;

*impériale de commerce* (1977), 20 di 319, considère que dans le secteur bancaire la succursale constitue l'unité préférable aux fins de l'accréditation, que la succursale constitue l'unité naturelle des employés parce que c'est l'entité même où ils travaillent quotidiennement et régulièrement sous la surveillance du directeur de succursale ou d'autres responsables qui travaillent également à la succursale; si l'on tient compte du concept que l'accréditation se rattache non pas à l'employeur mais à l'entreprise; et si l'on tient compte enfin du fait que les activités de la succursale Sheppard sont les mêmes que celles de la succursale Maguire et que les activités de cette dernière doivent se continuer à la succursale Sheppard et dans le même cadre, l'interprétation du Conseil n'apparaît pas manifestement déraisonnable, «déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire».

La première conséquence de cette décision du Conseil est que, comme celui-ci le mentionne dans le passage précité, par l'effet du par. 144(2), la Banque à sa succursale Sheppard est liée par le certificat d'accréditation et par les procédures engagées, notamment par la mise en demeure de négocier. L'Union, bien entendu, subsiste.

De plus, le Conseil, en application de l'al. 144(3)a(iii), a modifié le certificat d'accréditation pour l'étendre à tous les employés de la succursale Sheppard et former une unité comprenant dix-sept (17) employés au lieu des cinq (5) qu'elle comprenait à la succursale Maguire. La nouvelle unité est ainsi décrite:

tous les employés de l'employeur travaillant à sa succursale située à 1623, rue Sheppard, Sillery, Québec, à l'**exclusion** du directeur, du comptable, des stagiaires en formation à la direction, et des employés occasionnels.

Les infractions aux al. 184(1)a) et 184(3)a) et les remèdes ordonnés en vertu de l'art. 189 du Code

Les parties pertinentes de l'art. 184 sont les suivantes:

**184. (1)** Nul employeur et nulle personne agissant pour le compte d'un employeur ne doit

a) participer à la formation ou à l'administration d'un syndicat ou à la représentation des employés par un syndicat, ni s'y ingérer;

(3) No employer and no person acting on behalf of an employer shall

(a) refuse to employ or to continue to employ or suspend, transfer, lay off or otherwise discriminate against any person in regard to employment, pay or any other term or condition of employment or intimidate, threaten or otherwise discipline any person, because the person

(i) is or proposes to become, or seeks to induce any other person to become, a member, officer or representative of a trade union or participates in the promotion, formation or administration of a trade union,

(ii) has been expelled or suspended from membership in a trade union for a reason other than a failure to pay the periodic dues, assessments and initiation fees uniformly required to be paid by all members of the trade union as a condition of acquiring or retaining membership in the trade union,

(iii) has testified or otherwise participated or may testify or otherwise participate in a proceeding under this Part,

(iv) has made or is about to make a disclosure that he may be required to make in a proceeding under this Part,

(v) has made an application or filed a complaint under this Part, or

(vi) has participated in a strike that is not prohibited by this Part or exercised any right under this Part;

The Board held that the decision to close the Maguire Street branch and merge it with the Sheppard Street branch was taken for anti-union reasons, and that this decision was designed to eliminate the Union. It was an interference with the representation of employees by a trade union: s. 184(1)(a). It also constituted intimidating or threatening employees because of their union activities: s. 184(3)(a).

The Bank no longer disputes that it committed these offences. It admits them. It was for this reason not necessary, in the statement of facts at the beginning of this opinion, to go into the details of the Bank's actions and the process which led to the closure of the Maguire Street branch.

(3) Nul employeur et nulle personne agissant pour le compte d'un employeur ne doit

a) refuser d'embaucher ou de continuer à employer ou suspendre, transférer, mettre à pied, ni autrement prendre contre une personne des mesures discriminatoires en ce qui concerne un emploi, le salaire ou autres conditions d'emploi, ni intimider, menacer ou prendre d'autres mesures disciplinaires à l'encontre d'une personne, parce que cette personne

(i) est ou se propose de devenir, ou cherche à inciter une autre personne à devenir un membre, dirigeant ou délégué d'un syndicat ou collabore au développement, à la constitution ou à l'administration d'un syndicat,

(ii) a été exclue définitivement ou temporairement d'un syndicat pour une raison autre que le défaut de paiement des cotisations périodiques, contributions et droits d'adhésion que tous les membres du syndicat sont uniformément tenus de payer pour adhérer ou rester adhérents au syndicat,

(iii) a témoigné ou peut témoigner dans une procédure prévue par la présente Partie, y a autrement participé ou peut autrement y participer,

(iv) a fait ou est sur le point de faire une divulgation qu'elle peut être requise de faire dans une procédure prévue par la présente Partie,

(v) a présenté une demande ou déposé une plainte en vertu de la présente Partie, ou

(vi) a participé à une grève qui n'est pas interdite par la présente Partie ou exercé un droit quelconque en vertu de cette dernière;

Le Conseil a déterminé que la décision de fermer la succursale Maguire et de l'intégrer à la succursale Sheppard a été prise pour des motifs anti-syndicaux et que cette décision visait à éliminer l'Union. C'était là une ingérence dans la représentation des employés par un syndicat, al. 184(1)a). C'était également intimider ou menacer les employés à cause de leurs activités syndicales, al. 184(3)a).

La Banque ne conteste plus avoir commis ces infractions. Elle les admet. C'est pourquoi dans l'exposé des faits au début de cette opinion, il n'était pas nécessaire d'entrer dans les détails de l'action de la Banque et du cheminement qui a mené à la décision de fermer la succursale Maguire.

The Bank's challenge is confined to the remedies ordered by the Board, and in particular to two of the six remedies ordered. The imposition of remedies is authorized by s. 189 of the Code. For the purposes of the appeal, it will suffice to reproduce the preamble and the final paragraph:

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

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.

Relying on s. 189, the Board directed the Bank:

1. to provide the union immediately with an updated list of the names, addresses and telephone numbers of all the employees in the bargaining unit, to provide the same information on the arrival of any new employee and to update the said lists as changes are made;

2. to allow the union to hold meetings with the members of the bargaining unit during working hours, without any loss of salary or other benefits; the Union may choose to hold these meetings, which shall last a maximum of one hour each, on branch premises in the staff room or on premises outside the branch but, in any case, without the presence of the employer's representatives; they shall be held before or after the hours when the branch is open to clients, at the Union's preference; the Union shall give the employer twenty-four hours' advance notice of the meeting; however, the Union shall hold these meetings no more than once per week during the first two months following publication of the instant decision and then once per month until one of the following occurs: the conclusion of a collective agreement, a legal strike

La contestation de la Banque se confine aux remèdes ordonnés par le Conseil, plus exactement à deux des six remèdes ordonnés. C'est l'article 189 du Code qui permet l'imposition de remèdes. Pour les fins du pourvoi, il suffit de reproduire le préambule et le dernier alinéa:

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,

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.

S'appuyant sur l'art. 189, le Conseil a ordonné à la Banque:

1. de fournir immédiatement à l'Union une liste à jour comprenant les noms, adresses et numéros de téléphone de tous les employés compris dans l'unité d'accréditation. L'employeur devra fournir les mêmes renseignements à l'arrivée de tout nouvel employé et tenir à jour lesdites listes au fur et à mesure des changements;

2. de permettre à l'Union de tenir des réunions avec les membres de l'unité d'accréditation sur les heures de travail, mais sans perte de salaire ou autres avantages. Ces réunions, d'une durée maximale d'une heure chacune, pourront se tenir au choix de l'Union, à la succursale même, dans les locaux où les employés prennent leurs repas ou périodes de repos ou encore ailleurs à l'extérieur de la succursale, mais hors la présence des représentants de l'employeur. Elles devront avoir lieu au choix de l'Union, avant ou après les heures où la succursale est ouverte aux clients. L'Union devra donner à l'employeur un préavis de 24 heures du moment auquel se tiendra la réunion. L'Union ne pourra cependant tenir ces réunions plus d'une fois par semaine durant les deux premiers mois qui suivront la présente décision et une fois par mois

- or lockout or the revocation of the certification certificate;
3. allow a Union representative free access to the branch for the purposes of installing a bulletin board in the staff room and posting union literature and notices.
4. to pay the Union all the reasonable costs it will incur in organizing and holding the meetings mentioned in No. 2, and the costs of installing the bulletin board mentioned in No. 3.
5. to send, within thirty (30) days of the instant decision, a letter bearing the Bank's letterhead and reproducing the text in Appendix A of the instant decision, under the signature of its president and chief executive officer, to all its employees including management personnel at their home addresses. No addition to or deletion from the said text shall be made, nor shall any other document be mailed in the same envelope. The Board will provide the employer with an English translation of Appendix A in the near future.
6. to deposit a sum of \$48,000 per year in a trust fund for the next three years as of the date of the instant decision, this representing a total amount of \$144,000 in addition to any interest accruing thereto. This fund shall be administered jointly by the Union and the employer, which will be its trustees, and it shall be used to further the objectives of the Code, as set out in the preamble to Part V, among Bank employees who do not perform management functions or are not employed in a confidential capacity in matters relating to industrial relations. Each amount of \$48,000 shall be used in the year following its deposit. The employer and the Union have two months as of the date of the instant decision to present to the Board for its approval a joint plan setting out the terms and conditions for the administration of the trust fund and the use of the funds.
- par la suite, et ce, jusqu'à ce que le premier des événements suivants se produise: la conclusion d'une convention collective, l'exercice par l'une des parties de leur droit légal de grève ou lock-out ou la révocation du certificat d'accréditation;
3. permettre à un représentant de l'Union, libre accès à la succursale pour les fins d'installer un tableau d'affichage dans les locaux habituellement réservés aux employés pour qu'ils y prennent leurs périodes de repas ou de repos et d'y afficher de la littérature et des communiqués syndicaux;
4. de payer à l'Union tous les frais raisonnables qu'elle encourra pour organiser et tenir les réunions mentionnées en 2., de même que les frais d'installation du tableau d'affichage mentionné en 3.
5. d'envoyer, dans les trente (30) jours de la présente décision, par la poste, sous la signature de son président et chef de la direction, à tous ses employés, y compris les cadres, à leur adresse personnelle, une lettre portant l'en-tête de la Banque, qui reproduira le texte de l'annexe A, attachée à la présente décision. Aucune addition ou soustraction ne devra être faite audit texte, ni aucun autre document l'accompagner dans l'enveloppe. Le Conseil fournira sous peu à l'employeur une traduction anglaise de l'annexe A.
6. de verser dans un fonds en fidéicommiss à compter de la date de la présente décision et durant les trois prochaines années, une somme de \$48,000 annuellement pour un montant global de \$144,000 en plus des intérêts qui pourront s'y ajouter. Ce fonds sera administré conjointement par l'Union et l'employeur qui en seront les fiduciaires et devra être utilisé pour promouvoir, auprès des employés de ce dernier qui ne participent pas à la direction ou n'exercent pas des fonctions confidentielles ayant trait aux relations industrielles, les objectifs du Code, tel qu'énoncés au préambule de la Partie V. Chaque tranche de \$48,000 devra être utilisée dans l'année qui suit son dépôt. L'employeur et l'Union ont deux mois, à compter de la date de la présente décision pour présenter au Conseil, afin qu'il l'approuve, un plan conjoint relatif aux règlements d'administration en fidéicommiss et à l'utilisation des fonds.

The Bank is not challenging the first four remedies. However, it argues that the Board exceeded its jurisdiction in ordering remedies Nos. 5 and 6. I will discuss these remedies in the order in which

La Banque ne conteste pas les quatre premiers remèdes. Elle plaide cependant que le Conseil a excédé sa compétence en ordonnant les remèdes nos 5 et 6. J'aborde ces remèdes dans l'ordre dans

the Bank dealt with them, that is in reverse numerical order.

As to remedy No. 6, the creation of a \$144,000 trust fund to promote the objectives of the Code among all its employees, the Bank submitted that this order is in no way related to the power of remedy conferred on the Board by the Code and constitutes an excess of jurisdiction. It submitted that this order was prompted rather by a mistaken desire to punish and in fact constitutes a fine. The order is wrongful in that it is designed to apply to thousands of people who have never heard of the facts involved in this case and who have never been concerned with it. Finally, the Bank submitted that this remedy is unfair and is in no way connected with a wrong, since it uses a purely arbitrary figure to “allegedly” promote the objectives of the Code among persons to whom the decision has never applied.

The Board’s reasons regarding the remedies occupy nearly 40 pages which cannot be readily summarized. The reasons are published in (1981), 42 di 352. I will cite only the passages which appear to me to be most relevant and which lead to those relating more specifically to the remedies at issue.

The Board observed:

In determining that the Union is the bargaining agent for the Sheppard Street branch, the Board is very conscious of the fact that the said Union does not have the support of the employees in the unit—support which is essential if it is to bargain effectively—and that it will, in addition, have to convince the said employees to become union members. The extent of the harm that the employer caused by interfering in the Union’s representation of the employees is even more evident with respect to this aspect. We must attempt to assist the Union in playing its role by applying the remedies set out in Part IX of this decision. These remedies flow from the violations of paragraphs 184(1)(a) and 184(3)(a) and, although it is by no means certain, they may assist the Union in obtaining the employees’ support and reaching a collective agreement.

Although it is not conclusive in the case at bar, the parties told the Court that at the time of the

lequel la Banque en a traité, soit dans l’ordre numérique inversé.

Quant au remède n° 6, la constitution d’un fonds en fidéicommiss de 144 000 \$ afin de promouvoir auprès de tous ses employés les objectifs du Code, la Banque soumet que cette ordonnance ne s’insère aucunement dans le cadre du pouvoir de redressement conféré au Conseil par le Code et constitue un excès de compétence. Elle soumet que cette ordonnance est plutôt motivée par le souci erroné de la punir et constitue en réalité une amende. Cette ordonnance est abusive en ce qu’elle vise à toucher des milliers de personnes qui n’ont jamais eu connaissance des événements soulevés dans cette affaire et qui n’y ont jamais été impliqués. La Banque soumet enfin que ce remède est injuste et n’a aucune mesure ni relation avec un tort quelconque puisqu’il utilise un chiffre purement accidentel pour «supposément» promouvoir les objectifs du Code auprès de personnes qui n’ont jamais été concernées par la décision.

Au sujet des remèdes les motifs de la décision du Conseil comprennent près de 40 pages qu’il est bien impossible de résumer convenablement. Ces motifs sont publiés à (1981), 42 di 352. Je n’en citerai que les passages qui me paraissent les plus pertinents et qui mènent à ceux qui se rapportent de façon plus spécifique aux remèdes attaqués.

Le Conseil fait l’observation suivante:

Le Conseil est fort conscient qu’en nommant l’Union agent négociateur de la succursale Sheppard, cette dernière n’a pas l’appui des membres de l’unité, appui qui lui est essentiel pour négocier valablement, qu’elle aura en plus à convaincre lesdits membres à se joindre à elle. Il devient ici encore plus évident à quel point l’ingérence de l’employeur dans la représentation des employés par l’Union a produit des effets néfastes. Nous devons tenter d’aider le syndicat à jouer son rôle en appliquant les remèdes mentionnés à la partie IX de la présente décision et, découlant des violations des alinéas 184(1)a) et 184(3)a) et qui peut-être produiront les résultats, fort aléatoires d’obtenir cet appui des employés et la conclusion d’une convention collective.

Bien que cela ne soit pas déterminant en l’espèce, les parties ont informé la Cour qu’au

hearing a collective agreement was in force at the Sheppard Street branch.

Analysing the repercussions of the offences from a practical as well as a psychological point of view, the Board wrote:

As far as labour relations are concerned, these violations have had serious repercussions from a practical point of view as well as in terms of psychological effects. From the practical point of view, the employees were unable to exercise the basic options that they had chosen. As for the Union, the closure has dealt it an almost fatal blow as, although its certificate now applies to the activities of the Sheppard Street branch, it is far from being ensured of support. The members of the bargaining unit have had their legitimate expectations frustrated. From the point of view of labour relations, one of the most negative aspects of this matter is that for almost a whole year all the rights that the employees had acquired under the Code have been suspended because they were transferred to a branch in which the majority had not endorsed a union (except for Mrs. Beauchamp who works at a unionized branch). The rights to participate in the activities of a union, to be represented by a union and to collectively exercise the other rights conferred by the Code have been denied to the employees for a period of time. They have been waiting for the Board's decision in order to be able to exercise the said rights again as the employer contested the claim that there had been a sale of business and, consequently, a transfer of the certification certificate. Owing to this unlawful closure, the employees have been deprived of the effects flowing from the right to collective bargaining. They have been unable to benefit from a collective agreement when other employees who exercised the same options at almost the same time are now covered by collective agreements. To be more specific, in late March 1981, the Bank and the Union concluded collective agreements for six other branches. When the Maguire Street branch was closed, the said agreements as well as the one for the latter branch were being negotiated. It is not difficult to infer that, if the Maguire Street branch had not been closed, the employees working therein would also be covered by a collective agreement now. From the point of view of psychological effects, the Bank's unlawful actions have weighty consequences both for the employees involved as well as for all the Bank's other employees. Among these effects, the dissuasive nature of the Bank's actions is no doubt the most apparent: the fear felt by all the unionized employees, those who would have like *[sic]* to join a union or those who will join a union at this Bank that their branch will "disappear" because they exercised or

moment de l'audition il existait une convention collective en cours à la succursale Sheppard.

Analysant les répercussions des infractions au point de vue pratique et au point de vue psychologique, le Conseil écrit:

Sur le plan des relations de travail, ces violations ont eu de graves répercussions, tant au point de vue pratique qu'au niveau des effets psychologiques. Sur le plan pratique, les employés n'ont pu exercer les options fondamentales qu'ils avaient choisies. Quant au syndicat, la fermeture lui a porté un coup presque fatal car, bien que son certificat s'applique maintenant aux activités de la succursale Sheppard, il est loin d'être assuré de l'appui. Les membres de cette unité de négociation ont été brimés dans leurs espérances légitimes. Un des aspects les plus négatifs au plan des relations de travail est que, depuis près d'un an, tous les droits que les employés avaient acquis, en vertu du Code, ont été suspendus à cause de leur transfert dans une succursale où la majorité ne s'est pas prononcée pour un syndicat (sauf M<sup>me</sup> Beauchamp qui travaille à une succursale syndiquée). Les droits de participer aux activités d'un syndicat, d'être représentés par celui-ci et d'exercer collectivement les autres droits que confère le Code, ont été niés aux employés, pour un temps, puisque pour les réexercer, ils attendaient la décision du Conseil, l'employeur contestant qu'il y avait eu vente d'entreprise et partant, transfert du certificat d'accréditation. A cause de cette fermeture illégale, les employés ont été écartés des effets qui découlent du droit à la négociation collective. Ceux-ci n'ont pu bénéficier d'une convention collective, alors que d'autres employés ayant exercé les mêmes options qu'eux et à peu près à la même époque, sont maintenant visés par des conventions collectives. En effet, à la fin du mois de mars 1981, la Banque et l'Union ont conclu des conventions collectives pour six autres succursales qui, à la date de la fermeture de la succursale de la rue Maguire, étaient en négociations, en même temps que cette succursale. Il n'est pas difficile d'en déduire que, si la succursale de la rue Maguire n'avait pas été fermée, les employés s'y trouvant seraient eux aussi visés par une convention collective. Au point de vue des effets psychologiques, les illégalités commises par la Banque sont lourdes de conséquences, autant pour les employés touchés que pour l'ensemble des autres employés de la Banque. Parmi ces derniers effets, c'est sans doute le caractère dissuasif qui ressort le plus: la crainte pour tous les employés syndiqués, ceux qui auraient désiré se syndiquer ou ceux qui se syndiqueront à cette banque, que leur succursale «disparaisse» parce qu'ils ont exercé ou exerceraient le droit de se regrouper collectivement comme la succursale de la rue Maguire.



would exercise the right of association as did the employees at the Maguire Street branch. Considering the remedies that the Board is authorized to prescribe under the Code, how can the above-mentioned unfavourable consequences be remedied and counteracted?

The Board considered that by closing the Maguire Street branch the Bank realized a saving of \$48,000 a year. It wrote:

By unlawfully closing the Maguire Street branch, the Bank will save \$48,000 per year, that is \$37,000 in fixed costs associated with the Maguire Street building and \$11,000 in salaries (eighteen instead of nineteen employees are needed when the Sheppard Street and Maguire Street branches are combined).

This is the amount which the Board ordered the Bank to pay into a trust fund for a period of three years. As it is the principle of a fund itself which is at issue, and not the quantum or duration of the payments, I do not feel it necessary to consider how the Board arrived at this three-year period.

Finally, the following is the passage immediately preceding remedy No. 6, reproduced above:

To eliminate the dissuasive effect of the Bank's unlawful action, it is important that the Bank not gain or appear to gain from the said unlawful action. To counteract this effect, while obliging the Bank to recognize its employees' right to have access to the free collective bargaining system, as intended by the Parliament of Canada, through a concrete, positive gesture, the Board orders the employer:

This Court must consider whether this measure constitutes a remedy within the meaning of s. 189.

The Board is authorized to order an employer to do or refrain from doing anything "in order to remedy or counteract any consequence of such failure to comply that is adverse to the fulfilment of [the Code] objectives".

The objectives cited by the Board and contained in the preamble of the Code are:

Whereas there is a long tradition in Canada of labour legislation and policy designed for the promotion of the common well-being through the encouragement of free collective bargaining and the constructive settlement of disputes;

Par les remèdes que le Conseil est autorisé à prescrire en vertu du Code, de quelle façon est-il possible de remédier et de parer aux conséquences défavorables expliquées plus haut?

Le Conseil estime que par la fermeture de la succursale Maguire la Banque réalisera une économie de 48 000 \$ par année. Il écrit:

La Banque, par la fermeture illégale de la succursale de la rue Maguire, réalise des bénéfices annuels de \$48,000, soit \$37,000 de frais fixes rattachés à l'immeuble de la rue Maguire et qu'elle n'a plus à assumer et \$11,000 de salaire épargné (le besoin de 18 employés au lieu de 19—Sheppard et Maguire combinées).

C'est cette somme que le Conseil ordonne de verser dans un fonds en fidéicommiss pendant une période de trois ans. Comme c'est le principe même du fonds qui est en cause, et non le quantum ni la durée des versements, je ne crois pas nécessaire d'examiner comment le Conseil en est arrivé à cette période de trois ans.

Voici enfin le passage qui précède immédiatement le remède n° 6 déjà reproduit:

Il est important, pour enrayer l'effet dissuasif de son geste illégal, que la Banque ne s'enrichisse pas ni ne paraisse s'enrichir du fait de son illégalité. Afin de parer à cet effet, tout en impliquant la Banque à reconnaître par un geste concret et positif le droit de ses employés à avoir accès au régime de la libre négociation collective, tel que voulu par le Parlement du Canada, le Conseil ordonne à l'employeur:

Il faut se demander si cette mesure constitue un remède au sens de l'art. 189.

Le Conseil est autorisé à ordonner de faire ou de s'abstenir de faire toute chose «afin de remédier ou de parer à toute conséquence défavorable à la réalisation des objectifs» du Code.

Les objectifs que cite le Conseil et qui sont contenus dans le préambule du Code sont:

Considérant qu'il est depuis longtemps dans la tradition canadienne que la législation et la politique du travail soient conçues de façon à favoriser le bien-être de tous par l'encouragement de la pratique des libres négociations collectives et du règlement positif des différends;

And Whereas Canadian workers, trade unions and employers recognize and support freedom of association and free collective bargaining as the bases of effective industrial relations for the determination of good working conditions and sound labour-management relations;

And Whereas the Parliament of Canada desires to continue and extend its support to labour and management in their co-operative efforts to develop good relations and constructive collective bargaining practices, and deems the development of good industrial relations to be in the best interests of Canada in ensuring a just share of the fruits of progress to all;

The caution which the courts must exercise whenever the jurisdiction of an administrative tribunal is questioned has been repeatedly emphasized. The Court was referred to the following passage from Laskin C.J., then a judge of the Ontario Court of Appeal, in *R. v. Canada Labour Relations Board, Ex parte Martin*, [1966] 2 O.R. 684 at p. 690:

I believe that a Court must be wary not to translate into a question of jurisdiction its objections to the manner in which the Board has exercised its powers. We are dealing with statutory tribunals for whose constitution and for whose endowment of powers the Legislature is responsible; and the statutory prescriptions are no less the law of the land than is the common law which has been, in many such instances, either set aside completely or deflected.

Similarly, in *Teamsters Union Local 938 v. Massicotte*, [1982] 1 S.C.R. 710, Laskin C.J. wrote for the Court, at p. 719:

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.

The fact remains that a remedy ordered pursuant to s. 189 must be one authorized by that section. In my view, it is essential for there to be a relation between the unfair practice, its consequences and the remedy.

Considérant que les travailleurs, syndicats et employeurs du Canada reconnaissent et soutiennent que la liberté syndicale et la pratique des libres négociations collectives sont les fondements de relations industrielles fructueuses permettant d'établir de bonnes conditions de travail et de saines relations du travail;

Et Considérant que le Parlement du Canada désire continuer et accentuer son appui aux efforts conjugués des travailleurs et du patronat pour établir de bonnes relations et des méthodes de règlement positif des différends, et qu'il estime que l'établissement de bonnes relations industrielles sert l'intérêt véritable du Canada en assurant à tous une juste part des fruits du progrès;

La prudence dont doivent faire preuve les tribunaux lorsqu'est mise en cause la compétence d'un tribunal administratif a été maintes fois soulignée. L'on nous a cité le passage suivant du juge en chef Laskin, alors juge à la Cour d'appel de l'Ontario, dans *R. v. Canada Labour Relations Board, Ex parte Martin*, [1966] 2 O.R. 684 à la p. 690:

[TRADUCTION] Je crois qu'un tribunal doit se garder de faire une question de compétence des réserves qu'il peut avoir relativement à la façon dont le Conseil a exercé ses pouvoirs. Nous avons affaire à des tribunaux constitués par la législature et qui tiennent leurs pouvoirs de la législature; et les prescriptions légales ne font pas moins loi que la *common law* qui, dans de nombreuses affaires de ce genre, a été mise de côté ou écartée.

De même, dans *Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710, le juge en chef Laskin écrit, au nom de la Cour, à la p. 719:

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 n'en reste pas moins qu'un remède ordonné en vertu de l'art. 189 doit en être un autorisé par cet article. À mon avis, il est essentiel qu'il existe un rapport entre la pratique déloyale, ses conséquences et le remède.

In *Re Tandy Electronics Ltd.*, *supra*, Cory J. wrote for the Divisional Court, at p. 215:

So long as the award of the Board is compensatory and not punitive; so long as it flows from the scope, intent, and provisions of the Act itself, then the award of damages is within the jurisdiction of the Board. The mere fact that the award of damages is novel, that the remedy is innovative, should not be a reason for finding it unreasonable.

In that case, after finding that the employer had failed to bargain in good faith and had in many ways impeded the progress of negotiations, in addition to various remedies seeking to correct the situation, the Board had *inter alia* ordered the employer to pay the union as damages all costs incurred by the latter for the purpose of negotiations up to the date of the Board's decision, and all extraordinary costs of organizing bargaining units both of part-time and of full-time employees, and to pay all employees in the bargaining unit all monetary losses incurred as a result of the fact that a collective agreement was not negotiated earlier. It is this part of the order regarding damages that is referred to by Cory J. in the above-cited passage.

In *Westinghouse Canada Inc. v. United Electrical, Radio and Machine Workers of America, Local 504*, 80 CLLC 295, an employer had been found guilty of unfair practices as a result of its decision to move its plant, in part for anti-union reasons. The Board ordered the employer not only to offer employees the option of employment in the new factory, but also to facilitate access by the union to employees in the new plant and to reimburse its reorganization expenses. At page 299, it was held:

It is agreed that the order must be within the scope and intent of the Act and must be compensatory and not punitive in nature.

And a little further on:

It seems to us that the Board was attempting, having found the move to Alliston to be in part motivated by anti-union *animus*, to put the employees and the union

Dans *Re Tandy Electronics Ltd.*, précité, le juge Cory écrit au nom de la Cour divisionnaire, à la p. 215:

[TRADUCTION] Tant que la décision du Board se veut compensatrice et non punitive, tant qu'elle découle de la portée, de l'intention et des dispositions de la Loi, l'attribution des dommages-intérêts relève de la compétence du Board. Le simple fait que l'attribution des dommages-intérêts est une nouveauté, que la mesure de redressement est innovatrice, ne justifie pas que celle-ci soit jugée déraisonnable.

Dans cette affaire-là, après avoir trouvé que l'employeur avait fait défaut de négocier de bonne foi et avait de multiples façons contrecarré la bonne marche des négociations, en plus de divers remèdes visant à corriger la situation, le Board avait ordonné notamment à l'employeur de payer au syndicat, à titre de dommages, tous les frais encourus par celui-ci en vue des négociations jusqu'à la date de la décision du Board et tous les frais extraordinaires d'organisation des unités de négociation tant des employés à temps partiel que des employés à plein temps, et de payer à tous les employés de l'unité de négociation toutes les pertes pécuniaires encourues du fait qu'une convention collective n'ait pas été négociée plus tôt. C'est cette partie de l'ordonnance relative aux dommages dont parle le juge Cory dans le passage précité.

Dans *Westinghouse Canada Inc. v. United Electrical, Radio and Machine Workers of America, Local 504*, 80 CLLC 295, il s'agissait d'un employeur trouvé coupable de pratique déloyale du fait de sa décision de déménager son usine, en partie pour des motifs anti-syndicaux. Le Board a ordonné à l'employeur, non seulement d'offrir aux employés le choix d'un emploi dans la nouvelle usine, mais également de faciliter au syndicat l'accès aux employés de la nouvelle usine et de lui rembourser ses dépenses de réorganisation. On peut lire à la p. 299:

[TRADUCTION] Il est convenu que l'ordonnance doit, tout en respectant la portée et l'esprit de la Loi, revêtir un caractère compensatoire et non pas punitif.

Et un peu plus loin:

[TRADUCTION] À ce qu'il nous semble, le Board, ayant conclu que le déménagement à Alliston était motivé en partie par des sentiments anti-syndicaux, visait autant

as much as possible in the same position as if the move had not been made or, as submitted by counsel for the Board, to restore the *status quo*.

In *Canada Labour Relations Board v. Halifax Longshoremen's Association*; *Canada Labour Relations Board v. Local 1764 of the International Longshoremen's Association*, [1983] 1 S.C.R. 245, a complaint had been made under s. 161.1 of the Code against two unions who had failed to establish referral rules for hiring halls and who refused to admit certain individuals as members of the union or card men. This considerably reduced their chances of obtaining work, in addition to depriving them of the fringe benefits enjoyed by members and of the right to participate in union affairs. In addition to ordering that rules be adopted for administration of the hiring hall, including rules regarding the admission of members and the issuing of cards, the Canada Labour Relations Board ordered that three of the complainants be admitted as members and that a card be issued to the fourth. This part of the orders was set aside by the Federal Court of Appeal, but restored by this Court.

In the course of his reasons on behalf of the Court, Laskin C.J. wrote at p. 253:

In determining what remedy to prescribe for the breach of s. 161.1, the Board had to be concerned not only to rein in the two unions and to require them to conform to the statutory directions, but also to realize the importance of benefiting the complainants who had courageously acted in the interest of all non-union employees and would-be employees. I agree with the Board that it would not be enough in a case of this kind simply to leave the complainants under the cure of a proper job referral system. The Board thus invoked the very wide powers conferred upon it under s. 189 to require the unions "to do or refrain from doing anything that it is equitable to require (them) 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 (the) objectives (of s. 161.1)".

que possible à remettre les employés et le syndicat dans leur situation d'avant le déménagement ou, comme le dit l'avocat du Board, à rétablir le *statu quo*.

*a* Dans *Conseil canadien des relations du travail c. Association des débardeurs d'Halifax*; *Conseil canadien des relations du travail c. Section locale 1764 de l'Association internationale des débardeurs*, [1983] 1 R.C.S. 245, il s'agissait cette fois *b* d'une plainte en vertu de l'art. 161.1 du Code contre deux syndicats qui avaient fait défaut d'établir des règles relatives à l'administration d'un bureau d'embauchage et qui refusaient à certaines personnes l'admission comme membres du syndicat ou l'émission d'une carte. Cela réduisait considérablement leurs chances d'obtenir du travail en outre de les priver des avantages sociaux dont jouissaient les membres et du droit de participer *d* aux affaires du syndicat. En plus d'ordonner l'adoption de règles pour l'administration du bureau d'embauchage, y compris des règles relatives à l'admission des membres et à l'émission de cartes, le Conseil canadien des relations du travail *e* ordonna l'admission de trois des plaignants comme membres et l'émission d'une carte au quatrième. Cette partie des ordonnances fut cassée par la Cour d'appel fédérale, mais fut rétablie par cette *f* Cour.

Dans le cours de ses motifs rendus au nom de la Cour, le juge en chef Laskin écrit à la p. 253:

Dans sa décision concernant le redressement qui doit *g* être prescrit en regard des infractions à l'art. 161.1, le Conseil devait se préoccuper non seulement de ramener les deux syndicats à l'ordre et de leur ordonner de se conformer aux prescriptions de la Loi, mais également de reconnaître l'importance de faire quelque chose pour *h* les plaignants qui avaient agi avec courage dans l'intérêt de tous les employés non syndiqués et des employés éventuels. Je suis d'accord avec le Conseil qu'il ne suffirait pas, dans un cas comme celui-ci, d'accorder simplement aux plaignants un redressement sous la *i* forme d'un système de présentation adéquat. Ainsi, le Conseil s'est autorisé des très vastes pouvoirs que lui accorde l'art. 189 pour exiger des syndicats «de faire ou de s'abstenir de faire toute chose qu'il est juste de (leur) enjoindre de faire ou de s'abstenir de faire afin de *j* remédier ou de parer à toute conséquence défavorable à la réalisation des objectifs (de l'art. 161.1) que pourrait entraîner ladite infraction . . . ».

At page 256, the Chief Justice wrote:

It is rarely a simple matter to draw a line between a lawful and unlawful exercise of power by a statutory tribunal, however ample its authority, when there are conflicting considerations addressed to the exercise of power. This Court has, over quite a number of years, thought it more consonant with the legislative objectives involved in a case such as this to be more rather than less deferential to the discharge of difficult tasks by statutory tribunals like the board.

Earlier, however, he noted (at p. 255):

At the same time, equitable and consequential considerations are not to be so remote from reparation of an established breach as to exceed any rational parameters.

In *Massicotte, supra*, a complaint was made that a union had failed to represent a part-time employee by refusing to handle his dismissal grievance. After finding that the employee was part of a bargaining unit covered by the collective agreement, the Canada Labour Relations Board authorized him to undertake arbitration proceedings at the Union's expense. Laskin C.J. wrote for the Court, at p. 719:

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.

In each of the foregoing cases a relationship can be seen between the act alleged, its consequences and the thing ordered as a means of remedying it. Thus, for example, in *Massicotte* the Board authorized the employee to undertake personally the handling of his grievance, which the Union refused to handle. In *Halifax Longshoremen's Association* the unions' conduct had the effect of depriving the complainants of work. Ordering that they should be admitted as members or issued cards would have the effect of increasing their chances of getting work. The connection between the offences and the remedies was equally apparent in *Re Tandy Electronics Ltd.* and in *Westinghouse Canada Inc.*

À la page 256, le Juge en chef écrit:

Il est très souvent difficile de distinguer entre un exercice légitime et un exercice illégitime d'un pouvoir par un tribunal administratif, quelque'étendue que soit sa compétence, lorsque l'exercice du pouvoir comporte des considérations contradictoires. Depuis plusieurs années, cette cour estime qu'il est plus conforme aux objectifs du législateur dans un cas comme celui-ci d'avoir plutôt plus que moins d'égards pour les tribunaux administratifs qui s'acquittent de tâches difficiles, comme c'est le cas du Conseil.

Mais, auparavant, il fait observer (à la p. 255):

En même temps, les considérations d'équité et d'opportunité ne doivent pas être éloignées du redressement d'une infraction établie au point de dépasser tout paramètre rationnel.

Dans l'affaire *Massicotte*, précitée, il s'agissait d'une plainte pour défaut de représentation d'un employé à temps partiel par un syndicat qui avait refusé de s'occuper de son grief de congédiement. Après avoir déterminé que l'employé faisait partie de l'unité de négociation visée par la convention collective, le Conseil canadien des relations du travail l'a autorisé à recourir à la procédure d'arbitrage aux frais du syndicat. Le juge en chef Laskin écrit, au nom de la Cour, à la p. 719:

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.

Dans chacun des cas ci-dessus l'on peut constater le rapport entre l'acte reproché, ses conséquences et la chose qu'il est ordonné de faire pour y remédier. Ainsi, par exemple, dans *Massicotte* le Conseil autorise l'employé à s'occuper lui-même de son grief dont le syndicat a refusé de s'occuper. Dans *Association des débardeurs d'Halifax*, la conduite des syndicats avait pour conséquence de priver les plaignants de travail. Ordonner de les admettre comme membres ou de leur émettre une carte aurait pour effet d'élargir leur accès au travail. Le rapport entre les infractions et les remèdes était tout aussi apparent dans *Re Tandy Electronics Ltd.* et dans *Westinghouse Canada Inc.*

In the case at bar, however, and I say so with respect, this relationship between the alleged unfair practice and its consequences on the one hand and remedy No. 6 on the other is in my opinion absent.

The order that there had been a sale within the meaning of s. 144 of the Code guaranteed the continuance of the certificate, which the Board extended to all employees in the new work location, the Sheppard Street branch.

Remedies Nos. 1 to 4, which were not disputed, are designed to ensure that the Union would be firmly established at the new branch.

However, remedy No. 6, regarding the creation of a trust fund to promote the objectives of the Code among other employees of the Bank, which in my view means promoting the unionization of those other employees, is not something intended to remedy or counteract the consequences harmful to realization of those objectives that may result from closure of the Maguire Street branch and its incorporation in the Sheppard Street branch. The fact that a large number of the Bank's other employees are not unionized is not a consequence of closure of the Maguire Street branch, where the Union continued to exist and had its certificate extended. Thus, I consider that this remedy should be set aside.

In accordance with a practice followed by a number of labour relations boards, including the Board, the latter ordered in remedy No. 5 that a letter signed by the president and chief executive officer of the Bank be sent to all employees, including management personnel.

The Board wrote:

The public nature of the instant decision and its broad distribution throughout Canada can only give the employer's unlawful action greater publicity.

And a little further on:

Even an influential banking institution like the employer must understand and accept that it is not above the law and that, in its capacity as an employer as well as an important socio-economic factor in the community, it must give full effect to the following passages in the preamble to the Code:

Mais en l'espèce, je le dis avec égards, ce rapport entre, d'une part, la pratique déloyale reprochée et ses conséquences et, d'autre part, le remède n° 6, est à mon avis absent.

*a*

L'ordonnance à l'effet qu'il y a eu une vente au sens de l'art. 144 du Code assure la survivance du certificat d'accréditation que le Conseil étend à tous les employés du nouveau milieu de travail, la succursale Sheppard.

Les remèdes n°s 1 à 4, qui ne sont pas attaqués, visent à assurer l'implantation de l'Union dans cette succursale.

*c*

Mais le remède n° 6 relatif à la création d'un fonds en fidéicomis pour promouvoir auprès des autres employés de la Banque les objectifs du Code, ce qui signifie à mon sens promouvoir la syndicalisation de ces autres employés, n'est pas une chose destinée à remédier ou à parer aux conséquences défavorables à la réalisation de ces objectifs que pourrait entraîner la fermeture de la succursale Maguire et son intégration à la succursale Sheppard. Le fait qu'un très grand nombre des autres employés de la Banque ne sont pas syndiqués n'est pas une conséquence de la fermeture de la succursale Maguire dont le syndicat a subsisté et a vu son certificat d'accréditation étendu. Aussi suis-je d'avis que ce remède doit être cassé.

*e*

Selon une pratique suivie par de nombreux organismes de relations du travail, dont le Conseil, celui-ci par le remède n° 5 ordonne l'envoi d'une lettre signée par le président et chef de la direction de la Banque à tous les employés et cadres de cette dernière.

*h*

Le Conseil écrit:

Le caractère public de la présente décision et sa large diffusion à travers le Canada, ne pourra que publiciser (*sic*) davantage le geste illégal de l'employeur.

*i*

Et, un peu plus loin:

L'employeur, même dans le cas d'une influente institution bancaire, doit comprendre et accepter qu'il n'est pas au-dessus de la loi et que, tant à titre d'employeur qu'à titre d'agent socio-économique important dans la communauté, il se doit de donner plein effet aux passages suivants du préambule du Code:

*j*

The passages in question in the preamble to the Code have been reproduced above.

The Board further wrote:

The facts of the instant case are unusual, in our opinion, even extraordinary. The employer, a powerful financial institution adopted, without any business reasons, the most drastic and most odious method possible to deny its employees the right to bargain, namely that of closing up shop in order to eliminate the problem at its source. The message given to Bank employees likely to join a union is rather chilling. *"If you exercise this fundamental right, which is declared to be to the advantage of Canada, we will give you no quarter"*.

Finally, the Board explained why it felt it was important for the letter to be signed by the president and chief executive officer of the Bank:

We should also take into account the important fact that a senior vice-president and the director of labour relations, participated in the decision to close the branch in order to get rid of the Union. In view of such an example, how can we expect other management personnel in this institution to respect the fundamental right of their employees? How can we make them accept that their employees' decision to join a union constitutes a fundamental right that they must respect? For any assurance to this effect to be credible, it must be given by a hierarchical authority higher than the senior vice-president.

The letter which the Bank was ordered to send was written by the Board, which stated: "No addition to or deletion from the said text shall be made, nor shall any other document be mailed in the same envelope". It reads as follows:

Dear employee,

In a decision rendered on September 15, 1981, the Canada Labour Relations Board determined that the National Bank of Canada violated the provisions of Sections 184(1)(a) and 184(3)(a) of the Canada Labour Code by permanently shutting down its Maguire Street Branch in Quebec City. The Board found that the Bank's decision, taken by certain members of its management personnel, was not based on business considerations but was aimed rather at denying the employees of this branch the fundamental right to bargain collectively.

In order to remedy the dissuasive effects of this action, it is paramount that for the benefit of all management and staff I clarify, in my capacity as Chairman

Les passages en question du préambule du Code ont été reproduits plus haut.

Le Conseil écrit encore:

Les faits de la présente affaire sont peu communs, nous dirions même extraordinaires. L'employeur, une puissante institution financière, a, sans motifs d'affaires, pris la méthode la plus drastique et la plus odieuse qui soit de nier à ses employés leur droit de négocier, soit celle de fermer boutique, c'est-à-dire, d'éliminer le mal à sa source. Le message donné aux employés de la Banque qui sont susceptibles de se syndiquer est plutôt refroidissant. *«Si vous exercez ce droit fondamental déclaré à l'avantage du Canada, vous n'aurez aucun quartier de notre part»*.

Enfin le Conseil explique pourquoi il estime important que la lettre soit signée par le président et chef de la direction de la Banque:

Nous devons également tenir compte du fait important qu'ont participé à la décision de fermer la succursale pour se débarrasser du syndicat, un premier vice-président et le directeur des relations de travail. Comment s'attendre de la part des autres cadres de cette institution qu'ils respectent, devant un tel exemple, le droit fondamental de leurs employés? Comment leur faire accepter que le choix de leurs employés de vouloir se syndiquer constitue un droit fondamental qu'ils se doivent de respecter? Pour qu'une assurance à cet effet soit crédible, elle doit être donnée par une instance hiérarchique plus élevée que le premier vice-président.

La lettre dont l'envoi est ordonné a été rédigée par le Conseil qui précise: «Aucune addition ou soustraction ne devra être faite audit texte, ni aucun autre document l'accompagner dans l'enveloppe». Elle est ainsi formulée:

Cher (e) employé (e),

Le Conseil canadien des relations du travail a, dans une décision rendue le 15 septembre 1981, décidé que la Banque Nationale du Canada avait violé les dispositions des articles 184(1)a) et 184(3)a) du Code canadien du travail, en fermant définitivement sa succursale Maguire à Québec. Le Conseil a constaté que la décision de la Banque, prise par certains de ses cadres supérieurs, ne reposait pas sur des considérations d'affaires mais voulait plutôt nier aux employés de cette succursale leur droit fondamental de négocier collectivement.

Pour parer à l'effet dissuasif de ce geste, il est important qu'à titre de président et chef de la direction, je clarifie, pour le bénéfice de tous les cadres et employés,

and Chief Executive Officer, the position of the National Bank of Canada with respect to our employees' wish to participate in the system of free collective bargaining.

When it adopted Part V of the Canada Labour Code, the Canadian Parliament clearly stated its intention of encouraging access to free collective bargaining and wished to underline that:

"... Canadian workers, trade unions and employers recognize and support freedom of association and free collective bargaining as the bases of effective industrial relations for the determination of good working conditions and sound labour-management relations; ... " (excerpt from the preamble of the Code)

Section 110(1) is the resulting principle of this statement:

"110. (1) Every employee is free to join the trade union of his choice and to participate in its activities" (...)

It is a normal expectation that as long as Parliament does not revoke this basic right, it may be freely exercised without restraint pursuant to the Code by all our employees wishing to avail themselves of this right. All management personnel of this Bank, regardless of their hierarchical level, have the responsibility of respecting the choice of those employees who opt for free collective bargaining.

We intend to deposit the sum of \$144,000.00 in a fund over the next three years as a concrete manifestation of our commitment to this principle. The fund will be jointly administered by the Bank and the Retail Clerks' International Union and will be used to further the objectives of the Canada Labour Code as they are stated in the preamble of Part V of the said Code.

Yours truly,

Chairman and Chief  
Executive Officer

The Bank submitted that this was in actual fact a humiliating letter, that this order is unreasonable and vexatious and that the Board's decision was intended to be not compensatory but punitive, exemplary and humiliating, which constitutes an excess of its powers. The Bank further submitted that the letter repeats the conclusions of remedy No. 6 regarding the creation of the trust fund, which should be set aside.

la position de la Banque Nationale du Canada face au désir de nos employés d'adopter le régime de la libre négociation collective.

Le Parlement du Canada, en adoptant la Partie V du Code canadien du travail, a exposé clairement son intention de favoriser l'accès au régime de la négociation collective et a voulu donner effet au fait que:

«... les travailleurs, syndicats et employeurs du Canada reconnaissent et soutiennent que la liberté syndicale et la pratique des libres négociations collectives sont les fondements de relations industrielles fructueuses permettant d'établir de bonnes conditions de travail et de saines relations du travail; ... » (Extrait du préambule du Code)

L'article 110(1) en est la résultante principale de cet énoncé:

«110. (1) Tout employé est libre d'adhérer au syndicat de son choix et de participer à ses activités licites». (...)

Tant que ce droit fondamental ne sera pas révoqué par le Parlement, il est normal qu'il puisse être exercé en conformité du Code canadien du travail, en toute liberté et sans aucune contrainte, par tous ceux de nos employés qui en manifesteront le désir. Il incombe à tous les cadres de cette Banque, quel que soit leur rang dans la hiérarchie, de respecter le choix de ceux qui opteront pour le régime de la libre négociation collective.

Afin de marquer de façon concrète notre engagement en ce sens, nous verserons un montant de \$144,000 au cours des trois prochaines années, dans un fonds. Ce fonds sera administré conjointement par la Banque et l'Union internationale des employés de commerce et il sera utilisé à promouvoir, auprès de nos employés, les objectifs du Code canadien du travail, tel qu'énoncés au préambule de la Partie V dudit Code.

Veillez agréer, chers employés, l'expression de nos sentiments les plus distingués.

Président et  
Chef de la direction.

La Banque soumet qu'il s'agit en réalité d'une lettre humiliante, que cette ordonnance est déraisonnable et vexatoire et que la décision du Conseil ne s'est pas voulue compensatrice mais plutôt punitive, exemplaire et humiliante, ce qui constitue un excès de ses pouvoirs. La Banque soumet en outre que la lettre reprend les conclusions du remède n° 6 relatif à la constitution du fonds en fidéicomis, lequel doit être cassé.



In my view, this last ground suffices for remedy No. 5 to be likewise set aside. The announcement of the creation of this fund in this letter is at the very least a key feature of the letter. Since remedy No. 6 regarding the fund should be set aside, the Court should also set aside remedy No. 5, regarding the letter which puts emphasis on the fund.

For these reasons, I would allow the appeal in part, reverse the decision of the Federal Court of Appeal and set aside remedies Nos. 5 and 6 contained in the decision of the Canada Labour Relations Board dated September 15, 1981.

As no party requested costs, no award on that head will be made.

English version of the additional reasons of Beetz, Estey, McIntyre, Lamer and Wilson JJ. delivered by

BEETZ J.—I have had the benefit of reading the opinion of my brother Chouinard, and I concur in his findings and reasons.

Like him, I consider that remedy No. 6 is not a true remedy; but I also think that, like remedy No. 5, it is clearly punitive in nature. It was acknowledged by all counsel at the hearing that the Canada Labour Relations Board has no power to impose punitive measures.

Finally, the letter attached to remedy No. 5 does not mention that, like the creation of the fund, it was imposed by the Board, and the person signing it cannot disclose this coercion without infringing the order which prohibits any alteration of the text or the addition of any other document. The creation of the fund and the letter are thus open to the interpretation that they result from an initiative taken by the National Bank of Canada, and reflect the views and sentiments of the Bank and its president, in particular their approval of the *Canada Labour Code* and of the objectives set forth in the preamble to Part V of that Code, which the fund is designed to promote.

There is nothing to show that such were in fact their views and sentiments. However admirable the

Ce dernier motif suffit à mon avis pour que soit réservé au remède n° 5 le même sort qu'au remède n° 6. L'annonce par cette lettre de la création de ce fonds est à tout le moins un élément dominant de la lettre. Puisqu'il faut casser le remède n° 6 relatif à ce fonds, il faut aussi casser le remède n° 5 relatif à la lettre qui en fait grand état.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour partie, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de casser les remèdes nos 5 et 6 compris dans la décision du Conseil canadien des relations du travail en date du 15 septembre 1981.

Aucune partie n'en ayant fait la demande, il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

Motifs additionnels des juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer et Wilson rendus par

LE JUGE BEETZ—J'ai eu l'avantage de lire l'opinion de mon collègue le juge Chouinard. Je suis d'accord avec ses conclusions et ses motifs.

Avec mon collègue, je suis d'avis que le remède n° 6 ne constitue pas un véritable remède. Mais je pense en outre que, tout comme le remède n° 5, c'est une mesure d'une nature nettement punitive. Or il a été reconnu par tous les procureurs à l'audience que le Conseil canadien des relations du travail n'a pas le pouvoir d'imposer des sanctions punitives.

Enfin, la lettre annexée au remède n° 5 ne mentionne pas que, comme la constitution du fonds, elle est dictée par le Conseil, et le signataire ne peut indiquer cette coercition sans enfreindre l'ordonnance qui interdit toute modification du texte et tout ajout d'autre document. La constitution du fonds et la lettre sont donc susceptibles de s'interpréter comme si c'était la Banque Nationale du Canada qui en prenait l'initiative et comme si elles reflétaient les opinions et les sentiments de la Banque et de son président, et plus particulièrement leur approbation du *Code canadien du travail* ainsi que des objectifs énoncés au préambule de la partie V de ce code, que le fonds est destiné à promouvoir.

Or rien n'indique que tels sont effectivement leurs opinions et leurs sentiments. Si louables que

objectives and provisions of the Code may be, no one is obliged to approve of them: anyone may criticize them, like any other statute, and seek to have them amended or repealed, though complying with them so long as they are in effect.

Remedies Nos. 5 and 6 thus force the Bank and its president to do something, and to write a letter, which may be misleading or untrue.

This type of penalty is totalitarian and as such alien to the tradition of free nations like Canada, even for the repression of the most serious crimes. I cannot be persuaded that the Parliament of Canada intended to confer on the Canada Labour Relations Board the power to impose such extreme measures, even assuming that it could confer such a power bearing in mind the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which guarantees freedom of thought, belief, opinion and expression. These freedoms guarantee to every person the right to express the opinions he may have: *a fortiori* they must prohibit compelling anyone to utter opinions that are not his own.

*Appeal allowed in part.*

*Solicitors for the appellant: Ogilvy, Renault, Montreal.*

*Solicitors for the respondent the Retail Clerks' International Union: Rivest, Castiglio, Castiglio, LeBel & Schmidt, Montreal.*

*Solicitors for the respondent the Canada Labour Relations Board: Robert, Dansereau & Associés, Montreal.*

puissent paraître les objectifs et les dispositions du Code, nul n'est obligé de les approuver; chacun est libre de les critiquer, comme toutes les lois, et d'en demander la modification ou l'abrogation, tout en s'y conformant dans l'intervalle.

Les remèdes n° 5 et n° 6 forcent donc la Banque et son président à poser un geste et à écrire une lettre peut-être trompeurs ou mensongers.

Ce type de sanctions est totalitaire et par conséquent étranger à la tradition de pays libres comme le Canada, même pour la répression des actes criminels les plus graves. Je ne puis me convaincre que le Parlement du Canada ait voulu conférer au Conseil canadien des relations du travail le pouvoir d'imposer des mesures aussi extrêmes, si tant est qu'il soit habile à le faire, vu la *Charte canadienne des droits et libertés* qui garantit la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression. Ces libertés garantissent à chacun le droit d'exprimer les opinions qu'il peut avoir: à plus forte raison interdisent-elles que l'on contraigne quiconque à professer des opinions peut-être différentes des siennes.

*Pourvoi accueilli en partie.*

*Procureurs de l'appelante: Ogilvy, Renault, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée l'Union internationale des employés de commerce: Rivest, Castiglio, Castiglio, LeBel & Schmidt, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé le Conseil canadien des relations du travail: Robert, Dansereau & Associés, Montréal.*

**IN THE MATTER OF a Reference to the Supreme Court of Newfoundland, Court of Appeal pursuant to *The Judicature Act*, R.S.N. 1970, Chapter 187, Section 6, as amended, respecting *The Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, S.N. 1980, Chapter 40**

BETWEEN

**Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited, Hydro-Quebec, the Attorney General of Quebec, Royal Trust Co. and General Trust of Canada *Appellants*;**

and

**The Attorney General of Newfoundland *Respondent*;**

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan and the Attorney General of Manitoba *Interveners*.**

File No.: 17064.

1982: September 28, 29, 30, October 1; 1984: May 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

*Constitutional law — Validity of provincial legislation — Legislation providing for reversion to province of ownership and control of certain water within the province — Expropriation of company's assets — Whether legislation impairing status and essential powers of federally-incorporated company — Whether legislation interfering with civil rights outside Province — The Upper Churchill Water Rights Reversion Act, 1980 (Nfld.), c. 40.*

*Evidence — Constitutional law — Validity of legislation — Admissibility of extrinsic evidence.*

Churchill Falls (Labrador) Corp., a federally-incorporated company, developed the hydro-electric resources of Churchill Falls under a statutory lease granted by Newfoundland and provided for in *The Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited (Lease) Act, 1961*. In

\* The Chief Justice took no part in the judgment.

**DANS L'AFFAIRE d'un renvoi à la Cour suprême de Terre-Neuve, Division d'appel, conformément à *The Judicature Act*, R.S.N. 1970, chapitre 187, article 6 et modifications, <sup>a</sup> relativement à *The Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, S.N. 1980, chapitre 40**

ENTRE

<sup>b</sup> **Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited, Hydro-Québec, le procureur général du Québec, Compagnie Trust Royal et Trust Général du Canada *Appellants*;**

<sup>c</sup> et

**Le procureur général de Terre-Neuve *Intimé*;**

<sup>d</sup> et

**Le procureur général du Canada, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan et le procureur général du Manitoba *Intervenants*.**

<sup>e</sup>

N° du greffe: 17064.

1982: 28, 29, 30 septembre, 1<sup>er</sup> octobre; 1984: 3 mai.

<sup>f</sup> Présents: Le juge en chef Laskin\* et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

<sup>g</sup> *Droit constitutionnel — Validité d'une loi provinciale — Loi prévoyant la rétrocession à la province de la propriété et du contrôle de certaines eaux situées dans la province — Expropriation des biens d'une compagnie — La Loi porte-t-elle atteinte au statut et aux pouvoirs essentiels d'une compagnie à charte fédérale? — <sup>h</sup> La Loi empiète-t-elle sur des droits civils à l'extérieur de la province? — *The Upper Churchill Water Rights Reversion Act, 1980 (T.-N.), chap. 40.**

<sup>i</sup> *Preuve — Droit constitutionnel — Validité d'une loi — Recevabilité d'éléments de preuve extrinsèques.*

<sup>j</sup> Churchill Falls (Labrador) Corp., une compagnie à charte fédérale, a aménagé les ressources hydro-électriques des chutes Churchill en vertu d'un bail législatif consenti par Terre-Neuve et prévu dans *The Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited (Lease)*

\* Le Juge en chef n'a pas pris part au jugement.

1969, the company signed a contract (the Power Contract) with Hydro-Quebec whereby it agreed to supply and Hydro-Quebec agreed to purchase virtually all of the hydro-electric power produced at Churchill Falls for a term of 65 years. Delivery of power to Quebec began in 1971 and the whole development was completed by 1976. Since 1974, however, Newfoundland attempted unsuccessfully to recall more power than was provided for in the Power Contract. In 1980, the Newfoundland Legislature enacted *The Upper Churchill Water Rights Reversion Act* providing for the reversion to the province, free and clear of all encumbrances and claims, of the rights to the use of the waters and the water power rights described in the statutory lease. The Act also provided for the repeal of *The Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited (Lease) Act, 1961*, including the statutory lease, and for the expropriation of the company's fixed assets used in the generation of electric power. The Act limited compensation to creditors and shareholders. Newfoundland referred the matter to the Court of Appeal which held the Act *intra vires* of the Newfoundland Legislature.

*Held:* The appeal should be allowed.

In constitutional cases, extrinsic evidence may be considered to ascertain not only the operation and effect of the impugned legislation but also its true object and purpose as well. Here, *The Upper Churchill Water Rights Reversion Act* is colourable legislation aimed at the Power Contract. The extrinsic evidence, held admissible, showed that the pith and substance of the Act is to interfere with the right of Hydro-Quebec under the Power Contract to receive an agreed amount of power at an agreed price. This right to the delivery in Quebec of Churchill Falls power is situated outside the Province of Newfoundland and is beyond the territorial competence of the Newfoundland Legislature.

*Reference re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, applied; *B.C. Power Corporation v. Attorney General of British Columbia* (1963), 44 W.W.R. 65, disapproved; *Royal Bank of Canada v. The King*, [1913] A.C. 283; *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468; *Ottawa Valley Power Co. v. Hydro-Electric Power Commission*, [1937] O.R. 265; *Beauharnois Light, Heat and Power Co. v. Hydro-Electric Power Commission of Ontario*, [1937] O.R. 796; *Credit-Foncier Franco-Canadien v. Ross*, [1937] 3 D.L.R. 365; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-*

*Act, 1961*. En 1969, la compagnie a signé avec Hydro-Québec un contrat (le contrat d'énergie) aux termes duquel elle convenait de fournir, et Hydro-Québec d'acquiescer, pratiquement toute l'énergie hydro-électrique produite aux chutes Churchill pendant une période de 65 ans. La livraison d'énergie au Québec a commencé en 1971 et tous les travaux d'aménagement ont été terminés en 1976. Depuis 1974, Terre-Neuve a cependant vainement tenté de récupérer plus d'énergie que ne le prévoit le contrat d'énergie. En 1980, la législature de Terre-Neuve a adopté *The Upper Churchill Water Rights Reversion Act* qui prévoit la rétrocession à la province, libres et quittes de toutes charges et réclamations, des droits d'utiliser les eaux et des droits relatifs à l'énergie hydro-électrique décrits dans le bail législatif. La Loi prévoit aussi l'abrogation de *The Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited (Lease) Act, 1961*, y compris le bail législatif, et l'expropriation de l'actif immobilisé servant à la production d'énergie électrique. La Loi limite l'indemnisation aux créanciers et aux actionnaires. Terre-Neuve a soumis l'affaire à la Cour d'appel qui a conclu que la Loi relevait de la compétence de la législature de Terre-Neuve.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Dans les affaires constitutionnelles, on peut tenir compte d'éléments de preuve extrinsèques pour vérifier non seulement l'application et la portée de la loi contestée, mais aussi son objet véritable. En l'espèce, *The Upper Churchill Water Rights Reversion Act* est de la législation déguisée qui vise le contrat d'énergie. Les éléments de preuve extrinsèques jugés recevables démontrent que, de par son caractère véritable, la Loi porte atteinte au droit d'Hydro-Québec, en vertu du contrat d'énergie, de recevoir une quantité d'électricité convenue à un prix convenu. Ce droit à la livraison au Québec de l'électricité produite aux chutes Churchill est situé à l'extérieur de la province de Terre-Neuve et en dehors de la compétence territoriale de la législature de Terre-Neuve.

Jurisprudence: arrêts suivis: *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; arrêt critiqué: *B.C. Power Corporation v. Attorney General of British Columbia* (1963), 44 W.W.R. 65; arrêts mentionnés: *Royal Bank of Canada v. The King*, [1913] A.C. 283; *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468; *Ottawa Valley Power Co. v. Hydro-Electric Power Commission*, [1937] O.R. 265; *Beauharnois Light, Heat and Power Co. v. Hydro-Electric Power Commission of Ontario*, [1937] O.R. 796; *Crédit-Foncier Franco-Canadien v. Ross*, [1937] 3 D.L.R. 365; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; *Great West*

*General for Manitoba v. Attorney-General for Canada* (the *Manitoba Securities* case), [1929] A.C. 260; *Lymburn v. Mayland*, [1932] A.C. 318; *Morgan v. Attorney General of Prince Edward Island*, [1976] 2 S.C.R. 349; *Canadian Indemnity Co. v. Attorney-General of British Columbia*, [1977] 2 S.C.R. 504; *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] S.C.R. 383; *R. v. Arcadia Coal Co.*, [1932] 1 W.W.R. 771; *Abitibi Power and Paper Co. v. Montreal Trust Co.*, [1943] A.C. 536; *Day v. Victoria*, [1938] 4 D.L.R. 345; *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42, referred to.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1982), 134 D.L.R. (3d) 288, 36 Nfld. & P.E.I.R. 273, 101 A.P.R. 273, in the matter of a reference concerning the constitutional validity of *The Upper Churchill Water Rights Reversion Act*. Appeal allowed.

*John Sopinka, Q.C.*, and *Kathryn I. Chalmers*, for the appellant Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited.

*T. G. Heintzman, Q.C.*, *Jean-Paul Cardinal, Q.C.*, *Michel Jetté*, and *David I. Hamer*, for the appellant Hydro-Québec.

*Jean-K. Samson*, *Henri Brun* and *Odette Laverdière*, for the appellant the Attorney General of Quebec.

*Clyde K. Wells, Q.C.*, and *Robert O'Brien, Q.C.*, for the appellant Royal Trust Co.

*Robert Wells, Q.C.*, and *Randell Earle*, for the appellant General Trust of Canada.

*Leonard A. Martin, Q.C.*, *O. Noel Clarke*, *Edward Hearn* and *David Orsborn*, for the respondent.

*T. B. Smith, Q.C.*, and *P. K. Doody*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*E. R. A. Edwards*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*James C. MacPherson* and *George V. Peacock*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Brian F. Squair*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91; *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada* (l'arrêt *Manitoba Securities*), [1929] A.C. 260; *Lymburn v. Mayland*, [1932] A.C. 318; *Morgan c. Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1976] 2 R.C.S. 349; *Canadian Indemnity Co. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1977] 2 R.C.S. 504; *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] R.C.S. 383; *R. v. Arcadia Coal Co.*, [1932] 1 W.W.R. 771; *Abitibi Power and Paper Co. v. Montreal Trust Co.*, [1943] A.C. 536; *Day v. Victoria*, [1938] 4 D.L.R. 345; *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1982), 134 D.L.R. (3d) 288, 36 Nfld. & P.E.I.R. 273, 101 A.P.R. 273, relativement à un renvoi sur la constitutionnalité de *The Upper Churchill Water Rights Reversion Act*. Pourvoi accueilli.

*John Sopinka, c.r.*, et *Kathryn I. Chalmers*, pour l'appelante Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited.

*T. G. Heintzman, c.r.*, *Jean-Paul Cardinal, c.r.*, *Michel Jetté*, et *David I. Hamer*, pour l'appelante Hydro-Québec.

*Jean-K. Samson*, *Henri Brun* et *Odette Laverdière*, pour l'appelant le procureur général du Québec.

*Clyde K. Wells, c.r.*, et *Robert O'Brien, c.r.*, pour l'appelante Compagnie Trust Royal.

*Robert Wells, c.r.*, et *Randell Earle*, pour l'appelante Trust Général du Canada.

*Leonard A. Martin, c.r.*, *O. Noel Clarke*, *Edward Hearn* et *David Orsborn*, pour l'intimé.

*T. B. Smith, c.r.*, et *P. K. Doody*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*E. R. A. Edwards*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*James C. MacPherson* et *George V. Peacock*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Brian F. Squair*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal from a judgment of the Court of Appeal of Newfoundland arises from a reference made by the Lieutenant Governor in Council of Newfoundland to that Court by Order in Council, dated February 10, 1981, pursuant to s. 6(1) of *The Judicature Act*, R.S.N. 1970, c. 187. It concerns the constitutional validity of *The Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, 1980 (Nfld.), c. 40, hereinafter referred to as the *Reversion Act*. Nine questions were referred to the Court of Appeal and by order of this Court, dated May 6, 1982, the same questions were argued before us. The *Reversion Act* has not yet been proclaimed but by agreement of all parties the appeal was argued on the basis that it was in force. The nine questions are set out below:

1. Is section 4 of the Reversion Act ultra vires the Legislature in whole or in part, and if so, in what particular or particulars and to what extent?

2. Insofar as section 4 of the Reversion Act is intra vires the Legislature to what extent does it:

a) repeal The Churchill Falls Labrador Corporation (Lease) Act, 1961;

b) repeal the Statutory Lease as defined in section 2(d) of the Reversion Act;

c) determine the Statutory Lease as defined in section 2(d) of the Reversion Act as contemplated by clause 6(a) of Part II of the Statutory Lease;

d) cause the determination of the leases, described in paragraph 9 of the Statement of Facts attached hereto as Appendix II ('the said Leases'), of Crown Lands authorized and issued pursuant to clause 7 of Part III of the Statutory Lease by virtue of the provisions of clause 7(2) of Part III of the Statutory Lease and the termination clauses contained in the said Leases or either or both of such clauses;

e) cause to be vested in Her Majesty in right of Newfoundland the improvements made by the lessee on the Crown Lands described in the said Leases and leased pursuant to clause 7 of Part III of the Statutory Lease by virtue of clause 6(a) of Part II of the Statutory Lease or by virtue of the nature of the said

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Le présent pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve découle d'un renvoi que le lieutenant-gouverneur en conseil de Terre-Neuve a adressé à cette cour par décret en date du 10 février 1981, conformément au par. 6(1) de *The Judicature Act*, R.S.N. 1970, chap. 187. Il porte sur la constitutionnalité de *The Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, 1980 (T.-N.), chap. 40, ci-après appelée la *Reversion Act*. Neuf questions ont été soumises à la Cour d'appel et, en vertu de l'ordonnance de cette Cour rendue le 6 mai 1982, les mêmes questions ont été débattues devant nous. La *Reversion Act* n'est pas encore entrée en vigueur par proclamation, mais avec le consentement de toutes les parties, le pourvoi a été entendu en tenant pour acquis qu'elle était en vigueur. Les neuf questions sont les suivantes:

1. L'article 4 de la Reversion Act est-il ultra vires des pouvoirs de la Législature en totalité ou en partie et, dans l'affirmative, sous quel aspect ou sous quels aspects et dans quelle mesure?

2. Pour autant que l'article 4 de la Reversion Act est intra vires des pouvoirs de la Législature, dans quelle mesure:

a) abroge-t-il The Churchill Falls Labrador Corporation (Lease) Act, 1961?

b) abroge-t-il le bail législatif défini à l'alinéa 2d) de la Reversion Act?

c) résilie-t-il le bail législatif défini à l'alinéa 2d) de la Reversion Act et selon ce que prévoit la clause 6a) de la partie II du bail législatif?

d) emporte-t-il résiliation des baux décrits au paragraphe 9 de l'exposé des faits joint aux présentes comme annexe II («lesdits baux») visant des terres de Sa Majesté, autorisés et délivrés en vertu de la clause 7 de la partie III du bail législatif en conformité avec les dispositions de la clause 7(2) de la partie III du bail législatif et des clauses de résiliation inscrites auxdits baux, pour l'une ou l'autre cause ou pour les deux à la fois?

e) a-t-il pour effet de transférer à Sa Majesté du chef de la province de Terre-Neuve les améliorations apportées par le locataire aux terres de Sa Majesté désignées dans lesdits baux et données à bail en vertu de la clause 7 de la partie III du bail législatif, en conformité avec les dispositions de la clause 6a) de la partie II du bail législatif ou en raison de la nature

Leases themselves or either or both of them.

3. Is section 5(1) of the Reversion Act ultra vires the Legislature in whole or in part, and if so, in what particular or particulars and to what extent?

4. Insofar as section 5(1) of the Reversion Act is intra vires the Legislature to what extent does it:

a) determine the Statutory Lease as defined in section 2(d) of the Reversion Act;

b) cause the determination of the said Leases of Crown Lands authorized and issued pursuant to clause 7 of Part III of the Statutory Lease by virtue of the provisions of clause 7(2) of Part III of the Statutory Lease and the termination clauses contained in the said Leases or either or both of such clauses;

c) cause to be vested in Her Majesty in right of Newfoundland the improvements made by the lessee on the Crown Lands described in the said Leases and leased pursuant to clause 7 of Part III of the Statutory Lease by virtue of clause 6(a) of Part II of the Statutory Lease or by virtue of the nature of the said Leases themselves or either or both of them.

5. Is section 7(1) of the Reversion Act ultra vires the Legislature in whole or in part, and if so, in what particular or particulars and to what extent?

6. Insofar as section 7(1) of the Reversion Act is intra vires the Legislature to what extent does it:

a) determine the said Leases of Crown Lands authorized and issued pursuant to clause 7 of Part III of the Statutory Lease;

b) cause to be vested in Her Majesty in right of Newfoundland the improvements made by the lessee on the Crown Lands described in the said Leases and leased pursuant to clause 7 of Part III of the Statutory Lease by virtue of clause 6(a) of Part II of the Statutory Lease or by virtue of the nature of the said Leases themselves or either or both of them.

7. Is section 8 of the Reversion Act ultra vires the Legislature in whole or in part and if so, in what particular or particulars and to what extent?

desdits baux eux-mêmes, pour l'une ou l'autre cause ou pour les deux à la fois?

3. Le paragraphe 5(1) de la Reversion Act est-il ultra vires des pouvoirs de la Législature en totalité ou en partie et, dans l'affirmative, sous quel aspect ou sous quels aspects et dans quelle mesure?

4. Pour autant que le paragraphe 5(1) de la Reversion Act est intra vires des pouvoirs de la Législature, dans quelle mesure:

a) résilie-t-il le bail législatif défini à l'alinéa 2d) de la Reversion Act?

b) emporte-t-il résiliation desdits baux visant des terres de Sa Majesté, autorisés et délivrés en vertu de la clause 7 de la partie III du bail législatif, en conformité avec les dispositions de la clause 7(2) de la partie III du bail législatif et des clauses de résiliation inscrites auxdits baux, pour l'une ou l'autre cause ou pour les deux à la fois?

c) a-t-il pour effet de transférer à Sa Majesté du chef de la province de Terre-Neuve les améliorations apportées par le locataire aux terres de Sa Majesté désignées dans lesdits baux et données à bail en vertu de la clause 7 de la partie III du bail législatif, en conformité avec les dispositions de la clause 6a) de la partie II du bail législatif ou en raison de la nature desdits baux eux-mêmes, pour l'une ou l'autre cause ou pour les deux à la fois?

5. Le paragraphe 7(1) de la Reversion Act est-il ultra vires des pouvoirs de la Législature en totalité ou en partie et, dans l'affirmative, sous quel aspect ou sous quels aspects et dans quelle mesure?

6. Pour autant que le paragraphe 7(1) de la Reversion Act est intra vires des pouvoirs de la Législature, dans quelle mesure:

a) résilie-t-il lesdits baux visant des terres de Sa Majesté, autorisés et délivrés en vertu de la clause 7 de la partie III du bail législatif?

b) a-t-il pour effet de transférer à Sa Majesté du chef de la province de Terre-Neuve les améliorations apportées par le locataire aux terres de Sa Majesté désignées dans lesdits baux et données à bail en vertu de la clause 7 de la partie III du bail législatif, en conformité avec les dispositions de la clause 6a) de la partie II du bail législatif ou en raison de la nature desdits baux eux-mêmes, pour l'une ou l'autre cause ou pour les deux à la fois?

7. L'article 8 de la Reversion Act est-il ultra vires des pouvoirs de la Législature en totalité ou en partie et, dans l'affirmative, sous quel aspect ou sous quels aspects et dans quelle mesure?

8. Insofar as section 8 of the Reversion Act is intra vires the Legislature to what extent does it:

a) vest in Her Majesty in right of Newfoundland the hydro-electric works (as defined in section 2(c) of the Reversion Act) attached to the lands held under the said Leases authorized and issued pursuant to clause 7 of Part III of the Statutory Leases?

9. Is the Reversion Act ultra vires the Legislature in whole or in part and, if so, in what particular or particulars and to what extent?

I

The vast hydro-electric potential of the waters of Labrador has long been recognized. It is, however, only recently that steps towards its exploitation have been taken. In 1958 a company named Hamilton Falls Power Corporation was incorporated by federal letters patent with the following objects:

1. To produce or otherwise acquire and to transmit and sell electricity.
2. To harness or otherwise make use of water for the purpose of producing hydro-electric and hydraulic power and for any other purpose.

In the same year the new company acquired an option from Her Majesty the Queen in Right of the Province of Newfoundland, at that time the owner of all water rights in Labrador, to develop the water resources of the Hamilton River in Labrador. In 1960 the company exercised its option and obligated itself to develop the hydro-electric resources of the Hamilton River. The river was renamed the Churchill River and in 1965 the company name was changed to Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited (hereinafter referred to as CFLCo). The option having been exercised, the Legislature of Newfoundland on March 13, 1961 enacted what is now *The Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited (Lease) Act*, 1961 (Nfld.), c. 51. This Act was amended in 1963-64, 1966-67, 1968, 1969, and 1970 and the Act, together with its amendments, will be referred to as the *Lease Act*. The *Lease Act* authorized the Lieutenant Governor in Council to execute and deliver a lease to CFLCo, the terms of

8. Pour autant que l'article 8 de la Reversion Act est intra vires des pouvoirs de la Législature, dans quelle mesure:

a) transfère-t-il à Sa Majesté du chef de la province de Terre-Neuve les ouvrages hydro-électriques (définis à l'alinéa 2c) de la Reversion Act) fixés aux terres détenues en vertu desdits baux autorisés et délivrés en vertu de la clause 7 de la partie III du bail législatif?

b 9. La Reversion Act est-elle ultra vires des pouvoirs de la Législature en totalité ou en partie et, dans l'affirmative, sous quel aspect ou sous quels aspects et dans quelle mesure?

I

On connaissait depuis fort longtemps l'immense potentiel hydro-électrique des cours d'eau du Labrador. Ce n'est toutefois que récemment qu'on a entrepris d'exploiter ces ressources. En 1958, une compagnie appelée Hamilton Falls Power Corporation a été constituée par lettres patentes fédérales, dont les objets étaient les suivants:

[TRADUCTION]

1. Procurer de l'énergie électrique par production ou autrement, la transporter et la vendre.
2. Harnacher ou autrement utiliser les cours d'eau dans le but de produire de l'énergie hydro-électrique et hydraulique et pour toute autre fin.

Au cours de la même année, la nouvelle compagnie a acquis de Sa Majesté la Reine du chef de la province de Terre-Neuve qui était à l'époque propriétaire de tous les droits sur les eaux du Labrador, le droit de mettre en valeur les ressources hydrauliques du fleuve Hamilton, au Labrador. En 1960, la compagnie a exercé le droit ainsi acquis et s'est engagée à mettre en valeur les ressources hydrauliques du fleuve Hamilton. Le nom du fleuve a été changé pour celui de fleuve Churchill et, en 1965, le nom de la compagnie est devenu Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited (ci-après appelée CFLCo). Par suite de l'exercice de ce droit, la législature de Terre-Neuve a adopté, le 13 mars 1961, la loi maintenant connue sous le nom de *The Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited (Lease) Act*, 1961 (T.-N.), chap. 51. Cette loi a été modifiée en 1963-64, 1966-67, 1968, 1969 et 1970. La Loi et ses modifications seront ci-après appelées la *Lease Act*. La *Lease Act* permet au lieutenant-gouverneur en conseil de



which were to be substantially similar to the terms of a draft lease set out in the schedule to the Act. This lease, called the Statutory Lease, was executed and delivered on May 16, 1961. It was specifically approved in the *Lease Act*. It granted to CFLCo full right to the exclusive use of certain waters of the Churchill River and its watershed for the generation of hydro-electric power, together with the right to transmit the power throughout the Province and to export it from the Province. Other leases were also granted by Her Majesty the Queen in Right of Newfoundland to CFLCo in 1968 covering lands and easements necessary for the Churchill Falls project, including leases for the power site itself where the main generating facilities were built, as well as for roads, transmission lines and an airport. These additional grants were referred to in argument as Crown leases.

Until the early 1960's there were two obstacles that stood in the way of developing the water resources of the Churchill River. The first was the problem of transmitting electricity over great distances from the source at Churchill Falls to the nearest market in southern Quebec and the United States without undue loss of power. In the 1960's a feasible means was developed by engineers of Quebec Hydro-Electric Commission (hereinafter referred to as Hydro-Quebec) using high voltage transmission lines (over 700KV) to transmit electricity over long distances without a substantial loss of power. The second obstacle in the way of Churchill Falls development was financial. In order to finance the project CFLCo had to find a credit-worthy purchaser of its electricity, one that would undertake to purchase electric power on a regular basis whether it was needed or not.

In 1963 discussions began between Hydro-Quebec and CFLCo regarding the development of Churchill Falls and the transmission of power to Quebec. As a result of these discussions a Letter of

consentir un bail à CFLCo, selon des conditions essentiellement semblables à celles du projet de bail annexé à la Loi. Ce bail, appelé bail législatif, a été signé le 16 mai 1961. La *Lease Act* le ratifie expressément. Il accorde à CFLCo tous les droits d'usage exclusif de certaines eaux du fleuve Churchill et de son bassin hydrographique pour la production d'énergie hydro-électrique, de même que le droit de transporter cette énergie dans la province et de l'exporter à l'extérieur de la province. En 1968, d'autres baux ont été consentis à CFLCo par Sa Majesté la Reine du chef de Terre-Neuve quant aux biens-fonds et aux droits de passage nécessaires à l'aménagement des chutes Churchill, notamment des baux relatifs à l'emplacement de la centrale elle-même où l'usine principale a été érigée, de même qu'à l'égard de routes, de lignes de transmission et d'un aéroport. Ces concessions supplémentaires ont été désignées au cours des plaidoiries sous le nom de baux de Sa Majesté.

Jusqu'au début des années 60, il y avait deux obstacles à la mise en valeur des ressources hydrauliques du fleuve Churchill. Le premier de ces obstacles tenait à la difficulté de transporter de l'énergie électrique sur la grande distance qui sépare la centrale, aux chutes Churchill, du marché le plus rapproché au sud du Québec et aux États-Unis, sans perdre une partie importante de cette énergie. Au cours des années 60, les ingénieurs de la Commission hydro-électrique de Québec (ci-après appelée Hydro-Québec) ont trouvé la solution en utilisant des lignes de transmission à haute tension (plus de 700 kV) qui permettraient de transporter l'énergie électrique sur de grandes distances sans en perdre une partie importante. Le second obstacle à l'aménagement des chutes Churchill était d'ordre financier. Pour financer le projet, CFLCo devait trouver, pour l'électricité produite, un acheteur dont le crédit serait solide et qui s'engagerait à acheter l'énergie électrique de façon continue, qu'il en ait besoin ou non.

Les pourparlers entre Hydro-Québec et CFLCo au sujet de l'aménagement des chutes Churchill et du transport de l'énergie électrique au Québec ont commencé en 1963. Par suite de ces pourparlers,

Intent was signed by the parties on October 31, 1966, whereby they expressed an intent to enter into a contract which was to be called the Power Contract for the purchase of hydro-electric power by Hydro-Quebec. The Letter of Intent recognized that the purchase of power by Hydro-Quebec was essential to the feasibility of the project and that the Power Contract would have to meet the requirements of lenders regarding the security for the repayment of debt. The Power Contract and the performance of its various provisions were therefore essential to the completion of the project and after completion it was of fundamental importance to its operation.

In order to finance the project CFLCo was required under the provisions of the Power Contract to raise \$700 million out of an estimated total cost in excess of \$900 million. In addition to bank loans of between \$100 and \$150 million, CFLCo borrowed \$100 million by the issue of General Mortgage Bonds, pursuant to a Deed of Trust of which General Trust of Canada was Trustee, known as the General Mortgage Trust Deed, which was executed on September 1, 1968. It was amended by a supplemental Trust Deed dated May 15, 1969. Pursuant to the Trust Deeds CFLCo assigned and charged all its assets and rights under the Statutory Lease and the Crown leases to the Trustee. The Lieutenant Governor in Council for the Province of Newfoundland consented to this assignment on August 1, 1968.

The bulk of the financing came from the sale of First Mortgage Bonds. CFLCo borrowed \$540 million on the security of Series A bonds and a further \$50 million on the security of Series B bonds. These funds came from lenders outside the Province of Newfoundland and largely from the United States. The Royal Trust was constituted Trustee for the bondholders under a First Mortgage Trust Deed entered into by Royal Trust and CFLCo on May 15, 1969. As security, CFLCo assigned all its assets and rights under the Statutory Lease and Crown leases and all its rights under the Power Contract. General Trust intervened in the Trust Deed as Trustee under the General Mortgage Trust Deed, granting priority to

les parties ont signé, le 31 octobre 1966, un protocole d'entente dans lequel elles exprimaient l'intention de conclure un contrat, qui s'appellerait le contrat d'énergie, pour l'achat d'énergie hydro-électrique par Hydro-Québec. Ce protocole d'entente reconnaissait que l'achat d'énergie par Hydro-Québec était essentiel à la faisabilité du projet et que le contrat d'énergie devrait satisfaire aux exigences des prêteurs quant à la garantie du remboursement de la dette. Le contrat d'énergie et l'exécution de ses différentes dispositions étaient donc essentiels à la réalisation du projet et à l'exploitation de la centrale une fois les travaux terminés.

En vertu des dispositions du contrat d'énergie, CFLCo devait, pour financer le projet, réunir 700 millions de dollars sur un coût total estimé à plus de 900 millions de dollars. En plus d'emprunter de 100 à 150 millions de dollars auprès des banques, CFLCo a emprunté 100 millions de dollars au moyen de l'émission d'obligations d'hypothèque générale, conformément à un acte de fiducie dont le Trust Général du Canada est le fiduciaire, appelé l'acte de fiducie d'hypothèque générale signé le 1<sup>er</sup> septembre 1968. L'acte de fiducie a été modifié par un acte de fiducie supplémentaire en date du 15 mai 1969. Conformément aux actes de fiducie, CFLCo a cédé au fiduciaire tous les droits et tout l'actif qu'elle possédait en vertu du bail législatif et des baux de Sa Majesté. Le lieutenant-gouverneur en conseil de Terre-Neuve a ratifié cette cession le 1<sup>er</sup> août 1968.

Le financement a été réalisé en majeure partie par la vente d'obligations de première hypothèque. CFLCo a effectué un emprunt 540 millions de dollars garanti par des obligations de série A et un autre emprunt de 50 millions de dollars garanti par des obligations de série B. Ces fonds proviennent de prêteurs habitant à l'extérieur de la province de Terre-Neuve et, en grande partie, des États-Unis. Le Trust Royal a été constitué fiduciaire des détenteurs d'obligations en vertu d'un acte de fiducie de première hypothèque signé avec CFLCo le 15 mai 1969. CFLCo cédait, à titre de garantie, tout l'actif et tous les droits qu'elle possédait en vertu du bail législatif et des baux de Sa Majesté ainsi que tous ses droits en vertu du

the First Mortgage Bonds. Newfoundland also intervened in the Trust Deed confirming its consent to the assignment by CFLCo of its assets to the Royal Trust, which consent had been given on May 12, 1969 by an agreement, known as the Financial Agreement, between the Royal Trust, CFLCo, and the Province of Newfoundland. This agreement was made pursuant to and given the force and effect of law by *The Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited (Financing) Act, 1969 (Nfld.)*, c. 76, (the *Financing Act*).

At the time of the hearing of this appeal, according to the statement of facts which forms part of the record, there remained owing by CFLCo in respect of the above-described borrowings \$98 million in General Mortgage Bonds, \$458,620,000 U.S. in Series A First Mortgage Bonds, and \$45,804,000 Cdn. in Series B Bonds.

It is against this background that the Power Contract between CFLCo and Hydro-Quebec was signed on May 15, 1969. It is a lengthy and detailed document. Under the contract CFLCo agreed to supply and Hydro-Quebec agreed to purchase virtually all of the power produced at Churchill Falls for a term of forty years, which was renewable at the option of Hydro-Quebec for a further term of twenty-five years. The price to be paid for the electricity was to be based on the final capital cost of the project. Provision was made for CFLCo to retain a fixed amount of power for use within Labrador by its subsidiary Twin Falls Power Corporation. In addition CFLCo could recall on three years' minimum notice up to 300 megawatts (MW) to meet the needs of the Province of Newfoundland.

The importance of the relationship between CFLCo and Hydro-Quebec to the success of the Churchill Falls development is made evident by a reading of the Power Contract. Each party was to be responsible for the construction of transmission lines on its side of the Quebec-Labrador boundary. To ensure compatibility of the two systems, the

contrat d'énergie. Le Trust Général est intervenu dans l'acte de fiducie à titre de fiduciaire en vertu de l'acte de fiducie d'hypothèque générale pour accorder la priorité aux obligations de première hypothèque. Terre-Neuve est également intervenue dans l'acte de fiducie pour confirmer son consentement à la cession par CFLCo de son actif au Trust Royal, lequel consentement avait été donné le 12 mai 1969 au moyen d'une convention, désignée sous le nom de convention de financement, intervenue entre le Trust Royal, CFLCo et la province de Terre-Neuve. Cette convention a été signée et a acquis force de loi conformément à *The Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited (Financing) Act, 1969 (T.-N.)*, chap. 76, (la *Financing Act*).

À l'audition du présent pourvoi, selon l'exposé des faits versé au dossier, CFLCo devait encore sur les emprunts ci-dessus mentionnés 98 millions de dollars en obligations d'hypothèque générale, 458 620 000 \$ US en obligations de première hypothèque de série A et 45 804 000 \$ CAN en obligations de série B.

C'est dans ce contexte que le contrat d'énergie entre CFLCo et Hydro-Québec a été signé le 15 mai 1969. C'est un document volumineux et détaillé. Aux termes de ce contrat, CFLCo a convenu de fournir, et Hydro-Québec d'acquérir, pratiquement toute l'énergie produite aux chutes Churchill pendant une période de quarante ans; le contrat pourrait être renouvelé, au choix d'Hydro-Québec, pour une durée supplémentaire de vingt-cinq ans. Le prix de l'électricité serait fonction du coût en capital définitif du projet. Il était prévu que CFLCo pourrait retenir une quantité déterminée d'énergie qui serait utilisée au Labrador par sa filiale Twin Falls Power Corporation. De plus, CFLCo pourrait récupérer, après avoir donné un préavis d'au moins trois ans, jusqu'à 300 mégawatts (MW) pour répondre aux besoins de la province de Terre-Neuve.

L'importance que revêtent les rapports entre CFLCo et Hydro-Québec pour la réussite de l'aménagement des chutes Churchill ressort clairement de la lecture du contrat d'énergie. Les parties seraient responsables de la construction des lignes de transmission sur leurs côtés respectifs de la frontière séparant le Québec et le Labrador. Pour

contract provided that transmission lines and related facilities were to be built according to Hydro-Quebec's specifications. Hydro-Quebec was given a supervisory role over CFLCo with respect to maintenance of the development and also acquired the right to operate the plant in the event of CFLCo's failure to do so. For its part Hydro-Quebec agreed to make funds available for the completion of the project over and above the \$700 million to be raised by CFLCo in exchange for mortgage security. If CFLCo lacked the funds necessary to meet debt service payments, Hydro-Quebec agreed to advance the necessary monies in exchange for debentures and shares of CFLCo. The Quebec utility also agreed to pay the difference between six per cent and any greater rate of interest payable by CFLCo on its obligations. Although Hydro-Quebec owns only 34.2 per cent of the issued shares of CFLCo (the remaining 65.8 per cent owned by Newfoundland and Labrador Hydro, a Newfoundland Crown corporation), a voting trust arrangement provides that no substantial changes in the financial or other obligations of CFLCo can be made without the consent of 75 per cent of the shareholders.

The Power Contract also provided that it would be governed and interpreted in accordance with the laws of Quebec and that only the courts of Quebec would have jurisdiction to adjudicate disputes under the Power Contract, subject to ordinary appeal rights and procedures.

The project was a success. CFLCo built the hydro-electric generating plant upon the leased lands in Newfoundland. It has a generating capacity of approximately 5,225MW of power and is capable of producing 34.5 billion kilowatt hours of energy per annum. The delivery of power to Quebec began in 1971 and the whole development was completed on schedule by 1976. As early as 1974, however, problems had arisen. Newfoundland wanted more power for its own use. In January of 1976 the President of Newfoundland and

assurer la compatibilité des deux systèmes, le contrat prévoyait que les lignes de transmission et les installations accessoires devraient être construites selon les devis d'Hydro-Québec. Hydro-Québec se voyait attribuer un rôle de surveillance à l'égard de CFLCo pour ce qui est de la gestion de l'aménagement et acquérait également le droit d'exploiter la centrale si jamais CFLCo omettait de le faire. Pour sa part, Hydro-Québec convenait de procurer les fonds nécessaires pour terminer les travaux en sus des 700 millions de dollars que CFLCo devait réunir en contrepartie de garanties hypothécaires. Dans l'hypothèse où CFLCo n'aurait pas les sommes nécessaires pour faire les paiements du service de la dette, Hydro-Québec convenait d'avancer l'argent requis en échange de débetures et d'actions de CFLCo. Hydro-Québec s'engageait aussi à payer la différence entre le taux d'intérêt de six pour cent et tout taux plus élevé que CFLCo pourrait être appelée à payer sur ses obligations. Même si Hydro-Québec ne détient que 34,2 pour 100 des actions émises de CFLCo (les autres 65,8 pour 100 étant détenus par Newfoundland and Labrador Hydro, une société d'État de Terre-Neuve), une convention de vote fiduciaire prévoit qu'on ne peut apporter aucun changement important aux obligations financières ou autres de CFLCo sans le consentement de 75 pour 100 des actionnaires.

Le contrat d'énergie prévoit également qu'il sera régi et interprété en conformité avec les lois du Québec et que seules les cours du Québec auront compétence pour trancher les différends auxquels le contrat d'énergie pourra donner lieu, sous réserve des droits et procédures ordinaires en matière d'appel.

Le projet a été couronné de succès. CFLCo a construit la centrale hydro-électrique à Terre-Neuve sur les terres cédées à bail. La centrale a une capacité d'environ 5 225 MW et peut produire 34,5 milliards de kilowattheures d'énergie par année. La livraison d'énergie au Québec a commencé en 1971 et tous les travaux d'aménagement ont été terminés comme prévu en 1976. Cependant, des difficultés ont surgi dès 1974. Terre-Neuve voulait réserver plus d'énergie à son propre usage. En janvier 1976, le président de Newfoundland

Labrador Hydro requested from Hydro-Quebec the recall of 600MW of power. This request was not met and in May of 1976 another request, this time to the Premier of Quebec, for 800MW was made. No diversion of power to Newfoundland resulted from these requests. On August 6, 1976 the Government of Newfoundland adopted an Order in Council calling upon CFLCo to supply 800MW to Newfoundland commencing on October 1, 1983. CFLCo declined to comply with the Order in Council because of its commitment to Hydro-Quebec under the Power Contract.

In September 1976, the Government of Newfoundland commenced an action in the Newfoundland Supreme Court for a declaration of entitlement to power under the Statutory Lease. This action is still pending in the courts of Newfoundland. In June of 1977 Hydro-Quebec brought an action in the Quebec courts seeking a declaration of its rights under the Power Contract. That action too is still pending. On December 17, 1980 the *Reversion Act* received Royal Assent after passage in the Legislature of Newfoundland and on February 10, 1981 the present Reference was presented to the Newfoundland Court of Appeal.

## II

The purpose of the *Reversion Act* is expressed in s. 3 which reads as follows:

The purpose of this Act is to provide for the reversion to the province of unencumbered ownership and control in relation to certain water within the province.

The sections which follow make it clear that the water which is affected is that of the Churchill River covered by the Statutory Lease. Section 4, which is the very heart of the Act, provides that the *Lease Act*, including the Statutory Lease, is repealed and that all rights and interests arising under the repealed statute and lease revert in Her Majesty in Right of the Province of Newfoundland free and clear of all encumbrances or claims. Subsection 3 of s. 4 makes an exception in the case of Twin Falls Power Corporation which is permitted to retain any interests, rights, and privileges

land and Labrador Hydro demandait à Hydro-Québec la récupération de 600 MW. Hydro-Québec n'a pas acquiescé à cette demande et en mai 1976 une nouvelle demande portant sur 800 MW était faite, cette fois, au premier ministre du Québec. Aucune dérivation d'énergie vers Terre-Neuve n'a eu lieu par suite de ces demandes. Le 6 août 1976, le gouvernement de Terre-Neuve a adopté un décret enjoignant à CFLCo de fournir 800 MW à Terre-Neuve à compter du 1<sup>er</sup> octobre 1983. CFLCo a refusé d'obtempérer à ce décret à cause de ses engagements pris envers Hydro-Québec en vertu du contrat d'énergie.

En septembre 1976, le gouvernement de Terre-Neuve a intenté une action devant la Cour suprême de Terre-Neuve en vue d'obtenir un jugement déclaratoire concernant son droit à l'énergie en vertu du bail législatif. Cette action est encore en instance devant les tribunaux de Terre-Neuve. En juin 1977, Hydro-Québec a intenté une action devant les tribunaux du Québec en vue d'obtenir un jugement déclaratoire concernant ses droits en vertu du contrat d'énergie. Cette action est encore en instance elle aussi. Le 17 décembre 1980, la *Reversion Act* a reçu la sanction royale après avoir été adoptée par la législature de Terre-Neuve et, le 10 février 1981, le présent renvoi était soumis à la Cour d'appel de Terre-Neuve.

## II

L'objet de la *Reversion Act* est énoncé à l'art. 3 dont voici le texte:

[TRADUCTION] La présente loi a pour objet de pourvoir à la rétrocession à la province de l'entière propriété et du contrôle de certaines eaux situées dans la province.

Les articles suivants énoncent clairement que les eaux en cause sont celles du fleuve Churchill visées par le bail législatif. L'article 4, qui constitue l'essence même de la Loi, prévoit que la *Lease Act*, y compris le bail législatif, est abrogée et que tous les droits et titres qui découlent de la loi et du bail abrogés reviennent à Sa Majesté du chef de la province de Terre-Neuve, libres et quittes de toute charge ou réclamation. Le paragraphe 4(3) énonce une exception en faveur de Twin Falls Power Corporation qui peut retenir tous les droits, titres et privilèges qu'elle a acquis en vertu du bail

acquired under the Statutory Lease or any other lease or licence, save only that Her Majesty in Right of Newfoundland will be substituted for CFLCo as lessor or licensor. Section 4 is reproduced hereunder:

4. (1) *The Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited (Lease) Act, 1961*, including the Statutory Lease, is repealed.

(2) For greater certainty and the avoidance of doubt, all rights, privileges, liberties and interests that cease to be vested in, conferred on or accrued to any person by virtue of subsection (1) shall revert in and be held by Her Majesty free and clear of any claim, encumbrance or other right of any person as if that Act and Statutory Lease had had no effect in law.

(3) Notwithstanding subsections (1) and (2) or any other section of this Act, all rights, privileges, liberties and interests vested in, conferred on or accruing to Twinco under the Statutory Lease and any sublease or licence, as amended, executed pursuant thereto do not cease to vest, confer or accrue and do not revert in Her Majesty but continue on and after the commencement of this Act in all respects as though this Act had not been passed, except that in all respects and for all purposes CFLCo is replaced as lessor or licensor to Twinco by Her Majesty.

(4) For the purpose of subsection (3) "Twinco" means Twinco as defined in paragraph (b) of subsection (1) of clause 7 of Part IV of the Statutory Lease.

Sections 5, 6 and 7 merely make it clear that all rights and interests directly or indirectly stemming from the Statutory Lease or any of the Crown leases revert in the Crown free and clear of all claims and encumbrances. For greater certainty, s. 8 provides specifically that the hydro-electric works of CFLCo vest in the Crown.

Section 9 deals with payment to secured creditors for all indebtedness which has arisen under the Statutory Lease for the works done and created pursuant to its terms. Such payment is to be "both in discharge of the indebtedness and as full and final compensation to persons holding those interests for the reversioning of rights, privileges, liberties and interests referred to in sections 4 to 8 in Her Majesty". The section provides as well for

législatif ou de tout autre bail ou concession avec la seule modification que Sa Majesté du chef de Terre-Neuve remplace CFLCo comme bailleur ou cédant. Voici l'article 4 de la Loi:

[TRADUCTION] 4. (1) *The Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited (Lease) Act, 1961*, y compris le bail législatif, est abrogée.

(2) Pour plus de certitude et pour éliminer tout doute, les droits, privilèges, franchises et titres qui cessent d'appartenir, d'être conférés ou d'échoir à toute personne en vertu du paragraphe (1) reviennent à Sa Majesté, libres et quittes de toute charge, de toute réclamation ou de tout autre droit à l'égard de quiconque comme si la présente loi et le bail législatif n'avaient jamais eu d'effet en droit.

(3) Nonobstant les paragraphes (1) et (2) ou tout autre article de la présente loi, tous les droits, privilèges, franchises et titres attribués, conférés ou échéant à Twinco en vertu du bail législatif et d'un bail de sous-location ou d'une licence et leurs modifications, consentis en vertu dudit bail législatif ne cessent pas d'être attribués, d'être conférés ou d'échoir à Twinco et ne reviennent pas à Sa Majesté, mais sont maintenus sous tous rapports même après l'entrée en vigueur de la présente loi comme si la présente loi n'avait pas été adoptée sauf que, sous tous rapports et à toutes fins, Sa Majesté remplace CFLCo comme bailleur ou concédant vis-à-vis de Twinco.

(4) Aux fins du paragraphe (3), «Twinco» signifie Twinco selon la définition de l'alinéa 7(1)b) de la partie IV du bail législatif.

Les articles 5, 6 et 7 ne font qu'exprimer clairement que tous les droits et titres découlant directement ou indirectement du bail législatif ou de l'un ou l'autre des baux de Sa Majesté reviennent à Sa Majesté libres et quittes de toutes charges et réclamations. Pour plus de certitude, l'art. 8 prévoit expressément que les installations hydro-électriques de CFLCo reviennent à Sa Majesté.

L'article 9 porte sur le paiement aux créanciers garantis de toutes les dettes contractées en vertu du bail législatif pour les travaux exécutés conformément à ses dispositions. Ce paiement doit servir [TRADUCTION] «à éteindre la dette et à indemniser de façon complète et définitive les personnes qui détiennent des droits, en vue de la rétrocession à Sa Majesté des droits, privilèges, franchises et titres mentionnés aux articles 4 à 8». L'article

the settlement of any dispute between a claimant and the Lieutenant Governor in Council by way of an appeal to the Trial Division of the Supreme Court of Newfoundland. Compensation is to include principal, interest accrued to the date of payment, and any premiums due as if the debt instruments were redeemed on the date of payment under subs. (1). Section 9 is reproduced hereunder:

9. (1) Her Majesty shall pay, as set out in subsection (2), the amount of all indebtedness secured by way of mortgage, lien, debenture or other encumbrance against the rights, privileges, liberties or interests referred to in the Statutory Lease and other instruments set forth in subsection (1) of section 5 and section 6 or hydro-electric works held under a Crown lease issued under clause 7 of Part III of the Statutory Lease both in discharge of the indebtedness and as full and final compensation to persons holding those interests for the revesting of rights, privileges, liberties and interests referred to in sections 4 to 8 in Her Majesty.

(2) Her Majesty may pay the indebtedness in cash or in such manner as the Lieutenant-Governor in Council may prescribe by regulation, but where payment is permitted by a method other than cash the secured creditor may choose between cash or that other method of payment.

(3) Payment provided for in subsection (1) shall be made after a claim has been established to the satisfaction of the Lieutenant-Governor in Council and the claimant has executed a release in the form prescribed by regulation.

(4) Where a claimant is not satisfied with the decision of the Lieutenant-Governor in Council pursuant to subsection (3), the claimant may appeal to the Trial Division of the Supreme Court of Newfoundland within ninety days of the making of the decision.

(5) The payment provided for in this section is substituted for the security referred to in subsection (1) and, as against Her Majesty or any agent thereof, any claim to, or in respect of, an encumbrance referred to in subsection (1) becomes a claim for such payment and shall no longer affect or be a charge upon the encumbered property.

(6) For the purpose of this section "indebtedness" includes

(a) the principal as of the date of payment,

prévoit également le règlement de tout différend entre un réclamant et le lieutenant-gouverneur en conseil par voie d'appel à la Division de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve. L'indemnisation doit comprendre le principal et les intérêts courus jusqu'à la date du paiement et toute prime due comme si les titres de créance étaient rachetés à la date du paiement prévu au par. (1). Voici le texte de l'art. 9:

[TRADUCTION] 9. (1) Sa Majesté doit payer, tel que prévu au paragraphe (2), le montant de toute dette garantie par voie d'hypothèque, de privilège, d'obligation ou de toute autre charge grevant les droits, privilèges, franchises ou titres mentionnés au bail législatif et aux autres documents énumérés au paragraphe (1) de l'article 5 et à l'article 6, ou les installations hydro-électriques détenues en vertu d'un bail de Sa Majesté délivré en application de la clause 7 de la partie III du bail législatif, de manière à éteindre la dette et à indemniser de façon complète et définitive les personnes qui détiennent des droits, en vue de la rétrocession à Sa Majesté des droits, privilèges, franchises et titres mentionnés aux articles 4 à 8.

(2) Sa Majesté peut payer la dette en espèces ou de toute manière que le lieutenant-gouverneur en conseil peut déterminer par règlement, sauf que, si le paiement peut être fait autrement qu'en espèces, le créancier garanti peut choisir entre le paiement en espèces et cet autre mode de paiement.

(3) Le paiement prévu au paragraphe (1) sera fait quand le bien-fondé d'une réclamation aura été démontré à la satisfaction du lieutenant-gouverneur en conseil et après la signature par le réclamant d'une quittance sous la forme prescrite par règlement.

(4) Si un réclamant n'est pas satisfait de la décision du lieutenant-gouverneur en conseil rendue conformément au paragraphe (3), il peut interjeter appel à la Division de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent la décision.

(5) Le paiement prévu au présent article remplace la garantie mentionnée au paragraphe (1) et, à l'égard de Sa Majesté ou de l'un quelconque de ses mandataires, toute réclamation visant une charge mentionnée au paragraphe (1) devient une réclamation pour ce paiement et ne constitue plus une charge sur les biens grevés.

(6) Aux fins du présent article, «dette» comprend:

a) le principal à la date du paiement,

- (b) all interest as provided for in the debt instruments as may accrue to the date when payment under subsection (1) is made, and
- (c) premiums, if any, due as if the debt instruments were redeemed on the date when payment under subsection (1) is made. a

Section 10 provides for compensation to shareholders of CFLCo for any loss in value of their shares resulting from the coming into force of the *Reversion Act*. In case of any dispute as to valuation, the shareholder may appeal to the Trial Division of the Newfoundland Supreme Court. Section 11 provides for payments under the Act from the provincial Consolidated Revenue Fund. Section 10 bars any action arising from the coming into force of the Act other than for compensation as provided in the Act. Sections 10, 11 and 12 are reproduced hereunder: b

10. (1) A shareholder of CFLCo has the right to elect to receive compensation from Her Majesty for any reduction in the value of the common shares of CFLCo owned by that shareholder that results from the coming into force of this Act. c

(2) A shareholder who elects to receive compensation shall apply to and satisfy the Lieutenant-Governor in Council of the amount by which his shares have been reduced in value. d

(3) Compensation for the purposes of subsection (1) shall be calculated in accordance with subsections (4) and (5). e

(4) Subject to subsection (5), for the purpose of calculating the amount of the reduction in the value of the CFLCo common shares the value of those shares immediately prior to the coming into force of this Act shall be determined by the Lieutenant-Governor in Council, as if this Act had not come into force, on a fair and equitable basis having regard to f

(a) the projected income or losses of CFLCo over the remaining period of its contractual commitments for the sale of its output of electrical energy;

(b) the net book value of such shares immediately prior to the coming into force of this Act; and g

(c) such other factors as he may, in his discretion, consider appropriate. h

(5) For the avoidance of doubt and only for the purpose of this section, the value of the common shares i

b) les intérêts prévus aux titres de créance et courus à la date du paiement visé au paragraphe (1) et

c) s'il y a lieu, toute prime due comme si les titres de créance étaient rachetés à la date du paiement visé au paragraphe (1). j

L'article 10 prévoit l'indemnisation des actionnaires de CFLCo de toute perte de valeur de leurs actions découlant de l'entrée en vigueur de la *Reversion Act*. En cas de contestation quant à l'évaluation, l'actionnaire peut interjeter appel à la Division de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve. L'article 11 édicte que les paiements à effectuer en vertu de la Loi seront faits à même le Fonds du revenu consolidé de la province. L'article 10 empêche toute action émanant de l'entrée en vigueur de la Loi sauf si cette action vise l'indemnisation prévue par la Loi. Les articles 10, 11 et 12 se lisent ainsi: k

[TRADUCTION] 10. (1) Tout actionnaire de CFLCo peut choisir d'être indemnisé par Sa Majesté pour toute diminution de valeur des actions ordinaires de CFLCo lui appartenant qui résulte de l'entrée en vigueur de la présente loi. l

(2) Tout actionnaire qui choisit d'être indemnisé doit faire une demande au lieutenant-gouverneur en conseil et établir le montant de la diminution de valeur de ses actions. m

(3) L'indemnisation prévue au paragraphe (1) doit être calculée conformément aux paragraphes (4) et (5). n

(4) Sous réserve du paragraphe (5), aux fins de calculer la diminution de valeur des actions ordinaires de CFLCo, le lieutenant-gouverneur en conseil doit déterminer la valeur qu'avaient ces actions immédiatement avant l'entrée en vigueur de la présente loi comme si la présente loi n'était pas entrée en vigueur, de manière juste et raisonnable compte tenu o

a) des prévisions de revenus ou de pertes de CFLCo pour le reste de la durée de ses engagements contractuels relatifs à la vente de sa production d'énergie électrique;

b) de la valeur comptable nette de ses actions immédiatement avant l'entrée en vigueur de la présente loi; et p

c) des autres facteurs qu'il peut, à sa discrétion, juger pertinents. q

(5) Pour plus de certitude et pour les seules fins du présent article, la valeur des actions ordinaires de r



of CFLCo immediately prior to the coming into force of this Act shall not, other than as set out in subsection (4), be affected by any right or interest consequential to or contingent on the holding of those common shares.

(6) A shareholder may appeal any decision of the Lieutenant-Governor in Council under this section to the Trial Division of the Supreme Court of Newfoundland within ninety days of the making of the decision.

11. Payment by Her Majesty under this Act and expenses incurred in the administration of this Act shall be paid by the Minister of Finance out of the Consolidated Revenue Fund of the province.

12. No action or proceeding lies against any person including Her Majesty, and Minister, agent or servant of Her Majesty or any company in which Her Majesty or an agent thereof has an interest, for or in respect of

- (a) the revesting in Her Majesty by virtue of this Act or the consequent divesting of any person, of any right, privilege, liberty or other interest;
- (b) the reversion to Her Majesty pursuant to this Act or otherwise of any fixtures, structures, improvements or hydro-electric works of any person having any interest extinguished by virtue of this Act;
- (c) the breach, if any, of a leasehold or other covenant or undertaking of Her Majesty to or in favour of any person including the provisions of any agreement entered into by Her Majesty on or prior to the date of the commencement of this Act;
- (d) the breach, if any, by a person of a lease, assignment or covenant within the jurisdiction of the province, where such breach has been caused by reason of this Act;
- (e) injurious affection to the property, hydro-electric works or business of a person caused by or resulting, in whole or in part, by reason of this Act;
- (f) mortgages, liens, judgments or encumbrances, or sums due to the holders thereof, upon or held with respect to rights or interests referred to in sections 4 to 8;
- (g) the payment of compensation or interest thereon except to the extent provided by this Act; or

CFLCo immédiatement avant l'entrée en vigueur de la présente loi ne sera pas modifiée, sauf dans la mesure prévue au paragraphe (4), par quelque droit ou titre résultant ou dépendant de la possession de ces actions ordinaires.

*a* (6) Tout actionnaire peut interjeter appel de la décision du lieutenant-gouverneur en conseil, rendue en vertu du présent article, à la Division de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent la décision.

*b* 11. Les montants versés par Sa Majesté en vertu de la présente loi et les dépenses occasionnées par l'application de la présente loi seront payés par le ministre des Finances à même le Fonds du revenu consolidé de la province.

*c* 12. Il n'existe aucune action ni aucune procédure à l'encontre de qui que ce soit, notamment Sa Majesté, tout ministre, mandataire ou préposé de Sa Majesté ou toute société dans laquelle Sa Majesté ou l'un de ses mandataires peut détenir une participation, en ce qui concerne:

- d* a) la rétrocession à Sa Majesté en vertu de la présente loi, ou le dépouillement qui en résulte, pour quiconque, de tout droit, privilège, franchise ou autre titre;
- e* b) la rétrocession à Sa Majesté, en application de la présente loi ou autrement, de toute installation, construction, amélioration ou de tout ouvrage hydro-électrique appartenant à quiconque a des droits éteints en vertu de la présente loi;
- f* c) l'inexécution, s'il y a lieu, de tout bail, engagement ou promesse de Sa Majesté en faveur de quiconque, notamment des dispositions de toute convention conclue par Sa Majesté à la date d'entrée en vigueur de la présente loi ou avant cette date;
- g* d) l'inexécution, s'il y a lieu, par une personne, d'un bail, d'une cession ou d'un engagement dans le territoire de la province, si cette inexécution découle de la présente loi;
- h* e) tout effet préjudiciable à la propriété, aux ouvrages hydro-électriques ou aux affaires d'une personne, qui, en totalité ou en partie, est causé par la présente loi ou en découle;
- i* f) les hypothèques, privilèges, jugements, charges ou sommes dues à leurs détenteurs, relativement aux droits ou titres mentionnés aux articles 4 à 8;
- j* g) le paiement de l'indemnisation ou des intérêts y relatifs, sauf dans la mesure prévue par la présente loi; ou

(h) any other matter caused by, arising out of or incidental to the cessation of the rights or benefits in relation thereto and the vesting of those rights and benefits in Her Majesty as provided for in this Act.

h) toute autre question résultant ou découlant de la suppression des droits ou avantages qui s'y rapportent et la dévolution de ces droits et avantages à Sa Majesté conformément à la présente loi.

Section 15 which came into force on the giving of Royal Assent provides for the making of the Reference to the Court of Appeal, which is the subject of the present appeal, even though the rest of the Act has not been proclaimed in force. It will be recalled, however, that the case is to be dealt with as if the Act were already in force.

L'article 15, qui est entré en vigueur au moment de la sanction royale, prévoit qu'il y aura renvoi à la Cour d'appel, lequel renvoi fait l'objet du présent pourvoi, même si les autres articles de la Loi n'ont pas été mis en vigueur par proclamation. On se rappellera cependant que l'affaire doit être entendue comme si la Loi était déjà en vigueur.

### III

In this Court and apparently in the Court of Appeal, the arguments of counsel embraced the constitutional validity of the *Reversion Act* as a whole, rather than dealing with it section by section as contemplated by the nine questions referred to the Court.

### III

En cette Cour et manifestement en Cour d'appel, les plaidoiries des avocats ont porté sur la constitutionnalité de la *Reversion Act* dans son ensemble et non pas article par article comme l'envisagent les neuf questions soumises à la Cour.

The appellants challenged the constitutional validity of the *Reversion Act* on several grounds. Though differently stated by the parties, these grounds may be summarized as follows:

Les appelants ont contesté la constitutionnalité de la *Reversion Act* en invoquant plusieurs moyens. Même si les parties ont énoncé ces moyens de façon différente, on peut les résumer ainsi:

1. The Act interferes with the status and capacity of a federally-incorporated company.
2. The Act is legislation in relation to property and civil rights outside the Province of Newfoundland.
3. The Act is in relation to the regulation of interprovincial trade and commerce.
4. The Act is in relation to an interprovincial work or undertaking.

1. La Loi porte atteinte au statut et aux pouvoirs d'une compagnie à charte fédérale.
2. La Loi porte sur la propriété et les droits civils à l'extérieur de la province de Terre-Neuve.
3. La Loi porte sur la réglementation du trafic et du commerce interprovinciaux.
4. La Loi porte sur des travaux ou une entreprise de nature interprovinciale.

Not every appellant argued all of the grounds listed above, but each appellant in general terms supported the admissibility of certain extrinsic evidence for the purpose of constitutional characterization of the *Reversion Act*.

Les appelants n'ont pas tous invoqué ces quatre moyens, mais chacun d'eux a, de façon générale, préconisé la recevabilité de certains éléments de preuve extrinsèques aux fins de la caractérisation constitutionnelle de la *Reversion Act*.

An additional argument was advanced by the appellant Royal Trust to the effect that, even if the *Reversion Act* is constitutionally valid, it is ineffective to repeal the rights of secured creditors under the Financial Agreement, the *Financing Act*, and the First Mortgage Trust Deed in which the Province intervened. It was argued that these rights

L'appelante Trust Royal a avancé un autre argument selon lequel, même si la *Reversion Act* est constitutionnelle, elle n'a pas pour effet d'abroger les droits des créanciers garantis en vertu de la convention de financement, de la *Financing Act* et de l'acte de fiducie de première hypothèque dans lequel est intervenue la province. On a soutenu que

were specific and given legislative force and could not be repealed by implication or by general legislation such as the *Reversion Act*. The questions referred to the Court of Appeal and to this Court concern the constitutional validity of the *Reversion Act* and the effect of the Act on various statutes, leases and rights, should certain provisions be *intra vires*. None of the questions refers to the argument advanced by the Royal Trust and most of the parties to this appeal did not address the issue. I therefore do not consider it appropriate to deal with this argument.

The respondent Attorney General of Newfoundland, supported by the Attorney General for Saskatchewan and the Attorneys General of British Columbia and Manitoba, argued that the Statutory Lease and the *Lease Act* were statutory rather than contractual instruments and therefore subject to repeal by the Legislature of Newfoundland, which had enacted them. Accordingly, all rights acquired under the statutory instruments fell with the repeal of the enactments. Alternatively, it was contended that the *Reversion Act* is valid legislation under subs. (5), (10), (13) and (16) of s. 92 of the *Constitution Act, 1867* and is not rendered invalid because of any incidental effects it may have on extra-provincial interests.

#### IV

In general, the same arguments were heard by the Newfoundland Court of Appeal as were argued before this Court. By its judgment on March 5, 1982 the Court of Appeal held that the *Reversion Act* was *intra vires* of the Legislature of Newfoundland. Morgan J.A., speaking for the court, considered that the Act did more than merely repeal provincial legislation in that it expropriated the assets of CFLCo thus raising a constitutional question. He said:

In our view, the Act in question does more than modify or repeal existing legislation. It also purports to expropriate the fixed assets of CFLCo used in the generation of electric power while expressly precluding that company from asserting any claim either for additional compensation for the loss of its property or damages for breach of any of its leases. We must decide, then, whether the legislation is in respect of any of

ces droits sont spécifiques et ont force de loi et qu'ils ne peuvent être abrogés de façon implicite ou par une loi générale comme la *Reversion Act*. Les questions soumises à la Cour d'appel et à cette Cour portent sur la constitutionnalité de la *Reversion Act* et sur la portée de cette loi sur divers autres textes de lois, baux et droits, si jamais certaines dispositions sont constitutionnelles. Aucune des questions ne mentionne l'argument avancé par Trust Royal et la majorité des parties au présent pourvoi n'ont pas abordé cette question. Je considère donc qu'il est inutile d'aborder cet argument.

Le procureur général de Terre-Neuve intimé, appuyé en cela par les procureurs généraux de la Saskatchewan, de la Colombie-Britannique et du Manitoba, a soutenu que le bail législatif et la *Lease Act* sont des textes législatifs plutôt que des textes contractuels et qu'en conséquence ils sont sujets à abrogation par la législature de Terre-Neuve qui les a adoptés. En conséquence, l'abrogation de ces textes législatifs a pour effet d'annuler tous les droits acquis en vertu de ceux-ci. On a soutenu de façon subsidiaire que la *Reversion Act* est valide en vertu des par. (5), (10), (13) et (16) de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que les effets secondaires qu'elle peut avoir sur des droits extra-provinciaux ne la rendent pas invalide.

#### IV

De façon générale, les arguments invoqués en Cour d'appel de Terre-Neuve ont été repris en cette Cour. Dans son arrêt du 5 mars 1982, la Cour d'appel a statué que la *Reversion Act* est *intra vires* de la législature de Terre-Neuve. Le juge Morgan, s'exprimant au nom de la cour, a estimé que la Loi fait plus que simplement abroger une loi provinciale parce qu'elle exproprie les biens de CFLCo et de ce fait soulève une question constitutionnelle. Il a affirmé:

[TRADUCTION] À notre avis, la loi en cause fait plus que modifier ou abroger une loi existante. Elle vise aussi à exproprier les immobilisations de CFLCo qui servent à produire l'énergie électrique, tout en empêchant expressément cette compagnie de réclamer une indemnisation additionnelle pour la perte de ses biens ou des dommages-intérêts pour la rupture de l'un ou l'autre de ses baux. Nous devons alors décider si cette loi vise l'une ou

classes of subjects enumerated in s. 92, and assigned exclusively to the provinces and, if so, whether the subject matter of the Act also falls within one of the classes of subjects in s. 91, as a result of which the legislative authority of the Province is thereby overborne.

Citing the decision of this Court in *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] S.C.R. 383, Morgan J.A. expressed the view that a provincial legislature was fully competent to expropriate property within its territorial limits and concluded: "There can thus be no question here that the Reversion Act on its face is validly enacted legislation of the Newfoundland Legislature".

In dealing with the argument regarding the infringement of extra-provincial civil rights, the court considered the admissibility and weight of certain extrinsic evidence tendered by Hydro-Quebec in support of its argument. Morgan J.A. concluded, after considering recent judgments of this Court, that the general rule of inadmissibility of extrinsic evidence to establish the real purpose and intent of an enactment had not been relaxed. He expressed the view that, while such evidence could be admitted to indicate the background against which the legislation was enacted, it could have no weight in determining the real purpose and intent of the statute.

The court then held that the *Reversion Act* in pith and substance concerned civil rights within the Province of Newfoundland and extra-provincial effects were collateral or incidental to its main purpose. As to the question of the regulation of interprovincial trade and commerce, the Court of Appeal held that the mere fact that the *Reversion Act* would have an effect on interprovincial trade did not infringe the federal power under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*, since such an effect was incidental to the main purpose of the Act. The court shortly disposed of the argument that the Act sterilized a federally-incorporated company holding that the expropriation of CFLCo's assets did not affect or impair the company's ability to continue to function. The *Reversion Act* was also held not to be *ultra vires* because of interference with an interprovincial work or undertaking. Morgan J.A. noted that the expro-

l'autre des catégories de sujets énumérés à l'art. 92 et attribués de façon exclusive aux provinces et, dans l'affirmative, si l'objet de la Loi relève également d'une catégorie de sujets énumérés à l'art. 91, ce qui aurait pour effet d'outrepasser la compétence provinciale.

Citant l'arrêt de cette Cour *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] R.C.S. 383, le juge Morgan exprime l'avis que la législature d'une province est tout à fait compétente pour exproprier des biens situés sur son territoire et conclut: [TRADUCTION] «Ainsi, il ne peut y avoir de doute en l'espèce que la Reversion Act est, de prime abord, une loi valide de la législature de Terre-Neuve».

À propos de l'argument relatif à l'empiètement sur les droits civils extra-provinciaux, la cour a examiné la recevabilité et la valeur de certains éléments de preuve extrinsèques soumis par Hydro-Québec à l'appui de son argument. Le juge Morgan a conclu, après avoir étudié la jurisprudence récente de cette Cour, que la règle générale de l'irrecevabilité des éléments de preuve extrinsèques visant à établir l'objet véritable d'une loi n'a pas été assouplie. Il a exprimé l'avis que, même si de tels éléments de preuve étaient recevables pour indiquer le contexte dans lequel la Loi a été adoptée, ils ne pouvaient avoir de valeur pour déterminer l'objet véritable de la Loi.

La cour a ensuite conclu que, de par son caractère véritable, la *Reversion Act* porte sur les droits civils dans la province de Terre-Neuve et que ses effets extra-provinciaux sont accessoires ou secondaires par rapport à son objet principal. Quant à la question de la réglementation du trafic et du commerce interprovinciaux, la Cour d'appel a statué que le simple fait que la *Reversion Act* aurait un effet sur le commerce interprovincial ne constitue pas un empiètement sur la compétence fédérale visée au par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* puisqu'il s'agit là d'un effet secondaire par rapport à l'objet principal de la Loi. La cour a rapidement tranché l'argument selon lequel la Loi paralysait une compagnie à charte fédérale en exprimant l'avis que l'expropriation des biens de CFLCo ne compromettrait pas la capacité de la compagnie de poursuivre ses opérations. On a aussi conclu que la *Reversion Act* n'est pas *ultra vires*

priated works and undertakings are situate wholly within the territorial limits of the Province of Newfoundland, that there is no superseding federal legislation, and that the Act does not purport to regulate the transmission line and its connection at the Quebec-Labrador boundary.

The Court of Appeal therefore concluded that the *Reversion Act* is wholly *intra vires* of the Newfoundland Legislature and it answered in the affirmative questions 1, 3, 5, 7, and 9 of the Reference. The court declined to answer the remaining Reference questions. The main reason for doing so is summarized in the following passage from the court's judgment:

It is undesirable for the Court to answer in the abstract questions that may involve consideration of debatable fact and which may affect the rights of persons not represented before it.

#### V

As noted earlier, the case before us was argued on the basis of the constitutional validity of the *Reversion Act* as a whole, rather than section by section as suggested by the Reference questions. I propose to deal with the issues in the same way. Before dealing with the arguments raised by the appellants regarding the division of legislative powers, it is convenient to deal with the argument of counsel for the Attorney General of Newfoundland that the *Reversion Act* merely repeals provincial legislation and legislative rights and that, therefore, no constitutional issue arises. In my view, this argument was dealt with adequately in the Court of Appeal and I have already quoted the words employed by Morgan J.A. on that point. It is evident that the *Reversion Act* does much more than simply repeal the *Lease Act* and it, therefore, raises the constitutional questions referred to by Morgan J.A.

#### VI

On the hearing before the Court of Appeal Hydro-Quebec tendered as evidence the affidavit of one of its senior counsel, André E. Gadbois,—it

en raison de l'ingérence dans une entreprise ou un ouvrage de nature interprovinciale. Le juge Morgan a souligné que les travaux et entreprises expropriés se trouvent entièrement dans les limites territoriales de la province de Terre-Neuve, qu'il n'y a pas de loi fédérale ayant préséance et que la Loi n'a pas pour objet de réglementer la ligne de transmission et son raccordement à la frontière qui sépare le Québec du Labrador.

La Cour d'appel a donc conclu que la *Reversion Act* relève entièrement de la compétence de la législature de Terre-Neuve et elle a répondu par l'affirmative aux questions 1, 3, 5, 7 et 9 du renvoi.

La Cour d'appel a refusé de répondre aux autres questions posées. Son motif principal de ne pas y répondre est résumé dans l'extrait suivant de ses motifs de jugement:

[TRADUCTION] Il n'est pas souhaitable que la cour réponde dans l'abstrait à des questions qui peuvent comporter l'étude de faits discutables et qui peuvent avoir une incidence sur les droits de personnes qui ne sont pas représentées devant elle.

#### V

Comme je l'ai déjà souligné, l'affaire a été débattue devant nous en fonction de la constitutionnalité de la *Reversion Act* dans son ensemble plutôt qu'article par article comme le proposent les questions du renvoi. J'ai l'intention de traiter les questions en litige de la même façon. Avant d'aborder les arguments soulevés par les appelants au sujet du partage des compétences législatives, il y a lieu de traiter l'argument de l'avocat du procureur général de Terre-Neuve selon lequel la *Reversion Act* ne fait qu'abroger une loi provinciale et des droits accordés par voie législative et, par conséquent, aucune question constitutionnelle n'est soulevée. À mon sens, la Cour d'appel a bien répondu à cet argument et j'ai déjà cité les paroles du juge Morgan à ce sujet. Il est clair que la *Reversion Act* fait plus que simplement abroger la *Lease Act* et qu'elle soulève ainsi les questions constitutionnelles mentionnées par le juge Morgan.

#### VI

À l'audience en Cour d'appel, Hydro-Québec a soumis en preuve la déclaration sous serment de l'un de ses avocats principaux, M<sup>e</sup> André E.

was included as an appendix to the factum of Hydro-Quebec—which set forth the circumstances surrounding the Churchill Falls power development and the negotiations which led up to the execution of the Power Contract. Exhibits to the affidavit dealt with various matters connected with the dealings between the parties, including correspondence regarding the Newfoundland request for the recapture of 800MW of power already committed in the Power Contract for sale to Hydro-Quebec, copies of speeches and public declarations of highly-placed officials in Newfoundland and members of the Newfoundland Legislature made both in and out of the Legislative Assembly, copies of pleadings in the actions pending between the parties in Newfoundland and Quebec, copies of interviews given by the Premier and other Newfoundland cabinet ministers to the press, and a copy of an explanatory pamphlet sent by the Government of Newfoundland to the bondholders under the First Mortgage Bonds and to Hydro-Quebec at the time the *Reversion Act* was introduced in the Newfoundland Legislature. All of this evidence was tendered on the question of the Newfoundland government's policy regarding the Power Contract.

The Court of Appeal reserved judgment as to the relevancy and weight of this material and dealt with the question in the reasons of the court. Morgan J.A. said:

In our view, the extrinsic materials sought to be introduced in the present case can have no weight in determining the true purpose and intent of the Act. However, in so far as they provide background against which the legislation was enacted, they may properly be considered.

Then after commenting that for the purpose of constitutional characterization of an Act evidence of what was in the mind of the Legislature in enacting the legislation could be considered, he said:

The factual background of the Reversion Act is a matter of public general knowledge and is recited in a memorandum published by the Government of Newfoundland dated November 21, 1980 entitled "The

Gadbois,—cette déclaration est jointe en annexe au mémoire d'Hydro-Québec—qui relate les circonstances de l'aménagement hydro-électrique des chutes Churchill et des négociations qui ont précédé la signature du contrat d'énergie. Les pièces jointes à la déclaration portent sur différentes questions liées aux négociations intervenues entre les parties; elles comprennent notamment la correspondance échangée au sujet de la demande de Terre-Neuve visant à récupérer 800 MW déjà promis à Hydro-Québec en vertu du contrat d'énergie, des textes d'allocutions et de déclarations publiques de personnalités de Terre-Neuve et de députés de la législature de Terre-Neuve prononcées tant en Chambre qu'à l'extérieur de celle-ci, des transcriptions des plaidoiries effectuées dans les actions pendantes entre les parties à Terre-Neuve et au Québec, des transcriptions d'entrevues accordées à la presse par le Premier ministre et d'autres membres du cabinet de Terre-Neuve et une copie de la brochure explicative transmise par le gouvernement de Terre-Neuve aux détenteurs d'obligations de première hypothèque et à Hydro-Québec au moment du dépôt devant la Législature de la *Reversion Act*. Tous ces éléments de preuve ont été soumis à l'égard de l'attitude du gouvernement de Terre-Neuve vis-à-vis du contrat d'énergie.

La Cour d'appel a mis en délibéré la pertinence et la valeur probante de ces documents, et elle a tranché la question dans ses motifs de jugement. Le juge Morgan a affirmé:

[TRADUCTION] À notre avis, les pièces extrinsèques qu'on a voulu nous soumettre en l'espèce ne peuvent avoir de valeur pour déterminer l'objet véritable de la Loi. Toutefois, dans la mesure où elles donnent le contexte dans lequel la Loi a été adoptée, elles sont recevables.

Après avoir expliqué qu'aux fins de la caractérisation constitutionnelle d'une loi on peut tenir compte des éléments de preuve relatifs à l'intention qu'avait la Législature en adoptant la Loi, il affirme:

[TRADUCTION] Le contexte factuel de l'adoption de la *Reversion Act* est de notoriété publique générale et il est énoncé dans un mémoire publié par le gouvernement de Terre-Neuve le 21 novembre 1980 et intitulé «The

Energy Priority of Newfoundland and Labrador”, a copy of which was filed with the Court.

and after referring to its contents, he said:

We cite this memorandum, not as evidence of the facts therein recited, but as an indication of the materials the Government of Newfoundland had before them when promoting the statute now in question.

The general exclusionary rule formerly considered to be applicable in dealing with the admissibility of extrinsic evidence in constitutional cases has been set aside or at least greatly modified and relaxed. Dickson J., speaking for this Court, in the *Reference re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, at p. 722, said:

I think it can be taken from the conduct of the *Anti-Inflation Reference* and the use of extrinsic materials by the members of the Court in that case that the exclusionary rule expressed in *obiter* by Rinfret C.J. in *Reference Re Validity of Wartime Leasehold Regulations*, [1950] S.C.R. 124, can no longer be taken as a correct statement of the law.

He continued by expressing the view that no inflexible rule governing the admission of extrinsic evidence in constitutional references should be formulated and in this he was adopting the view expressed by Laskin C.J., speaking for himself, Judson, Spence, and Dickson J.J. in the *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at p. 389:

... no general principle of admissibility or inadmissibility can or ought to be propounded by this Court, and ... the questions of resort to extrinsic evidence and what kind of extrinsic evidence may be admitted must depend on the constitutional issues on which it is sought to adduce such evidence.

By way of illustration of the different approaches that could be applied, depending on the nature of the constitutional issue facing the Court, the Chief Justice went on, at pp. 389-90, to say that:

Taxing legislation provides, in my opinion, an apt illustration of the dangers of generalization so far as extrinsic material is concerned. Since the provincial taxing power is a limited one, namely a power to legislate in relation to “direct taxation within the Province in order to the raising of a revenue for provincial pur-

Energy Priority of Newfoundland and Labrador» dont un exemplaire a été produit en l’espèce.

Et après avoir fait état du contenu de ce mémoire, il ajoute:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Nous citons ce mémoire non pas comme preuve des faits qui y sont relatés, mais à titre d’indication des documents dont disposait le gouvernement de Terre-Neuve lorsqu’il a proposé la loi en question.

<sup>b</sup> La règle générale d’exclusion des éléments de preuve extrinsèques qui était autrefois jugée applicable aux affaires constitutionnelles a été écartée ou du moins considérablement modifiée et assouplie. Le juge Dickson, s’exprimant au nom de la Cour dans le renvoi *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, affirme, à la p. 722:

<sup>c</sup> <sup>d</sup> À mon avis, depuis le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation* et l’utilisation par les membres de cette Cour de documents extrinsèques dans cette affaire, on peut déduire que la règle d’exclusion énoncée par le juge [en chef] Rinfret en *obiter* dans *Reference Re Validity of Wartime Leasehold Regulations*, [1950] R.C.S. 124, n’est plus valable en droit.

<sup>e</sup> Il poursuit en exprimant l’avis qu’on ne devrait pas formuler de règle rigide quant à la recevabilité d’éléments de preuve extrinsèques dans les renvois constitutionnels. Il souscrit, à cet égard, à l’opinion exprimée par le juge en chef Laskin, en son propre nom et en celui des juges Judson, Spence et Dickson, dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373 à la p. 389:

<sup>f</sup> <sup>g</sup> ... la Cour doit s’abstenir de formuler un principe général sur l’admissibilité de la preuve extrinsèque, et le droit d’y avoir recours ainsi que le genre d’éléments de preuve susceptibles d’êtres reçus dépendent des questions constitutionnelles au sujet desquelles on veut les présenter.

<sup>h</sup> Pour illustrer les différentes méthodes qui peuvent être appliquées, selon la nature de la question constitutionnelle soumise à la Cour, le Juge en chef poursuit, aux pp. 389 et 390:

<sup>i</sup> <sup>j</sup> La législation fiscale illustre bien, à mon avis, les dangers de la généralisation à l’égard de la preuve extrinsèque. Le pouvoir fiscal provincial étant limité à «la taxation directe dans les limites de la province, en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux», l’application et l’effet d’une loi fiscale provinciale sont

poses”, the operation and effect of what is in form provincial taxing legislation are relevant matters on which extrinsic evidence may be helpful to enable a Court to decide whether the legislation masks an impermissible purpose or object.

It will therefore be open to the Court in a proper case to receive and consider extrinsic evidence on the operation and effect of the legislation. In view of the positions of the parties, particularly the appellants’ contention that the *Reversion Act* has extra-provincial effect, this is, in my opinion, such a case.

I agree with the Court of Appeal in the present case that extrinsic evidence is admissible to show the background against which the legislation was enacted. I also agree that such evidence is not receivable as an aid to construction of the statute. However, I am also of the view that in constitutional cases, particularly where there are allegations of colourability, extrinsic evidence may be considered to ascertain not only the operation and effect of the impugned legislation but its true object and purpose as well. This was also the view of Dickson J. in the *Reference re Residential Tenancies Act, 1979, supra*, at p. 721, where he said:

In my view a court may, in a proper case, require to be informed as to what the effect of the legislation will be. The object or purpose of the Act in question may also call for consideration though, generally speaking, speeches made in the Legislature at the time of enactment of the measure are inadmissible as having little evidential weight.

This view is subject, of course, to the limitation suggested by Dickson J., at p. 723 of the same case, that only evidence which is not inherently unreliable or offending against public policy should be admissible:

A constitutional reference is not a barren exercise in statutory interpretation. What is involved is an attempt to determine and give effect to the broad objectives and purpose of the Constitution, viewed as a “living tree”, in the expressive words of Lord Sankey in *Edwards and Others v. Attorney-General for Canada and Others*, [1930] A.C. 124. Material relevant to the issues before the court, and not inherently unreliable or offending

des éléments sur lesquels une preuve extrinsèque peut aider la Cour à décider si la Loi dissimule un objet inadmissible.

*a*

Il est donc loisible à la Cour, dans un cas qui s’y prête, de recevoir et d’examiner des éléments de preuve extrinsèques concernant l’application et l’effet de la législation. Compte tenu des positions des parties, notamment de la prétention des appellants que la *Reversion Act* a un effet extra-provincial, nous sommes, à mon sens, en présence d’un tel cas.

*b*

*c*

Je suis d’accord avec la Cour d’appel qu’en l’espèce les éléments de preuve extrinsèques sont recevables pour montrer le contexte dans lequel la législation a été adoptée. Je suis également d’accord que ces éléments de preuve ne sont pas recevables pour aider à interpréter la Loi. Je suis toutefois d’avis que dans les affaires constitutionnelles, notamment lorsqu’il y a allégation de législation déguisée, on peut tenir compte d’éléments de preuve extrinsèques pour vérifier non seulement l’application et l’effet de la loi contestée, mais aussi son objet véritable. C’est également l’avis exprimé par le juge Dickson dans le renvoi *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité, à la p. 721 où il dit:

*d*

*e*

*f*

À mon avis, une cour peut, quand l’affaire s’y prête, exiger des renseignements sur l’effet qu’aura la loi. L’objet et le but que vise la Loi en question peuvent également devoir être examinés même si, en général, les discours prononcés devant le corps législatif au moment de son adoption sont irrecevables vu leur faible valeur probante.

*g*

*h*

Cet avis est assujéti, cela va de soi, à la restriction proposée par le juge Dickson à la p. 723 du même arrêt, selon laquelle seuls sont recevables les éléments de preuve qui ne sont pas douteux en soi et qui ne pêchent pas contre l’ordre public:

*i*

Un renvoi constitutionnel n’est pas un exercice stérile d’interprétation des lois. Il s’agit d’une tentative pour préciser les objectifs généraux et la portée de la constitution, considérée, selon le langage expressif de lord Sankey dans l’arrêt *Edwards and Others v. Attorney General for Canada and Others*, [1930] A.C. 124, comme un «arbre», et y donner effet. Les documents qui sont pertinents aux questions soumises à la cour, qui ne

*j*



against public policy should be admissible, subject to the proviso that such extrinsic materials are not available for the purpose of aiding in statutory construction.

In applying the above principles, I would say that the speeches and public declarations by prominent figures in the public and political life of Newfoundland on this question should not be received as evidence. They represent, no doubt, the considered views of the speakers at the time they were made, but cannot be said to be expressions of the intent of the Legislative Assembly. Much of the material tendered, concerning such matters as the Newfoundland demands for the recall of power, the background of the negotiations leading up to the development of the Power Contract, and the construction of the production facilities, I view as historical facts that were public knowledge in the Province of Newfoundland and may be considered. I am also of the view that the government pamphlet entitled, "*The Energy Priority of Newfoundland and Labrador*", may be considered. The purpose of this pamphlet, explained in the pamphlet itself, is to inform the financial community of the Government's reasons for enacting the *Reversion Act*. It was published by the Government less than one month before the *Reversion Act* was given Royal Assent, and actually includes a copy of the Act. It is my opinion that this pamphlet comes within the categorization of materials which are "not inherently unreliable or offending against public policy", to use the words of Dickson J. quoted above, and are receivable as evidence of the intent and purpose of the Legislature of Newfoundland in enacting the *Reversion Act*.

## VII

It was contended by the appellants that the *Reversion Act* was *ultra vires* of the Legislature of Newfoundland, because it impaired the status and essential powers of a federally-incorporated company. This argument was rejected in the Court of Appeal. It concluded that, while the *Reversion Act* deprived CFLCo of most of its assets, it did not affect the essential corporate capacity of the company. It was still at liberty to raise capital by the issue of shares and securities and could thus effec-

sont pas douteux en soi et qui ne pèchent pas contre l'ordre public devraient être recevables, à la condition que ces documents extrinsèques ne servent pas à l'interprétation des lois.

<sup>a</sup> En appliquant les principes qui précèdent, je suis d'avis que les allocutions et les déclarations publiques de personnalités politiques de Terre-Neuve à ce sujet ne devraient pas être reçues en preuve. <sup>b</sup> Elles représentent certainement l'opinion réfléchie de leurs auteurs au moment où ils les ont prononcées, mais on ne peut pas dire qu'elles expriment l'intention de la Législature. Un bon nombre des pièces produites, notamment celles qui concernent <sup>c</sup> la demande de Terre-Neuve visant la récupération d'énergie, le contexte des négociations qui ont mené à la formation du contrat d'énergie et la construction de la centrale constituent, à mon avis, des faits historiques de notoriété publique dans la province de Terre-Neuve, dont on peut tenir <sup>d</sup> compte. Je suis aussi d'avis que la brochure publiée par le gouvernement et intitulée "*The Energy Priority of Newfoundland and Labrador*" est recevable. Le but de cette brochure, comme on <sup>e</sup> l'y explique, est de faire connaître aux milieux financiers les motifs de l'adoption de la *Reversion Act* par le gouvernement. Le gouvernement l'a publiée moins d'un mois avant que la *Reversion Act* ne reçoive la sanction royale et le texte de <sup>f</sup> cette loi s'y trouve même reproduit. J'estime que cette brochure se situe dans la catégorie des documents «qui ne sont pas douteux en soi et qui ne pèchent pas contre l'ordre public», pour reprendre <sup>g</sup> les termes du juge Dickson dans le passage précité, et qui sont recevables comme preuve de l'intention et du but visés par la législature de Terre-Neuve en adoptant la *Reversion Act*.

## VII

<sup>h</sup> Les appelants ont fait valoir que la *Reversion Act* outrepassait les pouvoirs de la législature de Terre-Neuve parce qu'elle porte atteinte au statut <sup>i</sup> et aux pouvoirs essentiels d'une compagnie à charte fédérale. La Cour d'appel a rejeté ce moyen. Elle a conclu que, même si la *Reversion Act* dépouille CFLCo de la majeure partie de ses <sup>j</sup> biens, elle ne porte pas atteinte aux pouvoirs essentiels de la compagnie. Celle-ci est toujours libre de réunir des fonds par l'émission d'actions et d'obli-

tively further its corporate objects and purposes. It went on to conclude that the fact that the Act was not a law of general application in Newfoundland—it affected only CFLCo—was not a factor in deciding whether the Act was *intra vires*. The court held that it could be supported under the general power of the Province to expropriate property and civil rights within the Province, saying:

If, as was held in the *Great-West Saddlery Co.* [2 A.C. 91], a federal company dealing only in land is subject to provincial mortmain legislation it would, in our view, be equally subject to provincial expropriation legislation which is the subject matter of the Reversion Act.

It then went on to conclude that any inadequacy in compensation did not restrict CFLCo in its corporate capacity and that, while s. 12 of the *Reversion Act* deprives the company of any right to sue in the courts of Newfoundland for compensation, it does not affect the company's general right to sue, to contract, and to carry on its business within Newfoundland.

The appellants argued that the Act effectively sterilizes the Company by expropriating all its operating assets. By limiting compensation to direct payment to creditors and shareholders, and excluding CFLCo, it deprives the Company of any means by which it could function and perform its covenants under the Power Contract, in respect of which it remained liable. In addition, it was argued that, since the objects and powers of the company are limited to hydro-electric power generation and distribution, and in practical terms to the fulfilment of the project on the Upper Churchill River, the Act strips CFLCo of its essential powers and capacity to function as a company. Reference was made to *B.C. Power Corporation v. Attorney General of British Columbia* (1963), 44 W.W.R. 65 (B.C.S.C.).

The respondent Attorney General of Newfoundland supported the Court of Appeal's judgment on

gations et ainsi en mesure de réaliser effectivement ses objets. Elle a conclu en outre que le fait que la Loi n'est pas une loi d'application générale à Terre-Neuve—elle ne touche que CFLCo—n'est pas un facteur dont il faut tenir compte pour décider si la Loi est constitutionnelle. La Cour d'appel a statué que la Loi peut s'appuyer sur le pouvoir général de la province d'exproprier des biens et des droits civils dans la province, et elle a dit:

[TRADUCTION] Si, comme on l'a décidé dans l'arrêt *Great-West Saddlery Co.* [2 A.C. 91], une compagnie à charte fédérale qui ne fait affaires que dans le domaine des biens-fonds est assujettie à la législation provinciale sur la mainmorte, à notre avis, elle serait également assujettie à la législation provinciale sur l'expropriation, ce qui est l'objet principal de la Reversion Act.

La Cour a ensuite conclu que l'insuffisance de l'indemnisation ne restreint pas la capacité de CFLCo en tant que personne morale et que, même si l'art. 12 de la *Reversion Act* dépouille la compagnie de tout droit de réclamer devant les cours de Terre-Neuve le paiement d'une indemnisation, elle ne porte pas atteinte au droit général de la compagnie d'ester en justice, de se lier par contrat et de faire affaires à Terre-Neuve.

Les appelants font valoir que la Loi paralyse effectivement la compagnie par l'expropriation de tous ses biens d'exploitation. En limitant l'indemnisation au paiement fait directement aux créanciers et aux actionnaires, et en excluant CFLCo, elle prive la compagnie de tout moyen qui peut lui permettre de fonctionner et de remplir ses obligations en vertu du contrat d'énergie à l'égard duquel elle demeure responsable. Ils soutiennent en outre que puisque les objets et les pouvoirs de la compagnie se limitent à la production et à la distribution d'énergie hydro-électrique et, en pratique, à la réalisation du projet de la source du fleuve Churchill, la Loi dépouille CFLCo de ses pouvoirs essentiels et de sa capacité de fonctionner en tant que compagnie. Ils citent à l'appui de leur argument l'arrêt *B.C. Power Corporation v. Attorney General of British Columbia* (1963), 44 W.W.R. 65 (C.S.C.-B.).

Le procureur général de Terre-Neuve intimé appuie l'arrêt de la Cour d'appel sur ce point et

this point and asserted that the Province had, because of its general competence to legislate with respect to property and civil rights within the Province, full power to pass the *Reversion Act* and to expropriate the assets of CFLCo. Such an expropriation, despite the fact that it deprives CFLCo of virtually all its assets, does not impair the status or essential powers of the corporation.

Generally speaking, a federally-incorporated company carrying on business in a province is bound to obey any of the provincial laws which ordinarily apply to it and the trade or business with which it is concerned. In this respect it does not, by virtue of its corporate status, obtain any advantage over a provincially-incorporated company or a natural person. Such a company will be liable to pay taxes competently imposed under provincial legislation. It will be subject to ordinary licensing requirements and regulations under valid provincial legislation, as would be natural persons. In short, it will be subject to all competently enacted laws of general application in the Province. The one exception to this general application of provincial laws is described by Professor Hogg in his *Constitutional Law of Canada* (1977), at p. 355, in this manner:

There is one important exception to the general principle that a company is obliged to obey any valid law which is apt to apply to it. A province may not impair the "status and essential powers" of a federally-incorporated company (hereinafter referred to as a federal company). What this means is that if a province enacts a law which is within its legislative competence, but which would have the effect of impairing the status or essential powers of a federal company, then the law will be held inapplicable to any federal company.

The following question therefore arises: Does the *Reversion Act* impair the status and essential powers of CFLCo?

There are many cases dealing with the subject. The starting point for consideration is generally taken to be *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330; and *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91. It is not necessary here to go into detail regarding the cases, but in

soutient que la province, en raison de son pouvoir général de faire des lois relatives à la propriété et aux droits civils dans la province, a pleins pouvoirs pour adopter la *Reversion Act* et exproprier les biens de CFLCo. Même si elle a pour effet de dépouiller CFLCo de presque tous ses biens, cette expropriation ne porte pas atteinte au statut ou aux pouvoirs essentiels de la compagnie.

En général, une compagnie à charte fédérale qui fait affaires dans une province est tenue de se conformer aux lois provinciales qui s'appliquent normalement à elle et au commerce ou à l'entreprise qu'elle exploite. À cet égard, elle ne jouit, en vertu de son statut de compagnie fédérale, d'aucun avantage par rapport à une compagnie à charte provinciale ou à une personne physique. Cette compagnie est tenue de payer les impôts levés en vertu de lois provinciales valides. Tout comme les personnes physiques, elle est assujettie aux exigences en matière de permis et aux règlements normalement applicables en vertu des lois provinciales valides. Bref, elle est assujettie à toutes les lois d'application générale valablement adoptées dans la province. À la page 355 de son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada* (1977), le professeur Hogg décrit ainsi la seule exception à cette application générale des lois provinciales:

[TRADUCTION] Le principe général selon lequel une compagnie est tenue de se conformer à toute loi valide susceptible de s'appliquer à elle comporte une exception importante. Une province ne peut porter atteinte au «statut et aux pouvoirs essentiels» d'une compagnie à charte fédérale (ci-après appelée compagnie fédérale). Cela signifie que si une province adopte une loi qui relève de sa compétence législative mais qui aurait pour effet de porter atteinte au statut et aux pouvoirs essentiels d'une compagnie fédérale, alors cette loi sera jugée inapplicable à toute compagnie fédérale.

Par conséquent, la question suivante se pose: la *Reversion Act* porte-t-elle atteinte au statut et aux pouvoirs essentiels de CFLCo?

Plusieurs arrêts portent sur ce sujet. On considère généralement que les arrêts *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330, et *Great West Saddlery Co. v. The King*, [1921] 2 A.C. 91, constituent le point de départ de l'examen de cette question. Il n'est pas nécessaire ici d'examiner ces

*John Deere Plow Co.* a provincial enactment (the *Companies Act* of British Columbia) which provided for the licensing of federal companies under the Act as a condition of carrying on business in the Province or of maintaining proceedings in the courts was held *ultra vires*. In the *Great West Saddlery Co.* case the *Mortmain and Charitable Uses Act* of Ontario, which required the federally-incorporated company—and all other companies—to have a provincial licence as a condition of their right to hold land, was held to be *intra vires* as being a law of general application. The Privy Council noted that a Dominion company acquired no more favourable position than any other corporation when it sought to own land within a province.

In *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada* (the *Manitoba Securities* case), [1929] A.C. 260, it was held by the Judicial Committee of the Privy Council that a provincial enactment prohibiting the sale of shares by any company, provincial or federal, except on terms provided in the Act and with the consent of a provincial commissioner was *ultra vires* in that it struck at the basic capacity of the federal company to create its corporate being by raising capital. In *Lymburn v. Mayland*, [1932] A.C. 318, the *Security Frauds Prevention Act, 1930* of Alberta required registration of anyone, including a company, trading in securities. The Judicial Committee held the Act *intra vires* and distinguished the *Manitoba Securities* case, saying at pp. 324-25, after deciding that the principle enunciated in *John Deere Plow* and the *Great West Saddlery* cases was not applicable to the *Security Frauds Prevention Act*:

A Dominion company constituted with powers to carry on a particular business is subject to the competent legislation of the Province as to that business and may find its special activities completely paralysed, as by legislation against drink traffic or by the laws as to holding land. If it is formed to trade in securities there appears no reason why it should not be subject to the competent laws of the Province as to the business of all persons who trade in securities. As to the issue of capital there is no complete prohibition, as in the *Manitoba* case

arrêts en détail, mais dans l'affaire *John Deere Plow Co.* une loi provinciale (la *Companies Act* de la Colombie-Britannique), qui exigeait que les compagnies à charte fédérale obtiennent une licence pour faire affaires dans la province et y ester en justice, a été déclarée *ultra vires*. Dans l'affaire *Great West Saddlery Co.*, la *Mortmain and Charitable Uses Act* de l'Ontario, qui exigeait que les compagnies à charte fédérale, ainsi que toutes les autres compagnies, détiennent une licence provinciale pour pouvoir posséder des biens-fonds, a été déclarée valide pour le motif qu'il s'agissait d'une loi d'application générale. Le Conseil privé a souligné qu'une compagnie à charte fédérale n'était pas dans une meilleure position qu'une autre personne morale lorsqu'elle cherchait à acquérir des biens-fonds dans la province.

Dans l'arrêt *Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada* (l'arrêt *Manitoba Securities*), [1929] A.C. 260, le Comité judiciaire du Conseil privé a déclaré *ultra vires* une loi provinciale qui interdisait la vente d'actions par toute compagnie à charte provinciale ou fédérale, sauf aux conditions prévues dans la Loi et avec le consentement d'un commissaire provincial, parce que cette loi portait atteinte à la capacité fondamentale d'une compagnie fédérale de se donner une existence par la mobilisation de capitaux. Dans *Lymburn v. Mayland*, [1932] A.C. 318, la *Security Frauds Prevention Act, 1930* de l'Alberta exigeait l'enregistrement de toute personne, y compris une compagnie, qui faisait le commerce des valeurs mobilières. Le Comité judiciaire a déclaré que cette loi était valide et a fait la distinction avec l'arrêt *Manitoba Securities*, affirmant aux pp. 324 et 325, après avoir décidé que le principe énoncé dans les arrêts *John Deere Plow* et *Great West Saddlery* ne s'appliquait pas à la *Security Frauds Prevention Act*:

[TRADUCTION] Une compagnie fédérale, constituée dans le but d'exploiter une entreprise particulière, est assujettie à la loi valide de la province concernant ce type d'entreprise et elle peut trouver son activité spécifique complètement paralysée, par exemple par la législation réprimant le trafic des alcools ou par les lois relatives à la propriété foncière. Si elle est constituée pour pratiquer le négoce des valeurs mobilières, il ne semble y avoir aucune raison pour qu'elle ne soit pas assujettie aux lois valides de la province concernant

in 1929; and no reason to suppose that any honest company would have any difficulty in finding registered persons in the Province through whom it could lawfully issue its capital. There is no material upon which their Lordships could find that the functions and activities of a company were sterilized or its status and essential capacities impaired in a substantial degree.

In *Morgan v. Attorney-General of Prince Edward Island*, [1976] 2 S.C.R. 349, a case which did not involve a question of sterilization of a federal company by provincial legislation, Laskin C.J. made the following observation, at pp. 364-65, which is relevant to the issue before us:

The issue here is not unlike that which has governed the determination of the validity of provincial legislation embracing federally-incorporated companies. The case law, dependent so largely on the judicial appraisal of the thrust of the particular legislation, has established, in my view, that federally-incorporated companies are not constitutionally entitled, by virtue of their federal incorporation, to any advantage, as against provincial regulatory legislation, over provincial corporations or over extra-provincial or foreign corporations, so long as their capacity to establish themselves as viable corporate entities (beyond the mere fact of their incorporation), as by raising capital through issue of shares and debentures, is not precluded by the provincial legislation. Beyond this, they are subject to competent provincial regulations in respect of businesses or activities which fall within provincial legislative power.

In *Canadian Indemnity Co. v. Attorney-General of British Columbia*, [1977] 2 S.C.R. 504, this Court dealt with a case where the appellant, a company engaged in the business of writing automobile insurance, was refused a licence for the conduct of its business in the year 1974, because the provincial government had introduced a statutory scheme of compulsory government insurance which excluded private insurers. It was argued *inter alia* that the legislation creating the plan was *ultra vires* of the Province as legislation in relation to and directed at the status and capacity of a federal company. The legislation was held to be *intra vires* of the provincial legislature.

l'entreprise de tous ceux qui se livrent à ce négoce. Quant à l'émission du capital-actions, il n'y a pas d'interdiction complète comme dans l'affaire *Manitoba* de 1929, et il n'y a pas lieu de supposer qu'une compagnie de bonne foi aurait de la peine à trouver dans la province des personnes enregistrées par l'intermédiaire desquelles elle pourrait valablement émettre son capital-actions. Il n'y a aucun élément de preuve qui permette à leurs Seigneuries de conclure que les fonctions et l'activité d'une compagnie ont été paralysées ou que son statut et ses pouvoirs essentiels ont été radicalement amoindris.

Dans l'arrêt *Morgan c. Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1976] 2 R.C.S. 349, une affaire où il n'était pas question de paralysie d'une compagnie à charte fédérale par une loi provinciale, le juge en chef Laskin formule, aux pp. 364 et 365, l'observation suivante qui est applicable à la question en l'espèce:

Le litige en l'espèce s'apparente à ceux qui ont porté sur la validité des lois provinciales applicables aux compagnies à charte fédérale. La jurisprudence fondée essentiellement sur l'appréciation par les tribunaux de la portée des lois particulières a établi, selon moi, que la Constitution ne donne de ce chef aux compagnies à charte fédérale, à l'égard de la législation provinciale, aucun avantage dont ne bénéficient pas les compagnies provinciales. Il en est de même des compagnies extra-provinciales ou étrangères, tant que la loi provinciale ne détruit pas leur capacité de s'établir comme entités juridiques viables (au-delà du seul fait de leur constitution en corporation), par exemple en se procurant des capitaux par l'émission d'actions et d'obligations. Par ailleurs, elles sont assujetties à la réglementation provinciale normale applicable aux entreprises et activités qui relèvent de la compétence provinciale.

Dans l'arrêt *Canadian Indemnity Co. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1977] 2 R.C.S. 504, cette Cour a examiné une affaire où l'appelante, une compagnie qui exploitait le commerce de l'assurance-automobile, s'est vu refuser un permis d'exploitation de ce commerce pour l'année 1974 parce que le gouvernement provincial avait instauré, par voie législative, un régime d'assurance gouvernemental obligatoire qui excluait les assureurs privés. On a fait valoir notamment que la législation qui instaurait ce régime était *ultra vires* de la province parce qu'elle portait atteinte au statut et aux pouvoirs d'une compagnie à charte fédérale. La Cour a déclaré que la loi en

Martland J., writing for this Court, reviewed the relevant authorities and quoted a lengthy passage from the judgment of Aikens J. at trial in the Supreme Court of British Columbia. The passage quoted includes, at p. 518 ([1977] 2 S.C.R.), the words of McGillivray J.A., speaking for the Appellate Division of the Alberta Supreme Court in *R. v. Arcadia Coal Co.*, [1932] 1 W.W.R. 771 at pp. 784-85, where he said:

The distinction between enactments affecting Dominion companies that are of general application and those that may be termed company law is simply this: In the former case there is no attempt to interfere with powers validly granted to the company by the Dominion nor with the status of the company as such. The circumstance that the company consistently with the general laws of the province may not exercise those powers does not destroy or impair the powers. In the latter case the enactment prohibits or imposes conditions upon the exercise of the powers of Dominion companies as such. In short it is aimed at and affects Dominion company powers as distinguished from being aimed at and affecting a trade or business in the province which Dominion companies may happen to be engaged in in common with provincial companies and natural persons.

Martland J. then went on to say that he approved of the passage quoted from the trial judgment and he observed that it accorded with the words of Laskin C.J. in the *Morgan* case which have already been reproduced above.

There are, of course, many other authorities which have dealt with this question. Many are referred to and discussed in the cases cited above. I do not consider that more extensive reference to them is necessary here, because the governing principle in this matter emerges from the cases already cited. The authorities make it clear that it is not competent for a provincial legislature to legislate to impair or destroy the essential status and capacities of a federal company. However, a federal company carrying on business within a province is subject to all laws of general application in the province and as well is subject to all laws of particular application to the business, trade, or function with which the federal company

cause relevait de la compétence de la province. Le juge Martland, qui a rédigé les motifs de la Cour, a passé en revue la jurisprudence pertinente et cité un long passage du jugement rendu en première instance par le juge Aikens de Cour suprême de la Colombie-Britannique. Le passage cité comprend, à la p. 518 ([1977] 2 R.C.S.), l'extrait suivant de l'arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta, *R. v. Arcadia Coal Co.*, [1932] 1 W.W.R. 771, où le juge McGillivray affirme, aux pp. 784 et 785:

[TRADUCTION] La distinction entre les dispositions législatives d'application générale qui atteignent les compagnies du Dominion et celles que l'on peut qualifier de droit des compagnies est simplement la suivante: dans le premier cas il n'existe aucune tentative de porter atteinte aux pouvoirs régulièrement accordés à la compagnie par le Dominion ni aux statuts de la compagnie comme telle. Le fait que la compagnie ne puisse, si elle se conforme aux lois générales de la province, exercer ces pouvoirs ne détruit ni n'amoindrit ceux-ci. Dans le second cas, les dispositions empêchent ou restreignent l'exercice des pouvoirs des compagnies du Dominion en tant que telles. En bref, elles visent et atteignent les pouvoirs des compagnies du Dominion, plutôt qu'elles ne visent et atteignent un négoce ou commerce dans la province dont les compagnies du Dominion pourraient éventuellement partager l'exploitation avec des compagnies provinciales et des personnes physiques.

Le juge Martland ajoute qu'il est d'accord avec le passage tiré du jugement de première instance et fait remarquer que ce passage concorde avec l'extrait précité des motifs du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Morgan*.

Certes, cette question a été examinée dans de nombreux autres arrêts. Plusieurs sont mentionnés et analysés dans les arrêts précités. J'estime qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce de s'y attarder plus longtemps puisque les arrêts déjà cités énoncent le principe applicable à cette question. La jurisprudence énonce clairement que la législature d'une province n'a pas compétence pour adopter une loi qui amoindrit ou détruit le statut et les pouvoirs essentiels d'une compagnie à charte fédérale. Cependant, une compagnie à charte fédérale qui fait affaires dans une province est assujettie à toutes les lois d'application générale de la province et est également assujettie à toutes les lois qui s'appliquent particulièrement au genre d'entre-

is concerned, and the federal company does not acquire any favoured position in relation to other companies or to natural persons or obtain any peculiar advantages by reason only of its federal incorporation. Provincial legislation may license and regulate the activities of federal companies within the field of provincial competence and may impose sanctions for the enforcement of its regulations, but such sanctions may not be such as to strike at the essential capacities and status of a federal company. In exercising its legislative powers, however, the provincial legislature may not venture into the field of company law in respect of the federal company. It may not legislate so as to affect the corporate structure of the federal entity or so as to render the federal company incapable of creating its corporate being and exercising its essential corporate powers as a company. I now turn to a consideration of the facts in the present case.

The *Reversion Act* on its face does nothing more than expropriate for all practical purposes all of the assets of CFLCo and make certain provisions regarding compensation to shareholders and creditors but no compensation to the Company. While the result of the Act would be to deprive CFLCo of the business it formerly conducted, in my view it cannot be said that the corporate being of CFLCo would be affected. It would still be a corporation in being and its essential structure would remain unchanged. It seems perfectly clear that if the *Reversion Act* applied to a provincially-incorporated company no challenge could be maintained as to its constitutionality on this branch of the argument. Can it be said then that the mere fact of federal incorporation clothes CFLCo with any immunity from expropriation under valid provincial law not possessed by a provincial company or for that matter a natural person? In addressing this question the Court of Appeal quoted from *Abitibi Power and Paper Co. v. Montreal Trust Co.*, [1943] A.C. 536 at p. 548:

prise, de commerce ou d'activité qu'exploite la compagnie à charte fédérale, et celle-ci n'est pas dans une meilleure position que les autres compagnies ou personnes physiques et elle ne jouit d'aucun avantage particulier du seul fait qu'elle ait une charte fédérale. Les lois provinciales peuvent autoriser et réglementer les activités des compagnies à charte fédérale dans les domaines de compétence provinciale et elles peuvent prescrire des sanctions pour l'application de leurs règlements, mais ces sanctions ne doivent pas porter atteinte aux pouvoirs essentiels et au statut des compagnies à charte fédérale. Dans l'exercice de ses pouvoirs législatifs cependant, la législature provinciale ne peut s'aventurer dans le domaine du droit des compagnies qui se rapporte aux compagnies à charte fédérale. Elle ne peut, par ses lois, porter atteinte à la structure des compagnies à charte fédérale ni empêcher une compagnie à charte fédérale de se donner une existence et d'exercer les pouvoirs essentiels qu'elle possède en tant que compagnie. Examinons maintenant les faits en l'espèce.

À première vue, la *Reversion Act* ne fait rien d'autre qu'exproprier à toutes fins pratiques tous les biens de CFLCo et édicter certaines dispositions relatives à l'indemnisation des actionnaires et des créanciers sans offrir aucune indemnisation à la compagnie. Même si la Loi avait pour effet de dépouiller CFLCo de l'entreprise qu'elle exploitait auparavant, on ne peut dire à mon avis que cela porterait atteinte à l'existence même de CFLCo. Elle continuerait d'exister comme personne morale et sa structure essentielle resterait la même. Il semble tout à fait évident que si la *Reversion Act* s'appliquait à une compagnie à charte provinciale, on ne pourrait s'appuyer sur cet argument pour contester sa constitutionnalité. Peut-on dire alors que le simple fait d'être une compagnie à charte fédérale confère à CFLCo, à l'encontre de l'expropriation en vertu d'une loi provinciale valide, une immunité que ne possède pas une compagnie à charte provinciale ou une personne physique? Pour répondre à cette question, la Cour d'appel a cité l'extrait suivant de l'arrêt *Abitibi Power and Paper Co. v. Montreal Trust Co.*, [1943] A.C. 536 à la p. 548:

There appears to be no authority, and no reason for the opinion, that legislation in respect of property and civil rights must be general in character and not aimed at a particular right. Such a restriction would appear to eliminate the possibility of special legislation aimed at transferring a particular right or property from private hands to a public authority for public purposes. The legislature is supreme in these matters, and its actions must be assumed to be taken with due regard for justice and good conscience. They are not, in any case, subject to control by the courts.

A federal company is entitled to establish itself as a corporation in a province and for this purpose it is entitled to raise capital and to create its corporate being without interference from provincial legislation. Having done so, however, it is in no better position with respect to the conduct or continuation of its business than a provincial company or natural person. As has been pointed out in a "Note on the Favoured Position of the Dominion Company Under the B.C. Power Case", in *Laskin's Canadian Constitutional Law*, 4th ed., 1975, p. 559, at p. 561:

If, as has been held, a federal company dealing only in land is subject to provincial mortmain legislation, it would be equally subject to provincial expropriation legislation. And why would a federal company dealing in shares of provincial companies or in the shares of only one provincial company be in any different position?

It is difficult to conceive how ownership of all the shares of a provincial company as a federal company's choice of business can go to the matter of its incorporation. The argument of "impairment of the status and capacities of a federal company in a substantial degree" cannot go beyond protection of the federal company's right to become launched as a corporation by raising capital. Does a federal company by limiting itself to one line of business within provincial competence obtain a constitutional right to be left alone in its ownership, thus enjoying an advantage not open to a natural person?

On the authorities already discussed, the question posed in the Note requires a negative answer. It

[TRANSDUCTION] Il semble n'y avoir aucune jurisprudence ni aucun motif à l'appui de l'opinion selon laquelle une loi relative à la propriété et aux droits civils doit être de nature générale et ne doit pas viser un droit précis. Une telle restriction semblerait éliminer la possibilité d'adopter une loi spéciale destinée à faire passer un droit ou un bien déterminé d'un propriétaire privé à des autorités publiques pour des fins d'intérêt public. La législature est souveraine dans ce domaine et il faut présumer qu'elle agit honnêtement et en tenant dûment compte de la justice. Ses actes ne sont en aucun cas sujets au contrôle judiciaire.

Une compagnie à charte fédérale a le droit de s'établir comme personne morale dans une province et, à cette fin, elle a droit de réunir des capitaux et de se donner une existence sans que le législateur provincial n'intervienne. Cela fait, sa situation relativement à la conduite ou à la poursuite de ses affaires n'est cependant pas meilleure que celle d'une compagnie à charte provinciale ou d'une personne physique. Comme on le fait remarquer dans une note intitulée «Note on the Favoured Position of the Dominion Company Under the B.C. Power Case», dans *Laskin's Canadian Constitutional Law*, 4<sup>e</sup> éd., 1975, p. 559, à la p. 561:

[TRANSDUCTION] Si, comme on l'a décidé, une compagnie à charte fédérale qui ne fait affaires que dans le domaine des biens-fonds est assujettie à la législation provinciale sur la mainmorte, elle serait également assujettie à la législation provinciale sur l'expropriation. Et pourquoi une compagnie à charte fédérale qui fait le commerce des actions de compagnies à charte provinciale ou des actions d'une seule compagnie à charte provinciale serait-elle dans une situation différente?

On peut difficilement s'imaginer comment la propriété de toutes les actions d'une compagnie à charte provinciale, qu'une compagnie à charte fédérale a choisies comme objet de son commerce, puisse toucher à sa constitution en compagnie. L'argument de «l'atteinte sérieuse au statut et aux pouvoirs d'une compagnie à charte fédérale» ne peut aller plus loin que la protection du droit d'une compagnie à charte fédérale de s'établir par la mobilisation de capitaux. En limitant ses affaires à un seul objet qui relève de la compétence provinciale, une compagnie à charte fédérale obtient-elle le droit constitutionnel d'en avoir la propriété en toute tranquillité et de jouir ainsi d'un avantage dont ne peut bénéficier une personne physique?

Selon la jurisprudence déjà examinée, la question que pose la note exige une réponse négative. Étant



will be evident from what I have said that I do not regard *B. C. Power Corporation v. The Attorney General of British Columbia* as authoritative on this point. It is not, in my view, in accordance with the governing authorities.

In the case at bar the Legislature of Newfoundland in passing the *Reversion Act* effectively transferred the assets of CFLCo from private ownership to ownership by the Government. CFLCo is left with its corporate structure intact and with the capability to raise new capital and issue shares. It is my opinion that, whatever attacks may be made on the validity of the *Reversion Act* under other heads of argument raised in this case, the Legislature in passing the *Reversion Act* did not contravene the constitutional strictures against interference with the essential status and powers of a federally-incorporated company.

### VIII

One of the principal attacks made against the *Reversion Act* was that the Act interferes with civil rights existing outside the Province of Newfoundland. While no quarrel was made with the proposition that the Legislature of Newfoundland is fully competent to expropriate property within its boundaries, it was argued that when the exercise of expropriation powers derogates from civil rights outside the Province the enactment is *ultra vires*. On this point the appellants contended that the extrinsic evidence, which has already been discussed, is particularly relevant to show the purpose of the *Reversion Act* and to show how and where its operation would be effective. It was contended that, while all that would be taken under the Act is physically situated within the Province of Newfoundland, the effect of the Act would be to destroy lawfully acquired civil rights outside the Province.

The Attorney General of Newfoundland contended that the *Reversion Act* applies only to the *Lease Act*, the Statutory Lease, and the assets of CFLCo. All of the rights and property to which the Act applies are situated within the Province of Newfoundland. Any effect on rights outside the territorial limits of the Province are therefore

donné ce que j'ai dit, il est évident que je ne considère pas que l'arrêt *B. C. Power Corporation v. Attorney General of British Columbia* fait autorité sur ce point. À mon avis, cet arrêt déroge à la jurisprudence dominante.

En l'espèce, par l'adoption de la *Reversion Act*, la législature de Terre-Neuve a effectivement fait passer les biens de CFLCo d'un propriétaire privé au gouvernement. CFLCo conserve intacte sa structure en tant que compagnie ainsi que le pouvoir de réunir de nouveaux capitaux et d'émettre des actions. Quelles que soient les attaques portées contre la validité de la *Reversion Act* dans les autres arguments soulevés en l'espèce, je suis d'avis que lorsqu'elle a adopté la *Reversion Act*, la Législature n'a pas enfreint les restrictions d'ordre constitutionnel qui interdisent de porter atteinte au statut et aux pouvoirs essentiels d'une compagnie à charte fédérale.

### VIII

Une des principales attaques dont fait l'objet la *Reversion Act* est que cette loi porte atteinte à des droits civils à l'extérieur de la province de Terre-Neuve. Bien qu'on ne conteste pas que la législature de Terre-Neuve a pleins pouvoirs pour exproprier des biens dans les limites de son territoire, on fait valoir que, lorsque l'exercice des pouvoirs d'expropriation porte atteinte à des droits civils à l'extérieur de la province, la loi est *ultra vires*. Sur ce point, les appelants font valoir que la preuve extrinsèque, qui a déjà été examinée, revêt un intérêt particulier en ce qu'elle fait ressortir l'objet de la *Reversion Act* de même que comment et dans quels cas elle doit s'appliquer. Ils font valoir que, bien que tout ce qui est exproprié en vertu de la Loi soit situé dans la province de Terre-Neuve, la Loi a pour effet de détruire des droits civils légitimement acquis à l'extérieur de la province.

Le procureur général de Terre-Neuve fait valoir que la *Reversion Act* s'applique uniquement à la *Lease Act*, au bail législatif et aux biens de CFLCo. Tous les droits et les biens auxquels s'applique la Loi sont situés dans la province de Terre-Neuve. Toute incidence sur des droits à l'extérieur des limites territoriales de la province est donc sans

irrelevant as being merely consequential. Newfoundland argued that the “pith and substance” test employed in division of powers cases has no application to the determination of the territoriality issue.

The appellants argued, firstly, that any provincial legislation that has extraterritorial effect is *ultra vires*. Alternatively, it was argued that the true purpose and intent of the legislation, its pith and substance, governs in the issue of territorial limitation just as it does in other constitutional cases involving division of powers. The appellants contended that the *Reversion Act* is aimed at the destruction of the rights of Hydro-Quebec under the Power Contract, rights situate outside Newfoundland. Consequently, the Act is beyond the legislative competence of the Province.

The territorial limitation on provincial legislative competence is contained in the *Constitution Act, 1867*. The opening words of s. 92 are: “In each Province . . .”. Subsection (13) of s. 92 gives the Provinces exclusive legislative authority over “Property and Civil Rights in the Province” (emphasis added), and subs. (16), similarly, is confined to matters of a purely local or private nature in the Province. There is, however, some disagreement in the case authorities as to the test which should be applied in determining the constitutional validity of a provincial statute that has extraterritorial effects.

The appellants relied heavily on the case of *Royal Bank of Canada v. The King*, [1913] A.C. 283, and the cases which followed it, including *Ottawa Valley Power Co. v. Hydro-Electric Power Commission*, [1937] O.R. 265 (C.A.); *Beauharnois Light, Heat and Power Co. v. Hydro-Electric Power Commission of Ontario*, [1937] O.R. 796 (C.A.); and *Credit-Foncier Franco-Canadien v. Ross*, [1937] 3 D.L.R. 365 (Alta. C.A.). These cases have been considered to be strong authority for the proposition that a provincial legislature may not validly legislate in derogation of extra-provincial rights. In the *Royal Bank* case the proceeds of a bond issue made by a railway company were held by the appellant Bank.

importance du fait qu'elle soit simplement indirecte. Terre-Neuve prétend que le critère du «caractère véritable» employé dans les arrêts qui portent sur le partage des pouvoirs ne s'applique pas pour trancher la question de la territorialité.

Les appelants font valoir, premièrement, que toute loi provinciale qui a un effet extra-territorial est *ultra vires*. À titre subsidiaire, ils soutiennent que l'objet et l'esprit véritables de la Loi, son caractère véritable, ont une incidence déterminante sur la question des limites territoriales tout comme dans les autres affaires constitutionnelles qui portent sur le partage des pouvoirs. Les appelants soutiennent que la *Reversion Act* vise à anéantir les droits que possède Hydro-Québec en vertu du contrat d'énergie, lesquels droits sont situés à l'extérieur de Terre-Neuve. Par conséquent, la Loi outrepassé la compétence législative de la province.

Les limites territoriales de la compétence législative provinciale sont prévues dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'article 92 commence par les mots «Dans chaque province . . .». Le paragraphe 92(13) donne aux provinces le pouvoir exclusif de faire des lois sur «la propriété et les droits civils dans la province» (c'est moi qui souligne) et de même, le par. (16) ne concerne que les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province. Il y a cependant désaccord dans la jurisprudence quant au critère qui devrait être appliqué pour déterminer la constitutionnalité d'une loi provinciale qui a des répercussions extra-territoriales.

Les appelants s'appuient fortement sur l'arrêt *Royal Bank of Canada v. The King*, [1913] A.C. 283, et sur les arrêts qui l'ont suivi, dont les arrêts *Ottawa Valley Power Co. v. Hydro-Electric Power Commission*, [1937] O.R. 265 (C.A.), *Beauharnois Light, Heat and Power Co. v. Hydro-Electric Power Commission of Ontario*, [1937] O.R. 796 (C.A.), et *Crédit-Foncier Franco-Canadien v. Ross*, [1937] 3 D.L.R. 365 (C.A. Alb.). On a considéré que ces arrêts appuient fortement la thèse selon laquelle la législature d'une province ne peut valablement adopter une loi qui viole des droits extra-provinciaux. Dans l'arrêt *Royal Bank*, la banque appelante détenait le produit d'une émission d'obligations faite par

The railway company had made default in the payment of interest and in the construction of the railway line, and the Alberta government, which had guaranteed the bonds, enacted a statute ratifying the guarantee and requiring payment of the money from the Bank into the General Revenue Fund of the Province. It was not entirely clear from the report whether the funds were held by the Bank in an account in Montreal or in an account in Alberta, but the judgment seems to proceed on the basis that the monies were, in fact, held in Montreal. The Bank refused to pay on the ground that the right to the money upon default of the railway company revested in the bondholders and this right was a right outside Alberta. The statute was held by the Judicial Committee of the Privy Council to be *ultra vires* upon that ground.

In the *Ottawa Valley Power* case, on facts somewhat similar to those at bar, contracts were made between the Hydro-Electric Power Commission of Ontario and Ottawa Valley Power Company, a Quebec company distributing power in Quebec. An Ontario Act which declared the contracts "to be and always to have been illegal, void, and unenforceable as against The Hydro-Electric Power Commission of Ontario" was held to be *ultra vires* in the Court of Appeal of Ontario as being legislation in derogation of extra-provincial rights. In the *Beauharnois* case a similar result was reached on similar facts, and in the *Credit-Foncier* case the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta held that an Act affecting interest payable on certain debts, owing by residents of Alberta to creditors outside of Alberta, was *ultra vires* as derogating from extra-provincial civil rights.

It has been said that the courts in these cases did not differentiate, at least expressly, between statutes which are directed at extra-provincial rights and statutes which only incidentally affect those rights. See, for example, the words of Viscount Haldane, at p. 298 of the *Royal Bank* case:

une compagnie de chemins de fer. La compagnie de chemins de fer était en défaut quant au paiement des intérêts et à la construction du chemin de fer, et le gouvernement de l'Alberta, qui avait garanti les obligations, a adopté une loi qui ratifiait la garantie et exigeait que la banque verse la somme dans le Fonds du revenu général de la province. Le recueil ne dit pas clairement si les fonds étaient détenus par la banque dans un compte à Montréal ou dans un compte en Alberta, mais le jugement semble tenir pour acquis que les sommes étaient en fait détenues à Montréal. La banque a refusé de payer pour le motif que le droit à la somme, en cas de défaut de la part de la compagnie de chemins de fer, était dévolu aux obligataires et que ce droit était situé à l'extérieur de l'Alberta. Pour ce motif, le Comité judiciaire du Conseil privé a déclaré la loi *ultra vires*.

Dans l'affaire *Ottawa Valley Power*, dont les faits sont quelque peu semblables à ceux en l'espèce, Hydro-Electric Power Commission of Ontario et Ottawa Valley Power Company, une compagnie québécoise qui distribuait de l'électricité au Québec, avaient conclu des contrats. Une loi de l'Ontario qui déclarait que les contrats [TRADUCTION] «sont et ont toujours été illégaux, nuls et non exécutoires à l'encontre de The Hydro-Electric Power Commission of Ontario» a été déclarée *ultra vires* par la Cour d'appel de l'Ontario pour le motif que cette loi violait des droits extra-provinciaux. Une décision semblable fondée sur des faits semblables a été rendue dans l'arrêt *Beauharnois* et, dans l'arrêt *Crédit-Foncier*, la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta a décidé qu'une loi qui touchait l'intérêt payable sur certaines dettes par des résidents de l'Alberta à des créanciers à l'extérieur de l'Alberta était *ultra vires* pour le motif qu'elle violait des droits civils extra-provinciaux.

On a dit que, dans ces arrêts, les cours n'ont pas fait, du moins de façon expresse, la différence entre les lois qui visent directement des droits extra-provinciaux et celles qui portent atteinte à ces droits de façon indirecte seulement. Voir, par exemple, les propos du vicomte Haldane, à la p. 298 de l'arrêt *Royal Bank*:

In the opinion of their Lordships the effect of the statute of 1910, if validly enacted, would have been to preclude the bank from fulfilling its legal obligation to return their money to the bondholders, whose right to this return was a civil right which had arisen, and remained enforceable outside the province. The statute was on this ground beyond the powers of the Legislature of Alberta, inasmuch as what was sought to be enacted was neither *confined* to property and civil rights within the province nor directed *solely* to matters of merely local or private nature within it.

(Emphasis added.)

There is other authority which is frequently referred to on this question and it was heavily relied on in argument by Newfoundland. The leading case is *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468. This case concerned provincial legislation which amalgamated certain municipalities in Ontario into the City of Windsor. In the process of this amalgamation the securities for the debts of the various component municipalities were replaced by new bonds issued by the new City of Windsor with modifications in interest rates and other terms of the indebtedness. There was no question that the rights of many municipal creditors situate outside of Ontario were affected and, in some degree at least, derogated from. Lord Atkin held that the pith and substance of the Acts was in relation to municipal institutions within the Province and that, in addition, as far as they affected public utility commissions, they were justified as having been passed in relation to local works and undertakings under s. 92(10) of the *British North America Act*. He rejected the argument of colourability with these words, at p. 482:

It was suggested in argument that the impugned provisions should be declared invalid because they sought to do indirectly what could not be done directly—namely, to facilitate repudiation by Provincial municipalities of obligations incurred outside the Province. It is unnecessary to repeat what has been said many times by the Courts in Canada and by the Board, that the Courts will be careful to detect and invalidate any actual violation of constitutional restrictions under pretence of keeping with the statutory field. A colourable device will not avail. But in the present case nothing has

[TRADUCTION] De l'avis de leurs Seigneuries, la Loi de 1910, si elle avait été adoptée validement, aurait eu pour effet d'empêcher la banque de s'acquitter de son obligation légale de rendre leur argent aux obligataires dont le droit au remboursement était un droit civil qui avait pris naissance et demeurait exécutoire à l'extérieur de la province. Pour ce motif, la Loi outrepassait les pouvoirs de la législature de l'Alberta, puisque la loi qu'on cherchait à adopter n'était pas *limitée* à la propriété et aux droits civils dans la province et qu'elle ne visait pas *uniquement* des matières d'une nature purement locale ou privée dans la province.

(Les italiques sont de moi.)

Il y a un autre courant de jurisprudence qui est souvent mentionné relativement à cette question et sur lequel Terre-Neuve s'appuie fortement. L'arrêt principal est l'arrêt *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468. Il porte sur une loi provinciale qui fusionnait certaines municipalités ontariennes pour former la ville de Windsor. Dans le cours de cette fusion, les titres de créance des diverses municipalités touchées ont été remplacés par de nouvelles obligations émises par la nouvelle ville de Windsor, qui comportaient des modifications des taux d'intérêt et des autres conditions de ces dettes. Il était évident que les droits d'un bon nombre de créanciers à l'extérieur de l'Ontario étaient touchés et qu'ils étaient violés du moins dans une certaine mesure. Lord Atkin a conclu que le caractère véritable des lois en question se rapportait aux institutions municipales dans la province et que, de plus, en autant qu'elles concernaient des commissions de services publics, elles étaient justifiées puisqu'elles avaient été adoptées relativement à des travaux et à des entreprises d'une nature locale en vertu du par. 92(10) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Il a rejeté l'argument de la législation déguisée en ces termes, à la p. 482:

[TRADUCTION] On a fait valoir que les dispositions attaquées doivent être déclarées *ultra vires* parce qu'elles visent à faire indirectement ce qu'elles ne peuvent faire directement, savoir, faciliter la répudiation, par des municipalités de la province, d'obligations contractées à l'extérieur de la province. Il n'est pas nécessaire de répéter ce que les cours canadiennes et la Commission ont dit à plusieurs reprises, savoir que les cours s'appliqueront à découvrir et à annuler tout acte qui viole des restrictions d'ordre constitutionnel sous prétexte de demeurer à l'intérieur des limites fixées par la loi. Un

emerged even to suggest that the Legislature of Ontario at the respective dates had any purpose in view other than to legislate in times of difficulty in relation to the class of subject which was its special care—namely, municipal institutions.

He went on to reject the argument that the legislation was *ultra vires* as being in derogation of extra-provincial rights by saying, at pp. 482-83:

... and though they affect rights outside the Province they only so affect them collaterally, as a necessary incident to their lawful powers of good government within the Province.

The British Columbia Court of Appeal reached a similar result a year earlier in the case of *Day v. Victoria*, [1938] 4 D.L.R. 345, and in so doing followed the decision of the Ontario Court of Appeal in *Ladore v. Bennett*, *supra*, which was later affirmed by the Judicial Committee of the Privy Council.

It will be seen that there is an apparent conflict between the *Royal Bank* line of cases and *Ladore v. Bennett*. In *Royal Bank* the view expressed by Viscount Haldane (see quotation from p. 298, *supra*) would appear to be that any provincial enactment not wholly confined in its effect to the Province would on that account be *ultra vires*. The same reasoning appears to have been applied in *Ottawa Valley* and *Beauharnois* as well as in *Credit-Foncier*. These cases have been criticized as adopting too narrow a view of the territorial limitation on provincial legislative competence. Professor Hogg in his work, *Constitutional Law of Canada*, *supra*, said at pp. 209-10:

The general rule of constitutional law is that a law is classified by its pith and substance, and incidental effects on subjects outside jurisdiction are not relevant to constitutionality. No one would quarrel with the proposition that a provincial statute whose pith and substance is the destruction or modification of rights outside the province must be unconstitutional. But where the cases go wrong, as it seems to me, is in refusing to recognize that a statute whose pith and substance is a matter inside the province may incidentally destroy or modify rights outside the province.

moyen déguisé ne tiendra pas. Mais en l'espèce, rien ne laisse même entendre qu'à ces dates respectives, la législature de l'Ontario visait un but autre que l'adoption, à une époque difficile, d'une loi relative à un sujet auquel elle portait une attention spéciale, soit les institutions municipales.

Il a ensuite rejeté l'argument portant que la législation était *ultra vires* parce qu'elle violait des droits extra-provinciaux, affirmant, aux pp. 482 et 483:

[TRADUCTION] ... et même si elles portent atteinte à des droits à l'extérieur de la province, elles ne le font que de manière accessoire et nécessairement incidente à leurs pouvoirs légitimes de bon gouvernement dans la province.

Un an plus tôt, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait rendu une décision semblable dans l'arrêt *Day v. Victoria*, [1938] 4 D.L.R. 345, et ce faisant, elle avait suivi l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *Ladore v. Bennett*, précité, que le Comité judiciaire du Conseil privé a confirmé ultérieurement.

On constate un conflit évident entre le courant de jurisprudence qui s'inspire de l'arrêt *Royal Bank* et celui qui s'inspire de l'arrêt *Ladore v. Bennett*. Dans *Royal Bank*, l'opinion du vicomte Haldane (voir l'extrait précité de la p. 298) semblerait être que toute loi provinciale dont l'effet ne se limite pas entièrement à la province serait à ce titre *ultra vires*. Le même raisonnement semble avoir été appliqué dans les arrêts *Ottawa Valley*, *Beauharnois* et *Credit-Foncier*. On a critiqué ces arrêts en leur reprochant d'adopter une conception trop étroite des limites territoriales de la compétence législative des provinces. Dans l'ouvrage *Constitutional Law of Canada*, précité, le professeur Hogg affirme, aux pp. 209 et 210:

[TRADUCTION] En droit constitutionnel, la règle générale est qu'une loi est classée suivant son caractère véritable, et les effets secondaires qu'elle a sur des sujets dans d'autres ressorts n'ont rien à voir avec sa constitutionnalité. Nul ne conteste la thèse de l'inconstitutionnalité d'une loi provinciale qui, de par son caractère véritable, vise à anéantir ou à modifier des droits à l'extérieur de la province. Mais il me semble que c'est à tort que la jurisprudence refuse de reconnaître qu'une loi, qui de par son caractère véritable porte sur une matière de compétence provinciale, puisse de façon incidente anéantir ou modifier des droits à l'extérieur de la province.

The clash between *Royal Bank* and *Ladore v. Bennett* is thus clearly illustrated in the above quotation. The factual basis for the *Royal Bank* case is not entirely clear from the report. It must be assumed, however, that there was at least an implied finding that the pith and substance of the Act in question was in relation to extra-provincial rights if it is to be accepted today as authority. It should be noted that the other cases referred to above which followed *Royal Bank* were all decided before *Ladore v. Bennett*, which case in my view states the law correctly.

Where the pith and substance of the provincial enactment is in relation to matters which fall within the field of provincial legislative competence, incidental or consequential effects on extra-provincial rights will not render the enactment *ultra vires*. Where, however, the pith and substance of the provincial enactment is the derogation from or elimination of extra-provincial rights then, even if it is cloaked in the proper constitutional form, it will be *ultra vires*. A colourable attempt to preserve the appearance of constitutionality in order to conceal an unconstitutional objective will not save the legislation. I refer to the words of Lord Atkin quoted above that “a colourable device will not avail”.

The appellants argued that the *Reversion Act* is colourable legislation aimed at the Power Contract. In support of this argument reference was made to the extrinsic evidence which has already been mentioned. That part of the evidence which I have held to be reliable and therefore admissible indicates the true purpose and intent of the Act. Newfoundland attempted to recall more power than was provided for in the Power Contract, first by a request to Hydro-Quebec and then to the Quebec Premier. These attempts failed. A demand to CFLCo by Order in Council was also refused. A whole section of the government pamphlet, “*The Energy Priority of Newfoundland and Labrador*”, deals with the price paid by Hydro-Quebec for Churchill Falls power under the Power Contract and the benefits realized by Hydro-Quebec from its investment. The section concludes:

L'extrait précité illustre ainsi clairement le conflit entre les arrêts *Royal Bank* et *Ladore v. Bennett*. Les faits à l'origine de l'arrêt *Royal Bank* ne sont pas exposés très clairement dans le recueil. Il faut cependant supposer qu'il s'y trouvait au moins une constatation implicite que le caractère véritable de la Loi en question se rapportait à des droits extra-provinciaux si on doit aujourd'hui l'accepter comme faisant autorité. Il faut souligner que les autres arrêts mentionnés ci-dessus qui ont suivi l'arrêt *Royal Bank* ont tous précédé l'arrêt *Ladore v. Bennett* qui, à mon avis, énonce correctement la règle applicable.

Lorsque le caractère véritable d'une loi provinciale se rapporte à des matières qui relèvent du domaine de la compétence législative des provinces, les effets accessoires ou indirects sur des droits extra-provinciaux ne rendent pas cette loi *ultra vires*. Cependant, si de par son caractère véritable la loi provinciale porte atteinte à des droits extra-provinciaux ou les élimine, elle est *ultra vires* même si elle revêt une forme constitutionnelle appropriée. Une tentative déguisée de préserver l'apparence de constitutionnalité en vue de dissimuler un objectif inconstitutionnel ne permettra pas de sauver cette loi. Je reprends les mots précités de lord Atkin, «un moyen déguisé ne tiendra pas».

Les appelants font valoir que la *Reversion Act* est une loi déguisée qui s'attaque au contrat d'énergie. Ils fondent cet argument sur la preuve extrinsèque dont il a déjà été question. Cette partie de la preuve, que j'ai déjà déclarée digne de foi et par conséquent recevable, montre l'objet et l'esprit véritables de la Loi. Terre-Neuve a tenté de récupérer plus d'électricité que ne le prévoyait le contrat d'énergie, par une demande adressée d'abord à Hydro-Québec et ensuite au premier ministre du Québec. Ces tentatives ont échoué. Une réclamation adressée à CFLCo par décret a également été rejetée. Toute une partie de la brochure gouvernementale intitulée «*The Energy Priority of Newfoundland and Labrador*» est consacrée au prix que paie Hydro-Québec pour l'électricité des chutes Churchill en vertu du contrat d'énergie et aux avantages qu'Hydro-Québec tire de ce placement. Cette partie de la brochure se termine ainsi:

The foregoing financial estimates have been included here to illustrate the harsh inequity created by the Power Contract since 1972. This inequity will clearly magnify to unconscionable proportions and amounts over the remaining 61 years of the Power Contract. It is this very Power Contract which Hydro-Quebec is using to deny Newfoundland's right to access 800 MW of Churchill Falls power at this time. The increasing inequity of the Power Contract adds impetus to the Government's determination to reach a resolution to its right of access. Such access would only begin to reduce the inequity and to move towards a fair and equitable utilization of the Churchill Falls resource.

Another section is entitled, "Newfoundland's Case for Fairness and Equity", and outlines Newfoundland's attempt to renegotiate the Power Contract in terms of both price and Newfoundland's access to Churchill Falls power. Even the *Reversion Act* itself provides for compensation to shareholders and creditors directly, rather than the CFLCo, thus depriving the company of any assets upon which recovery by Hydro-Quebec for breach of the Power Contract could be effected. As soon as the *Reversion Act* came into force, Hydro-Quebec's right to receive power according to the terms of the Power Contract would be effectively destroyed. Even if the flow of electricity to Quebec continued at the same rate and for the same price after the coming into force of the Act, it would then be in the form of a privilege rather than an enforceable right. All of this, in my opinion, points to one conclusion: the *Reversion Act* is a colourable attempt to interfere with the Power Contract and thus to derogate from the rights of Hydro-Quebec to receive an agreed amount of power at an agreed price.

It was also argued by the appellants that the *Reversion Act* is *ultra vires* in that it affects the rights of secured creditors outside the Province. In my opinion, there is nothing in the Act itself nor in the extrinsic evidence to indicate that the Act is aimed at the rights of secured creditors. Any effect on these rights would be of an incidental nature and, in accordance with the principle of *Ladore v. Bennett* discussed above, would not of itself be grounds for declaring the Act *ultra vires*.

[TRANSLATION] Les chiffres qui précèdent ont été énoncés ici pour illustrer la grande injustice que crée le contrat d'énergie depuis 1972. Il est évident que cette injustice prendra des proportions démesurées et portera sur des sommes énormes au cours des 61 ans qui restent au contrat d'énergie. C'est ce contrat même dont se sert Hydro-Québec pour nier actuellement à Terre-Neuve le droit d'accès à 800 MW d'électricité des chutes Churchill. L'inéquité croissante du contrat d'énergie renforce l'intention du gouvernement de trouver une solution à son droit d'accès. Ce droit d'accès permettrait seulement de commencer à diminuer cette injustice et à promouvoir une utilisation juste et équitable des ressources des chutes Churchill.

c Une autre partie intitulée «Newfoundland's Case for Fairness and Equity» expose la tentative de Terre-Neuve de renégocier les conditions du contrat d'énergie relatives au prix et à l'accès de Terre-Neuve à l'électricité des chutes Churchill. Même la *Reversion Act* prévoit indemniser directement les actionnaires et les créanciers plutôt que CFLCo, privant ainsi la compagnie de tous les biens qui pourraient servir à indemniser Hydro-Québec pour la violation du contrat d'énergie. Dès l'entrée en vigueur de la *Reversion Act*, le droit d'Hydro-Québec de recevoir l'électricité conformément aux conditions du contrat d'énergie serait effectivement aboli. Même si le débit et le prix de l'électricité distribuée au Québec demeuraient les mêmes après l'entrée en vigueur de la Loi, cela relèverait d'un privilège plutôt que d'un droit exécutoire. À mon avis, tout cela entraîne une seule conclusion: la *Reversion Act* est une tentative déguisée de modifier le contrat d'énergie et de porter atteinte au droit d'Hydro-Québec de recevoir une quantité d'électricité convenue à un prix convenu.

h Les appelants soutiennent également que la *Reversion Act* est *ultra vires* parce qu'elle porte atteinte aux droits des créanciers garantis à l'extérieur de la province. À mon avis, il n'y a rien, ni dans la Loi elle-même ni dans la preuve extrinsèque, qui indique que la Loi vise les droits des créanciers garantis. Tout effet sur ces droits serait de nature accessoire et, suivant le principe énoncé dans *Ladore v. Bennett* que nous avons examiné plus haut, ne constituerait pas en soi un motif permettant de déclarer la Loi *ultra vires*.

A finding that the *Reversion Act* is aimed at the rights of Hydro-Quebec under the Power Contract would render the Act *ultra vires* only if the rights so attacked are situate in Quebec beyond the jurisdiction of the Legislature of Newfoundland. Little argument was advanced on this issue and the case seemed to proceed on the general assumption that the rights of Hydro-Quebec were situate in Quebec. The fact, of course, is that Hydro-Quebec has the right under the Power Contract to receive delivery in Quebec of hydro-electric power and thereafter to dispose of it for use in Quebec or elsewhere as it may choose. If these facts are not sufficient for the purpose of the constitutional characterization of the *Reversion Act*, it may be noted in any event that ordinarily the rule is that rights under contracts are situate in the province or country where the action may be brought: see Castel, *Canadian Conflict of Laws* (1977), vol. 2, p. 347, and Dicey & Morris, *The Conflict of Laws*, vol. 2, 10th ed., 1980, p. 533, and cases cited therewith. It will be recalled that the Power Contract provided that the courts of Quebec would have jurisdiction to adjudicate disputes arising under it and it is, therefore, the Province of Quebec where enforcement of the contract may be ordered and where the intangible rights arising under the contract are situate.

It was argued by the Attorney General of Newfoundland that control over the power generated at Churchill Falls is essential for the effective management by Newfoundland of its water resources and to meet the energy needs of the Province. However, it is not for this Court to consider the desirability of legislation from a social or economic perspective where a constitutional issue is raised. As Laskin C.J. said in *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42 at p. 76:

Where governments in good faith, as in this case, invoke authority to realize desirable economic policies, they must know that they have no open-ended means of achieving their goals when there are constitutional limitations on the legislative power under which they purport to act. They are entitled to expect that the Courts, and especially this Court, will approach the task of

Conclure que la *Reversion Act* vise les droits que le contrat d'énergie confère à Hydro-Québec, rendrait la Loi inconstitutionnel seulement si ces droits sont situés au Québec hors de la compétence de la législature de Terre-Neuve. On a dit peu de choses à cet égard au cours des plaidoiries et il appert qu'on a présumé tout au long de l'affaire que les droits d'Hydro-Québec étaient situés au Québec. Il est vrai, évidemment, qu'Hydro-Québec a le droit en vertu du contrat d'énergie de prendre livraison au Québec de l'énergie hydro-électrique et de l'écouler au Québec ou ailleurs à son choix. Si ces faits ne sont pas suffisants aux fins de la caractérisation constitutionnelle de la *Reversion Act*, il convient de noter de toute façon que normalement la règle veut que les droits découlant de contrats soient situés dans la province ou le pays où l'action peut être intentée: voir Castel, *Canadian Conflict of Laws* (1977), vol. 2, p. 347, ainsi que Dicey et Morris, *The Conflict of Laws*, vol. 2, 10<sup>e</sup> éd., 1980, p. 533 et les arrêts qui y sont cités. Il faut se rappeler que le contrat d'énergie stipule que les tribunaux du Québec ont compétence pour trancher les litiges en découlant et, par conséquent, c'est dans la province de Québec que l'exécution du contrat peut être ordonnée et où sont situés les droits incorporels découlant du contrat.

Le procureur général de Terre-Neuve a fait valoir que le contrôle de l'énergie produite aux chutes Churchill est essentiel pour permettre à Terre-Neuve d'administrer efficacement ses ressources hydrauliques et de répondre aux besoins en énergie de la province. Cependant, il n'appartient pas à cette Cour d'examiner le caractère souhaitable d'une loi d'un point de vue social ou économique lorsqu'une question constitutionnelle est soulevée. Comme l'a dit le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42, à la p. 76:

Lorsque les gouvernements invoquent de bonne foi, comme en l'espèce, leur pouvoir de mettre sur pied des politiques économiques souhaitables, ils doivent savoir qu'ils n'ont pas à leur disposition des moyens illimités d'atteindre leur but lorsque le pouvoir législatif en vertu duquel ils entendent agir est limité par la Constitution. Ils sont en droit de s'attendre que les tribunaux, et



appraisal of the constitutionality of social and economic programmes with sympathy and regard for the serious consequences of holding them *ultra vires*. Yet, if the appraisal results in a clash with the Constitution, it is the latter which must govern. That is the situation here.

It is also the situation in the present case, and it follows that the *Reversion Act* is *ultra vires*.

## IX

In view of the conclusion I have reached on the issue of extra-provincial civil rights, I do not consider it necessary to deal with the other arguments advanced by the appellants regarding the regulation of interprovincial trade and commerce and interference with an interprovincial work or undertaking.

## X

In conclusion, having found that the pith and substance of the *Reversion Act* is to interfere with the rights of Hydro-Quebec outside the territorial jurisdiction of Newfoundland, it is my opinion that the Act, taken as a whole, is *ultra vires* of the Legislature of Newfoundland. Question 9 of the Reference must be answered accordingly. It therefore becomes unnecessary to answer the other eight questions.

I would allow the appeal. The appellants, Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited, Hydro-Quebec, Royal Trust Co. and General Trust of Canada, are entitled to their costs throughout. There will be no costs by or to the Attorneys General.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitor for the appellant Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited: John Sopinka, Toronto.*

*Solicitors for the appellant Hydro-Quebec: Geoffrion, Prud'homme, Montréal.*

*Solicitors for the appellant the Attorney General of Quebec: Henri Brun, Jean-K. Samson et Odette Laverdière, Ste-Foy.*

particulièrement cette Cour, abordent la tâche de déterminer la constitutionnalité des programmes sociaux et économiques avec compréhension et en étant pleinement conscients des graves conséquences de les déclarer *ultra vires*. Mais si après examen il est jugé qu'ils vont à l'encontre de la Constitution, c'est cette dernière qui doit l'emporter. C'est le cas en l'espèce.

C'est également le cas dans la présente espèce et il s'ensuit que la *Reversion Act* est *ultra vires*.

## IX

Étant donné mes conclusions sur la question des droits civils extra-provinciaux, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les autres arguments des appelants concernant la réglementation du trafic et du commerce interprovinciaux et l'ingérence dans des travaux ou une entreprise de nature interprovinciale.

## X

En conclusion, après avoir constaté que, de par son caractère véritable, la *Reversion Act* porte atteinte aux droits d'Hydro-Québec situés hors de la compétence territoriale de Terre-Neuve, je suis d'avis que la Loi, dans sa totalité, est *ultra vires* de la législature de Terre-Neuve. Il y a donc lieu de répondre en conséquence à la question 9 du renvoi. Il devient donc inutile de répondre aux huit autres questions.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Les appelants, Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited, Hydro-Québec, Compagnie Trust Royal et Trust Général du Canada, ont droit à leurs dépens dans toutes les cours. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens en faveur ou à l'encontre des procureurs généraux.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureur de l'appelante Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited: John Sopinka, Toronto.*

*Procureurs de l'appelante Hydro-Québec: Geoffrion, Prud'homme, Montréal.*

*Procureurs de l'appelant le procureur général du Québec: Henri Brun, Jean-K. Samson et Odette Laverdière, Ste-Foy.*

*Solicitors for the appellant Royal Trust Co.:  
Wells and Company, St. John's.*

*Solicitors for the appellant General Trust of  
Canada: Wells, O'Dea, Halley, Earle, Shortall &  
Burke, St. John's.*

*Solicitors for the respondent: Martin, Wool-  
ridge, Poole, Althouse & Clarke, Corner Brook.*

*Solicitor for the intervener the Attorney Gen-  
eral of Canada: Roger Tassé, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney Gen-  
eral of British Columbia: Richard H. Vogel,  
Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney Gen-  
eral for Saskatchewan: Richard Gosse, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney Gen-  
eral for Manitoba: Gordon E. Pilkey, Winnipeg.*

*Procureurs de l'appelante Compagnie Trust  
Royal: Wells and Company, St. John's.*

*Procureurs de l'appelante Trust Général du  
Canada: Wells, O'Dea, Halley, Earle, Shortall &  
Burke, St. John's.*

*Procureurs de l'intimé: Martin, Woolridge,  
Poole, Althouse & Clarke, Corner Brook.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général  
du Canada: Roger Tassé, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général  
de la Colombie-Britannique: Richard H. Vogel,  
Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général  
de la Saskatchewan: Richard Gosse, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général  
du Manitoba: Gordon E. Pilkey, Winnipeg.*

**Hartel Holdings Co. Ltd. Appellant;**

and

**The Council of the City of Calgary  
Respondent.**

File No.: 17048.

1983: September 28 and 29; 1984: May 3.

Present: Ritchie, Estey, McIntyre, Chouinard and  
Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ALBERTA

*Municipal law — Zoning — Statutory plans — Expropriation — Land reserved by plans for park — Zoning preventing planned development — Given intention to create park, whether or not municipality forced to expropriate under s. 70(1) of The Planning Act, 1977 — The Planning Act, 1977, 1977 (Alta.), c. 89 (now R.S.A. 1980, c. P-9), ss. 1(14), 45(1), 46, 53, 59(1), 61, 62(2), 65(a),(d), 66, 67(2),(5), 68, 69(1),(2), 70, 83(3).*

Respondent adopted a number of plans for the creation of a public park in the City of Calgary. The appellant's land which was prime residential property was included in the proposed park. Residential development was not a permitted use under the existing zoning by-law. Appellant offered to sell its land to the City but terms could not be agreed upon. Appellant believed a more favourable price could be obtained on an expropriation but the City refused to expropriate. Appellant sought mandamus and obtained an order directing the City to expropriate on the basis that s. 70 of *The Planning Act* required land designated for a park under a land use by-law to be acquired within six months of that designation or the by-law to be amended to designate another use. The City maintained s. 70 was not applicable. This appeal is from a judgment of the Court of Appeal overturning the order to expropriate and can only succeed if the land is found to have been "designated" for use as a park under a land use by-law.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The expression "designated under a land use by-law" does not include designation under a statutory plan for such a broad interpretation would assign s. 70 a role inappropriate in the context of the Act as a whole. The statutory definition of land use by-law made no reference to statutory plans modifying the substance of the land use by-law. Moreover, the language of s. 70 would

**Hartel Holdings Co. Ltd. Appelante;**

et

**Ville de Calgary Intimée.**

a

N° du greffe: 17048.

1983: 28 et 29 septembre; 1984: 3 mai.

b Présents: Les juges Ritchie, Estey, McIntyre, Chouinard et Wilson.

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

c *Droit municipal — Zonage — Plans légaux — Expropriation — Plans mettant en réserve un terrain pour la création d'un parc — Zonage empêchant l'aménagement projeté — Vu son intention de créer un parc, la municipalité est-elle tenue d'exproprier en vertu de l'art. 70(1) de The Planning Act, 1977? — The Planning Act, 1977, 1977 (Alb.), chap. 89 (actuellement R.S.A. 1980, chap. P-9), art. 1(14), 45(1), 46, 53, 59(1), 61, 62(2), 65a,d), 66, 67(2),(5), 68, 69(1),(2), 70, 83(3).*

L'intimée a adopté plusieurs plans visant la création d'un parc public dans la ville de Calgary. Le terrain de l'appelante qui était un terrain à construire de choix était compris dans le parc proposé. L'aménagement aux fins d'habitation n'était pas autorisé par le règlement de zonage en vigueur. L'appelante a offert de vendre son terrain à la ville mais elles n'ont pu s'entendre sur les conditions. L'appelante croyait que l'expropriation lui rapporterait davantage, mais la ville a refusé de procéder à l'expropriation. L'appelante a procédé par *mandamus* et a obtenu une ordonnance enjoignant à la ville de l'exproprier parce que l'art. 70 de *The Planning Act* exige qu'un terrain désigné comme parc en vertu d'un règlement de zonage soit acquis dans les six mois de cette désignation ou que le règlement soit modifié de manière à prévoir une autre utilisation. La ville soutient que l'art. 70 ne s'applique pas. Le pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel infirmant l'ordonnance d'expropriation et ne peut réussir que si on conclut que le terrain a été «désigné» comme parc en vertu du règlement de zonage.

i *Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

L'expression «désigné en vertu d'un règlement de zonage» ne comprend pas la désignation en vertu d'un plan légal, car lui donner une portée aussi vaste serait attribuer à l'art. 70 un rôle anormal compte tenu de la Loi dans son ensemble. Le terme «règlement de zonage» est défini dans la Loi, mais cette définition ne parle pas de plans légaux modifiant le fond du règlement de

be strained and the legislative history of the section ignored if the distinction between statutory plans and land use by-laws were eroded. Statutory plans contained proposals only and were subject to subsequent refinement and revision. They gave the municipality an opportunity to plan over time before passing a land use by-law to implement the proposals. The land use by-law was the instrument which triggered s. 70. It represented the culmination of the planning process and the earlier plans could not be reverted to in order to find a "designation" within the meaning of s. 70.

The concept of bad faith could not be applied here. There is nothing inherently wrong with a zoning freeze or with a refusal to buy the owner out at a fair price.

*Chrumka v. Calgary Development Appeal Board* (1981), 18 M.P.L.R. 95, considered; *Bridgeland-Riverside Community Association v. Calgary* (1982), 18 M.P.L.R. 180; *Tegon Developments Ltd. v. Edmonton (City of)* (1977), 5 Alta. L.R. (2d) 63, affirmed at [1979] 1 S.C.R. 98; *Hauff v. Vancouver (City of)* (1980), 12 M.P.L.R. 125; *Soo Mill & Lumber Co. Ltd. v. Sault Ste-Marie (City of)*, [1975] 2 S.C.R. 78; *Sanbay Developments Ltd. v. London (City of)*, [1975] 1 S.C.R. 485; *Vancouver (City of) v. Simpson*, [1977] 1 S.C.R. 71, referred to.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1982), 131 D.L.R. (3d) 723, 18 Alta. L.R. 1, 36 A.R. 76, 17 M.P.L.R. 87, allowing an appeal from an order of mandamus made by Greschuk J. Appeal dismissed.

*B. A. Crane, Q.C.*, and *E. E. Dais*, for the appellant.

*Brand Inlow* and *Adel A. Abougoush*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The appellant corporation's complaint against the respondent City is that the City has, by freezing the zoning of its land with a view to its subsequent acquisition for a park, confiscated the value of the land as prime residential development property. The power of the City to do this under *The Planning Act, 1977, 1977* (Alta.), c. 89 (now the *Planning Act, R.S.A. 1980, c. P-9*) is the issue on this appeal.

zonage. De plus, ce serait déformer le texte de l'art. 70 et négliger l'évolution législative de cet article si la distinction entre les plans légaux et les règlements de zonage devait s'éroder. Les plans légaux contiennent seulement des propositions et peuvent être précisés et révisés ultérieurement. Ils permettent à la municipalité de planifier à long terme avant d'adopter un règlement de zonage pour mettre en oeuvre les propositions. Le règlement de zonage est l'acte qui déclenche l'application de l'art. 70. C'est le point culminant du processus de planification et on ne peut revenir à des plans antérieurs pour établir une « désignation » au sens de l'art. 70.

On ne saurait appliquer en l'espèce le concept de la mauvaise foi. Ni un gel du zonage ni le refus d'acheter le terrain au propriétaire à un prix juste n'est mauvais en soi.

Jurisprudence: arrêt examiné: *Chrumka v. Calgary Development Appeal Board* (1981), 18 M.P.L.R. 95; arrêts mentionnés: *Bridgeland-Riverside Community Association v. Calgary* (1982), 18 M.P.L.R. 180; *Tegon Developments Ltd. v. Edmonton (City of)* (1977), 5 Alta. L.R. (2d) 63, confirmé par [1979] 1 R.C.S. 98; *Hauff v. Vancouver (City of)* (1980), 12 M.P.L.R. 125; *Soo Mill & Lumber Co. Ltd. c. Sault Ste-Marie (Ville de)*, [1975] 2 R.C.S. 78; *Sanbay Developments Ltd. c. London (Ville de)*, [1975] 1 R.C.S. 485; *Vancouver (Ville de) c. Simpson*, [1977] 1 R.C.S. 71.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1982), 131 D.L.R. (3d) 723, 18 Alta. L.R. 1, 36 A.R. 76, 17 M.P.L.R. 87, qui a accueilli un appel d'une ordonnance de mandamus rendue par le juge Greschuk. Pourvoi rejeté.

*B. A. Crane, c.r.*, et *E. E. Dais*, pour l'appelante.

*Brand Inlow* et *Adel A. Abougoush*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—La ville intimée, désireuse de se porter un jour acquéreur du terrain de la société appelante et de l'aménager en parc, a gelé le zonage dudit terrain. L'appelante reproche à la ville d'avoir ainsi confisqué la valeur qu'a le terrain à titre de lotissement de choix à des fins d'habitation. Ce pourvoi soulève la question de savoir si *The Planning Act, 1977, 1977* (Alb.), chap. 89 (actuellement la *Planning Act, R.S.A. 1980, chap. P-9*), autorise la ville à agir de la sorte.

### 1. The Facts

The appellant corporation is the owner of a parcel of land in the City of Calgary which it has been planning to develop for residential purposes since at least 1971. For the same length of time, however, the respondent City has had its eye on the appellant's land along with other land in the vicinity with a view to the establishment of a public park in the Nose Hill area. The respondent has, over the course of time, refined its ideas about the proposed park and has adopted a number of plans reflecting those ideas.

On January 5, 1972 the Superintendent of the City's Land Department informed the appellant that the Department was prepared to recommend the acquisition of its land for \$6873 per acre. Nothing came of this recommendation but it is evidence of the City's early interest in the acquisition.

The appellant's land was classified as A-Agricultural under the municipal zoning by-law applicable in 1971. There were a variety of permitted uses for land so classified. These included, in addition to parks, farms of no less than twenty acres, schools or public buildings, and a variety of public and private recreational uses some of which offered limited possibilities for commercial exploitation. Private dwellings were permitted but the minimum site area of twenty acres meant that a zoning change would be necessary before the appellant's plans for residential development could be put into effect. The appellant's land was clearly classified in this way, as A-Agricultural permitting other uses, because s. 120(c) of *The Planning Act*, R.S.A. 1970, c. 276, the predecessor of s. 70 of *The Planning Act*, 1977, provided that the municipality could not zone land exclusively for parks or recreational facilities unless it owned all the land in the zone or acquired it within six months from the date of establishment of the zone.

On July 3, 1972 the City passed the first of the resolutions cited by the appellant as evidence of the City's intention to freeze development of land

### 1. Les faits

La société appelante est propriétaire d'un terrain sis dans la ville de Calgary qu'elle envisage d'aménager à des fins d'habitation depuis au moins 1971. Depuis aussi longtemps toutefois, la ville intimée convoite ce même terrain ainsi que certains autres terrains avoisinants dans l'intention d'établir un parc public dans le secteur Nose Hill. Au cours des années, à mesure que sa conception du projet de parc évoluait, l'intimée a adopté plusieurs plans traduisant cette évolution.

Le 5 janvier 1972, le surintendant de la Direction de l'immobilier de la ville a avisé l'appelante que la Direction avait l'intention de recommander l'acquisition de son terrain au prix de 6 873 \$ l'acre. La recommandation n'a abouti à rien, mais elle prouve que l'intérêt de la ville ne date pas d'hier.

Dans le règlement municipal de zonage applicable en 1971, le terrain de l'appelante a reçu la classification A-Agricole. Différentes utilisations étaient permises pour les terrains ainsi classifiés. Il pouvait s'agir non seulement de parcs, mais aussi de fermes d'au moins vingt acres, d'écoles ou d'édifices publics et de divers usages récréatifs, tant publics que privés, dont certains offraient des possibilités limitées d'exploitation commerciale. Les habitations privées étaient permises mais, vu l'exigence d'un emplacement d'une superficie minimale de vingt acres, il aurait fallu que l'appelante obtienne un nouveau zonage pour réaliser son projet d'aménagement à des fins d'habitation. Il ne fait pas de doute que ce terrain a reçu la classification A-Agricole parce que, suivant l'al. 120c) de *The Planning Act*, R.S.A. 1970, chap. 276, remplacé par l'art. 70 de *The Planning Act*, 1977, une municipalité ne pouvait établir un zonage prévoyant exclusivement des parcs ou des installations récréatives, à moins qu'elle ne fût propriétaire de l'ensemble des biens-fonds de la zone ou qu'elle s'en fût portée acquéreur dans les six mois de la date de la création de la zone.

Le 3 juillet 1972, la ville a adopté la première des résolutions citées par l'appelante pour prouver que la ville avait l'intention de geler l'aménage-

for the creation of Nose Hill Park. This resolution deferred development of the area in question until completion of a sector plan and suggested that consideration be given to acquiring a major portion of the Hill for recreational purposes. The resolution was, in effect, a commitment to postpone any change in the then prevailing zoning by-law.

On April 16, 1973 the City passed a resolution restricting urban development on some 4100 acres in the Nose Hill area and requiring investigation by the City of all available means of acquisition of this land. On January 26, 1976 the City reduced the size of the proposed Nose Hill Park by deleting the westerly 1500 acres. The remaining 2600 acres included the appellant's land.

On November 10, 1977 assent was given to *The Planning Act, 1977, 1977 (Alta.)*, c. 89, and the Act itself came into effect on April 1, 1978. Pursuant to the provisions of the new Act the City adopted a number of statutory plans which included reference to the Nose Hill Park, the appellant's land being included in the land making up the proposed park. The first of these was the Calgary General Municipal Plan adopted on March 12, 1979. This plan stated that "A plan will be prepared for the development of Nose Hill Park, and capital budget allocations will be made for the purchase of, and improvement to, the land affected". In September 1979 the City passed an Area Structure Plan called Crowchild III which included reference to the "proposed Nose Hill Park". In February 1980 the City adopted the Nose Hill Park Master Plan which had been prepared by the City Parks and Recreation Development and outlined the types of recreational activity and facilities which would be desirable in the park. As counsel for the respondent asserts, the Master Plan is a mere policy statement which does not occupy any place in the hierarchy of statutory plans under the Act. It was, however, incorporated in the City's General Municipal Plan on June 17, 1980.

It seems fairly clear that the General Municipal Plan, Crowchild III and the Nose Hill Park Master Plan are all policy documents rather than

ment des terrains destinés à la création du parc Nose Hill. Cette résolution différait l'aménagement du secteur en question en attendant l'élaboration d'un plan de secteur et proposait que soit étudiée la possibilité d'acquérir une partie importante de Nose Hill à des fins récréatives. La résolution constituait en réalité une décision de remettre à plus tard la modification du règlement de zonage alors en vigueur.

Le 16 avril 1973, la ville a adopté une résolution qui limitait l'aménagement de quelque 4 100 acres de terrain situées dans le secteur Nose Hill et qui lui imposait d'examiner tous les moyens qui s'offraient pour acquérir ce terrain. Le 26 janvier 1976, la ville a réduit la superficie du parc projeté en retranchant les 1 500 acres situées à l'ouest. Le terrain de l'appelante est compris dans les 2 600 acres qui restent.

Sanctionnée le 10 novembre 1977, *The Planning Act, 1977 (Alb.)*, chap. 89, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1978. Conformément à cette loi, la ville a adopté plusieurs plans qui visaient notamment le parc Nose Hill; le terrain de l'appelante fait partie des terrains qui devaient être consacrés à la création du parc. Le premier de ces plans était le plan municipal général de Calgary adopté le 12 mars 1979, qui portait: [TRADUCTION] «Un plan sera élaboré en vue de l'aménagement du parc Nose Hill et des sommes provenant du budget des dépenses en capital seront affectées à l'achat et à l'amélioration des terres en question». En septembre 1979, la ville a adopté un plan de construction de secteur, intitulé Crowchild III, qui mentionnait le [TRADUCTION] «projet de parc dans le secteur Nose Hill». En février 1980, la ville a adopté le plan directeur du parc Nose Hill. Établi par la Direction des parcs et de la récréation de la ville, ce plan indiquait le type d'activités et d'installations récréatives à envisager pour le parc. Comme l'affirme l'avocat de l'intimée, le plan directeur n'est qu'un énoncé de politique qui n'a donc aucun statut par rapport aux plans prévus par la Loi. La ville l'a néanmoins incorporé dans son plan municipal général le 17 juin 1980.

Il semble assez évident que le plan municipal général, Crowchild III, et le plan directeur du parc Nose Hill sont tous des énoncés de politique plutôt

regulatory documents. For example, the General Municipal Plan is divided into sectors such as "The River Valley System and Other Natural Areas" and "Park Land in General" and these are discussed under the headings "Policies", "Implementation" and "Monitoring". The Nose Hill Park Master Plan put forward three alternative park development concepts which are evaluated and recommendations made. The form and content of these documents differ markedly from the Calgary Land Use By-Law itself.

On March 3, 1980 the City enacted Land Use By-Law 2-P-80 to come into effect on March 31, 1980. Under this by-law the appellant's land was zoned A-Agricultural and Open Space. There are five permitted uses under this category, namely essential public services, extensive agricultural uses, parks and playgrounds, single-detached dwellings, and utilities. As under the previous zoning by-law there is a twenty acre minimum site area making residential development of the type in which the appellant was interested impossible. A number of discretionary uses are also listed but none of them would appear to provide commercially attractive possibilities for the appellant. In substance, however, the by-law does not by itself change the position the appellant was in prior to its enactment as far as the development of its land is concerned.

The appellant had been aware for some time of the difficulties associated with the development of its land in light of the park proposals. In 1976 a land exchange with the City was proposed but this was not acceptable to the City. On October 6, 1978 the appellant applied for an amendment to the zoning law then in effect and for subdivision approval for its land and adjacent property for the purpose primarily of residential development. This application was refused by the City on April 9, 1979 and the appellant did not appeal nor is it contesting the propriety of the decision on this appeal.

que des documents de réglementation. Mentionnons par exemple que le plan municipal général vise différents secteurs tels que [TRADUCTION] «Le bassin de la rivière et les autres zones naturelles» et [TRADUCTION] «Les parcs en général», secteurs qui sont traités sous les rubriques [TRADUCTION] «Politiques», «Application» et «Suivi». Le plan directeur du parc Nose Hill contient trois propositions pour l'aménagement du parc; chacune est soumise à un examen et des recommandations sont faites en conséquence. De par leur forme et leur contenu, ces documents diffèrent sensiblement du règlement de zonage de la ville de Calgary.

Le 3 mars 1980, la ville a adopté le règlement de zonage 2-P-80 qui est entré en vigueur le 31 mars 1980. En vertu de ce règlement, le terrain de l'appelante a été classifié A-Agricole et Aire libre. Cette classification autorise cinq utilisations, savoir les services publics essentiels, l'agriculture extensive, des parcs et des terrains de jeux, les habitations unifamiliales isolées et les services d'utilité publique. Le nouveau règlement de zonage, tout comme l'ancien, prévoit que les terrains à bâtir doivent avoir une superficie minimale de vingt acres, ce qui rend impossible le genre d'aménagement à des fins d'habitation envisagé par l'appelante. Un certain nombre d'utilisations discrétionnaires sont prévues, mais aucune ne paraît offrir à l'appelante des possibilités de rentabilité commerciale. Dans le fond, en ce qui concerne l'aménagement de son terrain, le règlement en soi ne change pas la situation dans laquelle l'appelante se trouvait avant l'adoption de celui-ci.

L'appelante savait depuis un certain temps qu'elle éprouverait des difficultés à aménager son terrain compte tenu du projet de parc. En 1976, une proposition d'échange de terrain avec la ville a buté contre le refus de celle-ci. Le 6 octobre 1978, l'appelante a demandé la modification du règlement de zonage alors en vigueur ainsi qu'une autorisation de lotissement pour son terrain et des terrains adjacents, principalement pour les aménager à des fins d'habitation. La ville a rejeté la demande le 9 avril 1979, mais l'appelante n'a pas interjeté appel de la décision et elle n'en conteste pas le bien-fondé en l'espèce.

Concurrent with the development of its plan for the Nose Hill Park the City had authorized the acquisition of land in the park from its owners. Pursuant to this authority on July 17, 1979 Brian Musgrove of the City Land Department responded to an offer from the appellant that its land be sold to the City and that the procedures under *The Expropriation Act*, 1974 (Alta.), c. 27, be followed in establishing value. Mr. Musgrove acknowledged that the City was interested in acquiring the appellant's land but indicated that an independent appraisal would be required. On March 7, 1980 Mr. Musgrove wrote to the appellant's solicitor indicating that the respondent would, subject to appropriate approvals, be prepared to offer \$6000 per acre. This was less than the \$6873 the Land Department was prepared to recommend in 1972 for the same land and substantially less than the \$30,000 per acre that was recommended in 1977 for the purchase of a nearby property. The appellant rejected the City's offer, believing it could do better under the provisions of *The Expropriation Act*. Under that statute the value of the land would be determined by the Alberta Land Compensation Board on the basis of what a willing buyer would pay for it on the open market.

The City, however, decided to play a waiting game. It indicated that it was not prepared to go ahead with expropriation at that time. The appellant in turn demanded that the City comply with s. 70 of *The Planning Act* and acquire the property. When the City took the position that s. 70 was not applicable, the appellant brought an application for an order of mandamus requiring the City to take expropriation proceedings pursuant to s. 70(1) of the Act. On February 20, 1981 Greschuk J. granted the appellant's application and ordered the City to commence expropriation proceedings within three months from the date of the order. On January 29, 1982 the Alberta Court of Appeal unanimously allowed the City's appeal from this order.

The appellant acknowledges that it can only succeed on the appeal if its land was "designated" under Land Use By-Law 2-P-80 for use as a park. It submits that on a proper interpretation of

Au moment même où le plan pour le parc Nose Hill était en voie d'élaboration, la ville avait autorisé l'acquisition de terres destinées à former le parc. Le 17 juillet 1979, Brian Musgrove de la Direction de l'immobilier de la ville a, en vertu de cette autorisation, répondu à l'appelante qui avait offert de vendre son terrain à la ville, le prix devant être établi conformément à *The Expropriation Act*, 1974 (Alb.), chap. 27. Tout en reconnaissant que la ville désirait se porter acquéreur du terrain de l'appelante, M. Musgrove a signalé la nécessité d'une évaluation indépendante. Le 7 mars 1980, dans une lettre adressée à l'avocat de l'appelante, M. Musgrove a fait savoir que, à condition d'obtenir les autorisations appropriées, l'intimée serait prête à offrir 6 000 \$ l'acre, soit moins que l'offre de 6 873 \$ que la Direction de l'immobilier était disposée à recommander en 1972 pour le même terrain et considérablement moins que les 30 000 \$ l'acre recommandés en 1977 pour un terrain voisin. Croyant pouvoir en obtenir davantage en vertu de *The Expropriation Act*, l'appelante a rejeté l'offre de la ville. Aux termes de ladite loi, la valeur du terrain devait être déterminée par l'Alberta Land Compensation Board qui se fonderait sur le prix que paierait sur le marché libre une personne désireuse d'acheter.

La ville toutefois temporisait. Elle a indiqué qu'elle ne voulait pas exproprier à ce moment-là. L'appelante pour sa part a sommé la ville de se conformer à l'art. 70 de *The Planning Act* et d'acquérir le terrain. Comme la ville invoquait l'inapplicabilité dudit article, l'appelante a présenté une demande de *mandamus* pour obliger la ville à procéder à l'expropriation en conformité avec le par. 70(1) de la Loi. Le 20 février 1981, le juge Greschuk a fait droit à la demande de l'appelante et a ordonné à la ville d'amorcer l'expropriation dans les trois mois de la date de l'ordonnance. Le 29 janvier 1982, la Cour d'appel de l'Alberta a accueilli à l'unanimité l'appel de la ville contre l'ordonnance.

L'appelante reconnaît qu'elle ne peut avoir gain de cause en cette Cour que si, en vertu du règlement de zonage 2-P-80, son terrain est «désigné» comme parc. L'appelante fait valoir que, selon une



s. 70(1) of the Act it was so designated. Section 70(1) reads as follows:

70 (1) If land is designated under a land use by-law for use or intended use as a municipal public building, school facility, park or recreation facility and the municipal corporation does not own the land, the council shall

(a) within six months from the date the land is so designated

(i) acquire the land or require it to be provided as reserve land pursuant to this Act, or

(ii) amend the land use by-law to designate the land for another use or intended use,

or

(b) within six months from the date the land is so designated commence proceedings to acquire the land or require it to be provided as reserve land and thereafter acquire it within a reasonable time.

Designation, the appellant says, can be effected in a number of ways—by land use maps attached to the by-law, through a statutory plan (which it alleges is what happened here) or by direct action of Council. In any of these ways, counsel submits, the land can be legally restricted and frozen for public use and s. 70(1) thereupon comes into play. The expression “designated under a land use by-law” should be given a large and liberal interpretation to cover all those methods of designation.

With respect, I cannot accept this submission. It assigns a role to s. 70 which is inappropriate in the context of the Act as a whole.

## 2. The Structure of *The Planning Act*

The structure of the Act discloses a fully integrated scheme of planning documents comprising various types of statutory plans and a land use by-law. Each document has a discrete role to play in the overall planning process. Plans are policy documents and set out proposals for future development. They may be subject to review and

interprétation correcte du par. 70(1) de la Loi, le terrain en cause a été ainsi désigné. Voici le texte du paragraphe 70(1):

[TRADUCTION] 70 (1) Si un terrain est désigné en vertu d'un règlement de zonage en vue d'une utilisation immédiate ou projetée comme emplacement d'édifice public municipal, d'école, de parc ou d'installations récréatives et que la municipalité n'en soit pas propriétaire, le conseil doit

a) dans les six mois de la date où le terrain est ainsi désigné

(i) s'en porter acquéreur ou exiger qu'il soit fourni à titre de réserve foncière conformément à la présente loi, ou

(ii) modifier le règlement de zonage pour désigner une autre utilisation immédiate ou projetée du terrain,

ou

b) dans les six mois de la date où le terrain est ainsi désigné, entreprendre des démarches en vue de s'en porter acquéreur ou exiger qu'il soit fourni à titre de réserve foncière et, dans ce cas, s'en porter acquéreur dans un délai raisonnable.

Selon l'appelante, la désignation peut se faire de différentes manières—par des plans d'occupation des sols annexés au règlement, par un plan légal (ce qu'elle allègue être le cas en l'espèce) ou par l'action directe du Conseil. Selon l'avocat, on peut légalement avoir recours à l'un quelconque de ces moyens pour restreindre et geler l'aménagement de terres destinées à l'utilisation publique, et c'est alors qu'entre en jeu le par. 70(1). L'expression «désigné en vertu d'un règlement de zonage» doit recevoir une interprétation large et libérale de manière à comprendre tous ces modes de désignation.

Avec égards, je ne puis retenir cet argument, car il attribue à l'art. 70 un rôle qui ne lui convient pas compte tenu de la Loi dans son ensemble.

## 2. L'économie de *The Planning Act*

La Loi consiste en un ensemble bien intégré de documents de planification qui se présentent sous la forme de différents types de plans légaux et d'un règlement de zonage. Chacun de ces documents joue un rôle particulier dans le processus général de planification. Les plans sont des énoncés de politique qui formulent des propositions relatives à

amendment from time to time as policies and proposals are refined. The land use by-law is the instrument by which the policies are finally implemented.

The Act is divided into eight parts, and of particular interest are Part 3 "Regional Plans and Statutory Plans" and Part 4 "Implementation of Plans". Part 3 contains two divisions—"Division 1, Regional Plans" and "Division 2, Statutory Plans". The adoption of a regional plan is mandatory under s. 45(1) and it is intended to provide both an element of future oriented planning and, if desired, an element of regulation. Thus s. 46 states:

**46 A regional plan**

(a) shall provide for the present and future land use and development of the planning region, and

(b) may regulate and control the use and development of land in the planning region.

Pursuant to s. 53 all by-laws, statutory plans, replotting schemes and land use by-laws must conform to the regional plan. No allegation has been made by the appellant in this case that the regional plan for Calgary contains any reference to the proposed Nose Hill Park.

Division 2, Statutory Plans, sets out three types of plans—General Municipal Plans, Area Structure Plans and Area Redevelopment Plans. The preparation of a General Municipal Plan is mandatory under s. 59(1). Area Structure Plans and Area Redevelopment Plans are discretionary tools whereby a municipality can plan in more detail for a designated area. Area Structure Plans must conform to the General Municipal Plan under s. 62(2)(a) and Area Redevelopment Plans must conform under s. 65(a) both to other statutory plans affecting the area and to land use by-laws.

The provisions describing what the various levels of statutory plans must contain, confirm, in my

l'aménagement futur. Au fur et à mesure de l'évolution des politiques et des propositions, les plans peuvent au besoin faire l'objet d'examen et de modification. La mise en oeuvre des politiques se fait par voie de règlement de zonage.

La Loi est divisée en huit parties dont la partie 3 «Plans régionaux et plans légaux» et la partie 4 «Mise en oeuvre des plans» revêtent un intérêt particulier en l'espèce. La partie 3 contient deux sections distinctes, savoir «Section 1, Plans régionaux» et «Section 2, Plans légaux». Le plan régional, que le par. 45(1) rend obligatoire, doit comporter un élément de planification pour l'avenir et aussi, si on le désire, un élément de réglementation. Ainsi, l'art. 46 porte:

[TRADUCTION] **46 Un plan régional**

a) doit prévoir, pour l'immédiat et pour l'avenir, l'utilisation et l'aménagement du sol d'une région d'aménagement, et

b) peut réglementer l'utilisation et l'aménagement du sol dans la région d'aménagement.

Aux termes de l'art. 53, tous les règlements, y compris les règlements de zonage, tous les plans légaux et tous les projets de remembrement doivent être conformes au plan régional. L'appelante n'allègue pas en l'espèce que le parc projeté pour le secteur Nose Hill soit mentionné dans le plan régional de la ville de Calgary.

Dans la Section 2, Plans légaux, il s'agit de trois types de plans, savoir les plans municipaux généraux, les plans de construction de secteur et les plans de réaménagement de secteur. Le paragraphe 59(1) impose l'établissement d'un plan municipal général. Les plans de construction de secteur et les plans de réaménagement de secteur, dont l'adoption est facultative, permettent à une municipalité de faire une planification plus détaillée pour un secteur donné. Suivant l'al. 62(2)a), les plans de construction de secteur doivent être conformes au plan municipal général et l'al. 65a) exige que les plans de réaménagement de secteur soient établis en conformité avec d'autres plans légaux touchant le secteur en question et avec les règlements de zonage.

Les dispositions fixant la teneur des différents plans légaux confirment, à mon avis, que ces docu-

opinion, the planning as opposed to the regulatory nature of these documents. For example, s. 61 provides:

61 A general municipal plan shall

(a) describe

(i) the land uses proposed for the municipality, and

(ii) the manner of and the proposals for future development in the municipality;

(b) designate or describe the areas of the municipality that would, in the opinion of the council, be suitable for an area structure plan or an area redevelopment plan or both;

(c) contain any other matters that the council considers necessary. [Emphasis added.]

Area structure plans must describe “the sequence of development proposed for the area” (s. 62(2)(b)(i)); “the land uses proposed for the area” (s. 62(2)(b)(ii)); “the density of population proposed for the area” (s. 62(2)(b)(iii)); and “the general location of major transportation routes” (s. 62(2)(b)(iv)). (Emphasis added.) Section 65, in describing the contents of area redevelopment plans, continues the theme that these are plans and proposals and indeed s. 65(d) requires that plans “describe proposals for the acquisition of land for any public municipal use, school facilities, parks and recreation facilities or such other purposes as the council considers necessary”. (Emphasis added.) If, as counsel for the appellant suggests, statutory plans when read together with the land use by-law can trigger the application of s. 70, it seems rather odd that s. 65(d) should require an area redevelopment plan to describe proposals for the acquisition by the municipality of lands for public purposes.

Most municipalities are required to pass land use by-laws under s. 66 and logic and experience would tend to indicate that many parcels of land for which public use is contemplated will be zoned under a land use by-law in such a way that the public use contemplated is a permitted use under

ments relèvent du domaine de la planification par opposition à la réglementation. L'article 61, par exemple, dispose:

[TRADUCTION] 61 Un plan municipal général doit

a) énoncer

(i) les utilisations projetées des terrains dans la municipalité, et

(ii) le mode d'aménagement futur de la municipalité ainsi que les propositions à ce sujet;

b) désigner ou décrire les secteurs de la municipalité qui, de l'avis du conseil, pourraient faire l'objet d'un plan de construction de secteur ou d'un plan de réaménagement de secteur ou des deux;

c) contenir tout autre détail que le conseil estime nécessaire. [C'est moi qui souligne.]

Les plans de construction de secteur doivent décrire [TRADUCTION] «les étapes de l'aménagement projeté du secteur» (sous-al. 62(2)(b)(i)); [TRADUCTION] «les utilisations projetées des terrains dans le secteur» (sous-al. 62(2)(b)(ii)); [TRADUCTION] «la densité de population projetée dans le secteur» (sous-al. 62(2)(b)(iii)); et [TRADUCTION] «l'emplacement approximatif des principales voies de communication» (sous-al. 62(2)(b)(iv)). (C'est moi qui souligne.) L'article 65, en précisant la teneur des plans de réaménagement de secteur, reprend le thème qu'il s'agit là de plans et de propositions. En effet, l'al. 65d) porte que les plans doivent [TRADUCTION] «contenir des propositions relatives à l'acquisition de terrains pour des fins publiques et municipales, pour des écoles, pour des parcs et pour des installations récréatives ou pour toutes les autres fins que le conseil juge nécessaires». (C'est moi qui souligne.) Si l'avocat de l'appelante a raison de prétendre que la conjugaison des plans légaux et du règlement de zonage peut entraîner l'application de l'art. 70, il semblerait assez curieux que l'al. 65d) exige qu'un plan de réaménagement de secteur énonce des propositions relatives à l'acquisition de terrains par la municipalité à des fins publiques.

L'article 66 oblige la plupart des municipalités à adopter des règlements de zonage; il découle d'ailleurs de la logique et de l'expérience qu'un bon nombre de terrains destinés à une utilisation publique seront classifiés en vertu d'un règlement de zonage de telle manière que l'utilisation publique

the existing zoning scheme. If the appellant is correct, the planned use of these lands for public purposes requires the municipality to acquire such lands within six months of the approval of such plans or change the plans to allow for alternative uses. The better view, it seems to me, is that statutory plans are designed to present proposals to which the municipality is committed rather than to implement them. Actual practice seems to confirm this since the extracts from Calgary's General Municipal Plan with which we have been provided indicate a focus on the development of land use policies and mechanisms for the implementation of these policies rather than regulation which is carried out under the land use by-law.

Part 4, entitled "Implementation of Plans", begins with Division 1—"Land Use By-Law". It is in this Division that s. 70 is found. "Land use by-law" is defined in s. 1(14) as "a by-law of a council passed as a land use by-law in accordance with this Act and includes a by-law under section 19.4 of *The Alberta Historical Resources Act*". In my view, the land use by-law is a distinct entity from plans. It is the primary tool whereby plans are implemented.

Pursuant to s. 66 the council of a municipality with a population of a thousand or more must pass a land use by-law and the land use by-law must divide the municipality up into zones (s. 67(2)(a)). The municipality may either designate zones as direct control zones pursuant to s. 68 or set up a scheme of permitted or discretionary uses with or without conditions pursuant to s. 69. The City pursued the latter option with respect to the appellant's land.

In the zone in which the appellant's land is located there are both permitted and discretionary uses of land under Land Use By-Law 2-P-80 and both of these are subject to conditions. Under s. 69(2) where a proposed use falls into the permitted use category and the proposed use complies with the conditions set out in the by-law, the development officers must issue a development permit; see

envisagée sera permise sous le régime en vigueur à ce moment-là. Si l'appelante a raison, la municipalité doit, du fait qu'elle prévoit utiliser ces terrains à des fins publiques, s'en porter acquéreur dans les six mois de l'approbation des plans ou modifier les plans de manière à permettre d'autres utilisations. Il me semble plus exact de dire que les plans légaux sont conçus plutôt pour présenter les propositions sur lesquelles la municipalité s'engage que pour les mettre en oeuvre. Cela semble être confirmé par l'usage car, d'après les extraits du plan municipal général de Calgary qu'on nous a fournis, l'accent est placé sur l'élaboration de politiques relatives à l'utilisation du sol et de mécanismes pour la mise en oeuvre de ces politiques, plutôt que sur une réglementation qui est effectuée en vertu du règlement de zonage.

La partie 4, intitulée «Mise en oeuvre des plans», comprend une Section 1 «Règlement de zonage». L'article 70 fait partie de cette section. Suivant le par. 1(14) l'expression «règlement de zonage» désigne [TRADUCTION] «un règlement adopté par un conseil à titre de règlement de zonage conformément à la présente loi et aussi un règlement adopté en vertu de l'article 19.4 de *The Alberta Historical Resources Act*». À mon avis, le règlement de zonage est bien distinct des plans. C'est le moyen principal de mise en oeuvre de ces derniers.

Aux termes de l'art. 66, le conseil d'une municipalité ayant une population d'au moins mille habitants doit adopter un règlement de zonage prévoyant la division de la municipalité en zones (al. 67(2)a)). La municipalité a le choix de créer en vertu de l'art. 68 des zones de contrôle direct ou d'établir, conformément à l'art. 69, un régime, assorti ou non de conditions, d'utilisations permises ou d'utilisations discrétionnaires. C'est ce second parti qu'a pris la ville à l'égard du terrain de l'appelante.

Le règlement de zonage 2-P-80 prévoit pour la zone où se trouve le terrain de l'appelante des utilisations permises ainsi que des utilisations discrétionnaires. Les deux types d'utilisation sont assujettis à des conditions. Conformément au par. 69(2), lorsqu'on envisage une utilisation qui relève de la catégorie des utilisations permises et que cette utilisation remplit les conditions énoncées

*Chrumka v. Calgary Development Appeal Board* (1981), 18 M.P.L.R. 95. I believe the respondent is correct, therefore, in its assertion that there are types of development of the appellant's land which the City must permit under the present by-law, notwithstanding the fact that various statutory plans call for the use of the appellant's land as a park. In particular, single detached dwellings with a minimum site area of twenty acres are permitted uses. I do not think, therefore, that the appellant can make out a case that all development has been frozen as a result of the combined operation of the land use by-law and the statutory plans. On the other hand, it must be acknowledged that for all practical commercial purposes the development of the appellant's land has been frozen. The respondent's plan to use the land as part of a park has effectively deprived the appellant of the commercial opportunities afforded by the property. Furthermore, it is not clear that there is any obligation on the municipality under s. 67 or s. 69 to establish any permitted uses in a given zone. I do not think, therefore, that the existence of certain permitted uses in the zone in question in this case should be considered dispositive of the issue of interpretation with which we are faced.

Professor F.A. Laux, in his text *The Planning Act (Alberta)*, discusses the relationship between statutory plans and land use by-laws. He says at pp. 28-29:

A general municipal plan must be in conformity with any regional plan that is in effect. Any area structure plan or area redevelopment plan must, likewise, be in conformity with the general plan. However, there is no express statutory requirement that the land use by-law, which implements municipal planning through a permit system, need conform to or be based upon a general municipal plan. The only reference contained in the Act in respect of the effect of a general municipal plan on land use is that contained in section 83(3) which calls upon a development appeal board to "comply with" a general municipal plan in determining appeals. Also, according to section 88, no subdivision of land is to be permitted by an approving authority unless the proposed subdivision conforms to the general municipal plan, where one is in effect. Under the old Act, where land was regulated by way of development control, any proposed development was required to conform to the gen-

dans le règlement, les agents d'aménagement sont obligés de délivrer un permis d'aménagement; voir l'affaire *Chrumka v. Calgary Development Appeal Board* (1981), 18 M.P.L.R. 95. Je crois donc que c'est avec raison que l'intimée affirme que le règlement actuel oblige la ville à permettre certains types d'aménagement du terrain de l'appelante, et cela malgré les différents plans légaux prévoyant l'utilisation dudit terrain comme parc. En particulier, il est permis de l'utiliser pour des habitations unifamiliales isolées ayant un emplacement d'une superficie minimale de vingt acres. Par conséquent, j'estime que l'appelante n'est pas en mesure d'établir que la combinaison du règlement de zonage et des plans légaux a pour effet de geler complètement l'aménagement. En revanche, il faut reconnaître que, du point de vue commercial, cela revient au même. Par son projet de création d'un parc, l'intimée a effectivement privé l'appelante des possibilités commerciales qu'offre son terrain. D'autre part, il n'est pas certain que l'art. 67 ou l'art. 69 impose à la municipalité l'obligation d'établir des utilisations permises pour une zone donnée. Je ne pense donc pas que l'existence de certaines utilisations permises dans la zone présentement en cause constitue une réponse à la question d'interprétation soulevée en l'espèce.

Le professeur F. A. Laux, dans son ouvrage intitulé *The Planning Act (Alberta)*, traite du rapport entre les plans légaux et les règlements de zonage. Il écrit, aux pp. 28 et 29:

[TRADUCTION] Un plan municipal général doit être conforme au plan régional qui est en vigueur. De même, un plan de construction de secteur ou un plan de réaménagement de secteur doit être conforme au plan général. Toutefois, la Loi n'exige pas expressément que le règlement de zonage, qui met en oeuvre le plan municipal par un régime de permis, soit conforme à un plan municipal général ou qu'il soit fondé sur un tel plan. Abstraction faite du paragraphe 83(3) aux termes duquel une commission d'appel en matière d'aménagement doit, en se prononçant sur les appels, «se conformer à» un plan municipal général, la Loi est muette quant à l'effet d'un tel plan sur l'utilisation du sol. De plus, l'article 88 interdit aux autorités compétentes d'approuver un projet de lotissement, à moins que celui-ci ne soit conforme au plan municipal général quand il en existe un. Sous l'ancienne Loi, lorsque le sol était soumis au contrôle de l'aménagement, il fallait que les projets d'aménagement

eral plan and, similarly, any zoning by-law was required to be "based upon" the general plan. A development appeal board was obligated to have "due regard to . . . the purpose, scope and intent of a general plan" and an approving authority was prohibited from approving a subdivision unless it also conformed to any existing general plan.

What is the purpose of having a general municipal plan if a land use by-law need not conform to the plan? In other words, if a municipality is entitled to prepare and adopt a general municipal plan and then proceed to ignore it in the planning document that really counts, the land use by-law, it is obvious that the whole purpose and intent of a general municipal plan would be defeated. It follows from that logic that the Legislature must have intended that there be at least substantial, if not complete, conformity between the two documents. Hence, if certain land use designations found in a land use by-law, either on the first passing of the by-law or later by amendment, are at complete variance with the spirit and intent of a general municipal plan, it would seem arguable that such designations would be *ultra vires*. This result, it is suggested, is necessary to ensure that a municipal council, after having so carefully laid out the scheme of things to come in the plan, does not proceed to regulate land use in an ad hoc and narrow fashion without regard to general planning.

Land use by-laws, in Professor Laux's view, obviously occupy a separate place and function in the scheme of the Act from statutory plans. Professor Laux preserves this distinction in his discussion of s. 70 itself. He says at p. 51:

Section 70 applies only to use designations prescribed in a land use by-law and then only to the enumerated public uses. It does not apply to use designations or prohibitions contained in regional plans, statutory plans or any regulation made pursuant to the Act, including special planning area regulations made under section 144. (Note, however, that if the scheme of the Act is followed through, designation in regional and statutory plans will ultimately surface in the land use by-law). Also, it does not apply to designations of uses for public purposes other than those mentioned or designations of uses, which, although private in nature, may have the practical effect of negating any reasonable private use. Finally, it does not apply to zoning or development freezes, or the creation of holding zones. [Emphasis added].

The underlined comment is, in my view, significant because it illustrates the consequence of a

soient conformes au plan général et de même que les règlements de zonage soient «fondés sur» ledit plan. Une commission d'appel en matière d'aménagement devait «tenir compte . . . du but, de la portée et de l'objet d'un plan général» et aucun lotissement ne pouvait être approuvé par les autorités compétentes, s'il n'était également conforme au plan général alors en vigueur.

À quoi bon un plan municipal général s'il n'est pas nécessaire qu'un règlement de zonage le respecte? En d'autres termes, si une municipalité peut établir et adopter un plan municipal général et puis ne pas en tenir compte dans le document essentiel de planification, savoir le règlement de zonage, il est évident que ce serait là contrecarrer l'objet même d'un plan municipal général. Il s'ensuit logiquement que le législateur a dû envisager que les deux documents soient conformes sinon complètement, du moins dans une grande mesure. Donc, si un règlement de zonage, soit dans son état primitif, soit par suite de modifications, prévoit des désignations qui vont tout à fait à l'encontre de l'esprit et de l'objet d'un plan municipal général, il semblerait défendable de dire que ces désignations sont invalides. On prétend qu'il doit en être ainsi, car c'est la seule garantie qu'un conseil municipal, après avoir méticuleusement établi un plan, ne commencera pas à réglementer à la petite semaine l'utilisation du sol, sans tenir compte de la planification générale.

Selon le professeur Laux, le rôle des règlements de zonage dans le régime établi par la Loi diffère manifestement de celui des plans légaux. Le professeur Laux maintient cette distinction dans son examen de l'art. 70. Il dit, à la p. 51:

[TRADUCTION] L'article 70 ne s'applique qu'aux désignations d'utilisations publiques énumérées dans un règlement de zonage. Il ne s'applique pas aux utilisations qui peuvent être permises ou interdites par des plans régionaux, par des plans légaux ou par un règlement pris en vertu de la Loi, y compris tout règlement spécial visant les zones d'aménagement, pris en vertu de l'article 144. (Il est toutefois à noter que, si les prescriptions de la Loi sont suivies, la désignation prévue dans les plans régionaux et les plans légaux finira par apparaître dans le règlement de zonage). De plus, il ne vise pas les désignations d'utilisations publiques non énumérées ni celles qui, malgré leur caractère privé, peuvent être en pratique incompatibles avec une utilisation privée raisonnable. Finalement, il ne s'applique pas à un gel du zonage ou des lotissements ni à la création de zones d'aménagement différé. [C'est moi qui souligne.]

À mon avis, la remarque soulignée est importante parce qu'elle illustre la conséquence d'une

separation of the functions of statutory plans from those of land use by-laws in the scheme of the Act. Section 70 ultimately forces the municipality's hand and requires it to acquire land which it will use for public purposes within a reasonable time after it has made a firm commitment to dedicate the land to public use. On the other hand, it gives the municipality an opportunity to spend a considerable amount of time preparing plans and taking steps towards their implementation (such as setting up a fund for land acquisition) before it makes the "firm commitment" which triggers the application of the section. It seems to me that it is more consistent with the structure of the Act to preserve the distinction between land use by-laws and statutory plans than to erode it.

### 3. The Interpretation of Section 70

Counsel for the appellant makes two related submissions on the interpretation of s. 70. He says first that the expression «designated under a land use by-law» means something different from «designated in a land use by-law». The difference, he submits, is that "under" is broader than "in" and enables a designation to be found in the plan behind the by-law. I find no merit in this submission since "under" and "in" are both used in s. 69(1) and clearly have reference to the specific land use by-law which the municipality is required to pass pursuant to s. 66(1) of the Act. The same words used in different sections of the same Act should be given the same meaning.

Counsel's related argument is that the term "land use by-law" itself encompasses the land use by-law as modified by any statutory plans. The land use by-law, he says, should be read down to reflect the statutory plans. There are a number of problems with this submission. First, "land use by-law" is a defined term under s. 1(14) of the Act. The definition makes no reference to statutory plans modifying the substance of the land use by-law. Second, and more importantly, there is the need to preserve the distinction between land use by-laws and statutory plans which has already been adverted to. Third, there is the problem that if "land use by-law" can be modified or read down

séparation des fonctions des plans légaux et des règlements de zonage sous le régime établi par la Loi. En dernière analyse, l'art. 70 force la main à la municipalité en l'obligeant à se porter acquéreur d'un terrain dans un délai raisonnable suivant l'engagement ferme de le consacrer à l'utilisation publique. Par ailleurs, cet article alloue à la municipalité un temps considérable pour élaborer des plans et pour les mettre en oeuvre (notamment par la création d'un fonds pour l'acquisition de terrains) avant qu'elle ne prenne «l'engagement ferme» qui déclenche l'application de l'article. Il me semble plus compatible avec l'économie de la Loi de maintenir la distinction entre les règlements de zonage et les plans légaux que de l'éroder.

### 3. L'interprétation de l'article 70

L'avocat de l'appelante met de l'avant deux arguments connexes relativement à l'interprétation de l'art. 70. Il soutient d'abord que l'expression «désigné en vertu d'un règlement de zonage» n'a pas le même sens que l'expression «désigné dans un règlement de zonage». Selon lui, les mots «en vertu de» sont de portée plus large que le terme «dans» et cette différence permet d'effectuer une désignation dans le plan sous-jacent au règlement. Je rejette cet argument parce que les deux termes figurent au par. 69(1) et ils visent manifestement le règlement de zonage précis que la municipalité est tenue d'adopter en application du par. 66(1) de la Loi. Lorsque les mêmes mots sont employés dans différents articles de la même loi, ils doivent recevoir le même sens.

L'avocat invoque ensuite un argument connexe voulant que l'expression «règlement de zonage» comprenne le règlement de zonage modifié par voie de plans légaux. D'après lui, le règlement de zonage doit être interprété de manière à tenir compte des plans légaux. Cet argument n'est pas sans présenter certaines difficultés. En premier lieu, l'expression «règlement de zonage» est définie au par. 1(14) de la Loi. Or, la définition ne parle pas de plans légaux modifiant le fond du règlement de zonage. En deuxième lieu et plus important encore, il est nécessaire de conserver la distinction déjà mentionnée entre les règlements de zonage et les plans légaux. En troisième lieu, si, dans le

in light of statutory plans in the context of s. 70 it ought to be capable of being modified in the same way in the context of other sections. If we attempt to apply such a principle, however, we find that it results in a number of anomalies.

Under s. 69(2) a person is entitled to demand the issuance of a development permit if the use for which he seeks the permit is a permitted use prescribed in the land use by-law and if the development otherwise conforms to the land use by-law. In *Chrumka v. Calgary Development Appeal Board, supra*, Clement J.A. writing for the Alberta Court of Appeal emphasized the importance to landowners of the right to develop with respect to a permitted use. In *Chrumka* the appellant was a landowner who sought to build a single detached dwelling which was a permitted use under the applicable Calgary land use by-law. The same building could arguably also be characterized as a discretionary use. The appellant applied for a development permit and was granted a permit by the development officer on the basis that it was a permitted discretionary use. A neighbour appealed to the Development Appeal Board and the Board reversed the development officer's decision and refused the permit. The Court of Appeal reversed the Development Board's decision and held that, since single detached houses were a permitted use under the land use by-law, this was the end of the matter and neither the development officer nor the Board had any discretion to refuse a development permit.

The Court of Appeal in *Chrumka* did not consider the situation of a permitted use under the land use by-law which was inconsistent with one or more statutory plans. If the appellant's contention is correct and land use by-laws are capable of being modified by statutory plans, the right of the landowner to demand a development permit for a land use permitted by the land use by-law would be undermined. Such a result would, in my view,

contexte de l'art. 70, le «règlement de zonage» peut être modifié ou interprété suivant la teneur des plans légaux, la même possibilité devrait exister dans le contexte d'autres articles. Nous constatons cependant que toute tentative d'application de ce principe aboutit à plusieurs anomalies.

Suivant le par. 69(2), une personne a le droit d'obtenir un permis d'aménagement si elle demande en vue d'une utilisation qui est permise par le règlement de zonage et si l'aménagement envisagé est par ailleurs conforme au règlement de zonage. Dans l'arrêt *Chrumka v. Calgary Development Appeal Board*, précité, le juge Clement, qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel de l'Alberta, a souligné l'importance que revêt pour les propriétaires fonciers le droit de procéder à l'aménagement lorsqu'il s'agit d'une utilisation permise. Dans l'affaire *Chrumka*, l'appelant était un propriétaire qui voulait construire une habitation unifamiliale isolée, ce qui était une utilisation permise par le règlement de zonage applicable de la ville de Calgary. On pouvait prétendre aussi qu'il s'agissait d'une utilisation discrétionnaire. Par suite d'une demande de l'appelant, l'agent d'aménagement lui a délivré un permis sur le fondement qu'il s'agissait d'une utilisation discrétionnaire permise. Un voisin en a appelé devant la Commission d'appel en matière d'aménagement et celle-ci a annulé la décision de l'agent et a refusé d'accorder le permis. Cette décision de la Commission a été infirmée par la Cour d'appel qui a conclu que, puisque les habitations unifamiliales isolées étaient une utilisation permise en vertu du règlement de zonage, cela tranchait la question et ni l'agent d'aménagement ni la Commission ne détenait un pouvoir discrétionnaire de refuser un permis d'aménagement.

La Cour d'appel n'a pas examiné dans l'affaire *Chrumka* le cas où une utilisation permise en vertu du règlement de zonage entre en conflit avec un ou plusieurs plans légaux. Si l'appelante avait raison et que les règlements de zonage pouvaient être modifiés par les plans légaux, cela constituerait une atteinte au droit du propriétaire foncier d'exiger un permis d'aménagement quand l'utilisation du terrain est permise par le règlement de zonage.



be anomalous and I would be reluctant to adopt a construction which brought about this result.

The same type of argument can be made with respect to the power of development officers and development appeal boards to relieve from technical breaches of land use by-laws. These provisions are contained in s. 67(5) (development officers) and s. 83(3)(c) (development appeal boards). Under s. 67(5) a development permit may be approved:

67 ...

(5) ... notwithstanding that the proposed development does not comply with the land use by-law if, in the opinion of the development officer,

(a) the proposed development would not

(i) unduly interfere with the amenities of the neighbourhood, or

(ii) materially interfere with or affect the use, enjoyment or value of neighbouring properties,

and

(b) the proposed development conforms with the use prescribed for that land or building in the land use by-law.

Section 83(3)(c) gives a virtually identical saving power. In each case, however, the saving power is restricted by the caveat that the proposed development must conform with the use prescribed in the land use by-law. If the uses prescribed in a land use by-law must be read down to accord with statutory plans, the scope of the saving power is narrowed considerably. In fact, the Court of Appeal in *Bridgeland-Riverside Community Association v. Calgary* (1982), 18 M.P.L.R. 180, held that the saving power in s. 83(3)(c) could not be restricted by the enactment of any plan. (See especially p. 185.) The construction of s. 83 adopted by Kerans J.A. in *Bridgeland* is not without its problems in that s. 83(3)(a) requires the Board to comply with any statutory plan in effect in determining an appeal and one might have thought that this express direction would bind the Board even if the land use by-law did not. (See Professor Jones' criticism in (1982), 20 Alta. L. R. 494, at

Ce résultat serait, selon moi, anormal et j'hésiterais à adopter une interprétation qui y aboutirait.

Le même type d'argument peut être invoqué relativement au pouvoir qu'ont les agents d'aménagement et les commissions d'appel en matière d'aménagement de remédier aux violations de forme des règlements de zonage. Ces dispositions se trouvent au par. 67(5) dans le cas des agents d'aménagement et à l'al. 83(3)c) dans le cas des commissions d'appel en matière d'aménagement. Aux termes du par. 67(5), un permis d'aménagement peut être accordé:

[TRADUCTION] 67 ...

(5) ... bien que le projet d'aménagement ne soit pas conforme au règlement de zonage si, de l'avis de l'agent d'aménagement,

a) le projet d'aménagement

(i) ne nuit pas indûment aux agréments du quartier, ou

(ii) ne nuit pas sensiblement à l'utilisation, à la jouissance ou à la valeur des biens-fonds avoisinants et n'a aucun effet appréciable sur cette utilisation, jouissance ou valeur,

et

b) le projet d'aménagement est conforme à l'utilisation prévue pour ce terrain ou ce bâtiment dans le règlement de zonage.

L'alinéa 83(3)c) attribue un pouvoir qui est presque identique. Dans les deux cas, toutefois, ce pouvoir est soumis à une restriction, savoir que le projet d'aménagement doit être conforme à l'utilisation prévue dans le règlement de zonage. Si les utilisations ainsi prévues doivent être interprétées restrictivement à la lumière des plans légaux, la portée du pouvoir correctif est considérablement réduite. En fait, la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Bridgeland-Riverside Community Association v. Calgary* (1982), 18 M.P.L.R. 180, a conclu que le pouvoir correctif accordé par l'al. 83(3)c) ne pouvait être restreint par l'adoption d'un plan quelconque (voir en particulier la p. 185). L'interprétation de l'art. 83 adoptée par le juge Kerans dans l'arrêt *Bridgeland* n'est pas sans soulever de problèmes car l'al. 83(3)a) exige que la Commission, en statuant en appel, se conforme à tout plan légal en vigueur, et on aurait pu croire que la Commission serait liée par cette directive expresse,

pp. 495-99.) At a minimum, however, the decision is an example of the extent to which the Alberta courts have come to regard the land use by-law rather than statutory plans as the primary implementation tool of the planning process.

It is not without significance also that s. 70(1)(a)(ii) gives the municipality the option to "amend the land use by-law to designate the land for another use or intended use" if it does not wish to acquire it. This would seem to indicate that the designation of the land for use as a park would take place in the land use by-law. It is logical to assume that the most effective way of removing the freeze on development would be to amend the instrument whereby the freeze was imposed.

The appellant submits also that the expression "use or intended use" as used in s. 70(1) implies an element of planning which is inconsistent with the designation of land for use as a park solely in a land use by-law. I do not find much merit in this submission. It seems to me that when a municipality makes a firm decision to create a park and manifests this decision in a land use by-law, this does not mean that the municipality must create the park immediately. This is particularly true of other uses mentioned in s. 70(1) such as municipal public buildings and school facilities. The municipality may, for example, designate the land for use for a school but it may be some time before a school is in place. Thus "intended use" in s. 70 is capable of meaning something different from proposed use as manifested in a statutory plan.

I cannot accept the submission of the appellant that the Court should construe the expression "designated under a land use by-law" broadly so as to include designation under a statutory plan. It puts a strained interpretation on the language of the section itself and it is not consonant with the different roles allotted to statutory plans and land use by-laws in the context of the Act as a whole. Moreover, the legislative history of the section

même si elle ne l'était pas par le règlement de zonage. (Voir l'analyse du professeur Jones publiée à (1982), 20 Alta. L. R. 494, aux pp. 495 à 499.) Cependant, la décision indique à tout le moins jusqu'à quel point les tribunaux albertains en sont venus à considérer le règlement de zonage plutôt que les plans légaux comme le moyen principal de mise en oeuvre en matière de planification urbaine.

Il importe de noter aussi que le sous-al. 70(1)a(ii) permet à la municipalité de [TRADUCTION] «modifier le règlement de zonage pour désigner une autre utilisation immédiate ou projetée du terrain» si elle ne veut pas s'en porter acquéreur. Cela semble indiquer que la désignation du terrain comme parc se ferait dans le règlement de zonage. Il est logique de supposer que la meilleure façon de mettre fin au gel de l'aménagement serait la modification de l'acte qui l'a imposé.

L'appelante fait valoir en outre que l'expression «utilisation immédiate ou projetée» employée au par. 70(1) sous-entend un élément de planification qui ne cadre guère avec la désignation d'un terrain comme parc uniquement dans un règlement de zonage. Cet argument me paraît assez peu fondé. À ce qu'il me semble, ce n'est pas parce qu'une municipalité se décide à créer un parc et que cette décision soit concrétisée dans un règlement de zonage que la municipalité doit procéder immédiatement à la création du parc. Cela vaut particulièrement pour les autres utilisations mentionnées au par. 70(1) telles que les édifices publics municipaux et les écoles. La municipalité peut, par exemple, désigner un terrain comme emplacement d'école, mais il pourra s'écouler encore quelque temps avant que l'école ne soit construite. Ainsi, l'«utilisation . . . projetée» dont il est question à l'art. 70 peut signifier une chose différente de l'utilisation proposée énoncée dans un plan légal.

Je ne peux accepter l'argument de l'appelante voulant que la Cour doive donner à l'expression «désigné en vertu d'un règlement de zonage» une interprétation large de manière à comprendre une désignation en vertu d'un plan légal. Ce serait déformer le texte de l'article lui-même et ce serait en outre inconciliable avec les rôles distincts joués par les plans légaux et par les règlements de zonage dans le contexte de la Loi dans son ensemble.

seems to be against it. Under the 1963 legislation land could not be zoned as parkland unless the municipality owned the land at the time (*The Planning Act*, 1963 (Alta.), c. 43, s. 120(c)). The 1965 legislation allowed the municipality to create a parkland zone where it did not own the property but, if the land was not acquired within six months, the by-law ceased to be effective (*The Planning Act*, 1965 (Alta.), c. 70, s. 24(2)). The 1970 legislation applied only to zones in which the use or intended use of the land was only for parks or other specified public purposes. Under this scheme parkland could be a permitted or discretionary use of the land but, once the municipality decided that the land could be used only for a park, it had to acquire the land within six months (*The Planning Act*, 1970 (Alta.), c. 89, s. 16; *The Planning Act*, R.S.A. 1970, c. 276, s. 120(c)).

It is apparent that the Alberta legislature found the third approach the most suitable since it forms the basis of the present legislation. The legislation has gradually moved away from the situation in which the rights of the property owner were given paramount consideration towards the situation in which planning flexibility and the public interest are given paramountcy. The policy was given legislative expression in sections 2 and 4 of the 1977 statute. They provide:

**2** The purpose of this Act and the regulations is to provide means whereby plans and related measures may be prepared and adopted to

(a) achieve the orderly, economical and beneficial development and use of land and patterns of human settlement, and

(b) maintain and improve the quality of the physical environment within which patterns of human settlement are situated in Alberta,

without infringing on the rights of individuals except to the extent that is necessary for the greater public interest. [Emphasis added.]

**4** Except as provided in this Act and in section 19.5 of *The Alberta Historical Resources Act*, nothing in this Act or the regulations or in any regional plan, ministerial regional plan, statutory plan, replotting scheme or

ble. De plus, l'évolution législative de l'article semble militer contre cette thèse. Suivant la Loi de 1963, un terrain ne pouvait être réservé pour un parc à moins que la municipalité n'en soit propriétaire à ce moment-là (*The Planning Act*, 1963 (Alb.), chap. 43, al. 120c)). La Loi de 1965 autorisait une municipalité à créer une zone destinée à l'aménagement d'un parc même lorsqu'elle n'était pas propriétaire du terrain visé mais, si elle ne s'en portait pas acquéreur dans les six mois, le règlement devenait caduc (*The Planning Act*, 1965 (Alb.), chap. 70, par. 24(2)). Quant à la Loi de 1970, elle ne s'appliquait qu'aux zones qui devaient servir exclusivement à des parcs ou à d'autres fins publiques déterminées. Ainsi, un parc pouvait constituer une utilisation permise ou une utilisation discrétionnaire du bien-fonds mais, une fois la décision prise d'utiliser un terrain donné uniquement comme parc, la municipalité devait en devenir propriétaire dans un délai de six mois (*The Planning Act*, 1970 (Alb.), chap. 89, art. 16; *The Planning Act*, R.S.A. 1970, chap. 276, al. 120c)).

À l'évidence, le législateur albertain a préféré la troisième façon de procéder, car celle-ci constitue le fondement de la loi actuelle. Les textes de loi se sont graduellement écartés de la situation où les droits du propriétaire foncier primaient pour en venir à accorder la prépondérance à la souplesse en matière de planification et à l'intérêt public. Cette tendance est consacrée dans les art. 2 et 4 de la Loi de 1977, dont voici le texte:

[TRADUCTION] **2** La présente loi et son règlement d'application ont pour objet de pourvoir à la préparation et à l'adoption de plans et de mesures connexes

a) en vue de l'aménagement et de l'utilisation rationnels, économiques et bénéfiques du sol et de l'habitat, et

b) en vue du maintien et de l'amélioration de la qualité de l'habitat en Alberta,

sans toutefois porter atteinte aux droits des particuliers, sauf dans la mesure où cela peut être nécessaire dans le plus grand intérêt du public. [C'est moi qui souligne.]

**4** Sauf disposition contraire de la présente loi et sous réserve de l'article 19.5 de *The Alberta Historical Resources Act*, ni la présente loi, ni son règlement d'application, ni aucun plan régional, ni aucun plan régional établi par le ministre, ni aucun plan légal, ni

land use by-law gives a person a right to compensation.

These sections indicate that the Alberta legislature has decided that if the rights of individuals and the public conflict, then to the extent necessary the “greater public interest” must prevail and that the compensation scheme envisaged under the Act is an exclusive one. This seems to be the balance which the legislature has struck and I see no basis upon which the Court can interfere with that balance.

#### 4. The “Bad Faith” Doctrine

The appellant’s case in a nutshell is that by freezing its land with a view to its subsequent acquisition for a park the respondent has deprived the appellant of the potential value of its land for residential development. No doubt, this is true. The difficulty the appellant faces, however, is that in the absence of bad faith on the part of the respondent this seems to be exactly what the statute contemplates. The crucial rider is that the City’s actions must have been taken pursuant to a legitimate and valid planning purpose. If they were, then the resulting detriment to the appellant is one that must be endured in the public interest. To force the City to acquire land at the point when long range planning decisions are initially made would thwart rather than promote the planning process. It may be that the choice of the land use by-law as the triggering mechanism for the duty to acquire the land presents a great temptation to a municipality to “wait out” a potential developer in order to keep the acquisition price of the land down. Is there a point of time at which that tactic is no longer acceptable? Should there be a cut-off point? If so, it seems to me that, having regard to the competing interests of the owner and the municipality, the proper forum for imposing such a cut-off is the legislature.

The use of downzoning and other techniques by municipalities to keep down the price of land they expect to acquire in the future has been the subject of frequent litigation. The decisions make it clear that municipalities cannot abuse their powers by using them for an improper purpose. For example, in *Tegon Developments Ltd. v. Edmonton (City of)*

aucun projet de remembrement, ni aucun règlement de zonage ne confère à quiconque un droit à indemnisation.

D’après ces articles, le législateur de l’Alberta a décidé d’une part qu’en cas de conflit entre les droits des particuliers et ceux du public, le «plus grand intérêt du public» doit l’emporter dans la mesure nécessaire et, d’autre part, que le régime d’indemnisation envisagé par la Loi exclut tous les autres. Le législateur ayant pris ce parti, je ne vois pas sur quel fondement la Cour pourrait intervenir.

#### 4. La doctrine de la «mauvaise foi»

L’appelante allègue en somme que, par suite du gel de son terrain par l’intimée qui voulait s’en porter acquéreur pour l’aménager en parc, elle a été privée de la valeur qu’il pouvait avoir s’il était loti à des fins d’habitation. C’est indubitablement vrai. L’appelante bute toutefois contre un obstacle, savoir qu’à défaut de mauvaise foi de la part de l’intimée, c’est exactement ce que semble prévoir la Loi. La condition cruciale est que la ville doit avoir agi conformément à un but légitime et valable en matière de planification urbaine. Si c’est le cas, l’appelante doit dans l’intérêt public supporter le préjudice qui en résulte. Obliger la ville à acheter un terrain au moment de la prise des décisions initiales en matière de planification à long terme, loin de faciliter le déroulement du processus d’aménagement, l’entraverait. Il se peut que le choix du règlement de zonage comme moyen pour imposer l’obligation d’acquérir le terrain puisse inciter une municipalité à adopter à l’égard d’un promoteur éventuel une politique de «temporisation» afin d’empêcher une hausse du prix d’achat. Y a-t-il un moment où cette tactique devient inacceptable? Devrait-il y avoir une limite? Si oui, il me semble que, compte tenu des intérêts opposés du propriétaire et de la municipalité, c’est au législateur qu’il incombe de l’imposer.

Le recours par les municipalités à la réglementation de l’utilisation et à d’autres moyens pour empêcher une hausse des prix des terrains dont elles entendent se porter un jour acquéreurs a souvent été contesté devant les tribunaux. Il se dégage nettement des décisions que les municipalités ne peuvent abuser de leurs pouvoirs en les

(1977), 5 Alta. L.R. (2d) 63 (C.A.), affirmed [1979] 1 S.C.R. 98, the Edmonton City Council was disallowed from putting a freeze on the development of certain property in the hope that the province would designate the property under *The Alberta Heritage Act*. Similarly, in *Hauff v. Vancouver (City of)* (1980), 12 M.P.L.R. 125, the City of Vancouver's attempt to pass a by-law for the express purpose of limiting property values with an eye to future acquisition was struck down.

In my view, however, this is not that kind of case. The City has not changed the zoning of the appellant's land. It has simply refused to rezone it in his favour or buy him out at a fair price. There is nothing inherently wrong with a development freeze: see *Soo Mill & Lumber Co. Ltd. v. Sault Ste-Marie (City of)*, [1975] 2 S.C.R. 78, and *Sanbay Developments Ltd. v. London (City of)*, [1975] 1 S.C.R. 485, both decisions of this Court under the Ontario *Planning Act*.

In the former case the appellant argued that the creation by the respondent municipality of a "holding zone" freezing development of its property amounted to discrimination against it. Chief Justice Laskin rejected this argument in the following terms at p. 84:

Nor can the appellant complain of discrimination merely because the result of the freeze is to sterilize its land in respect of development when this has been done in the context of an overall Official Plan and a general zoning by-law in furtherance thereof. There was no suggestion of bad faith on the part of the respondent in bringing the appellant's land within the holding category. That was a discretion which was reposed in the municipality under the zoning scheme.

Moreover, this Court's decision in *Vancouver (City of) v. Simpson*, [1977] 1 S.C.R. 71, indicates that planned public acquisition of land for a park can be a legitimate reason for refusing to grant a building permit or, by extension, for a refusal of an application for rezoning. Exceptions are always

employant à des fins incorrectes. Par exemple, dans l'arrêt *Tegon Developments Ltd. v. Edmonton (City of)* (1977), 5 Alta. L.R. (2d) 63 (C.A.), confirmé par cette Cour, [1979] 1 R.C.S. 98, il a été interdit au conseil de la ville d'Edmonton de geler l'aménagement d'une certaine propriété dans l'espoir que la province la désignerait en vertu de *The Alberta Heritage Act*. De même, dans l'affaire *Hauff v. Vancouver (City of)* (1980), 12 M.P.L.R. 125, on a invalidé le règlement adopté expressément par la ville de Vancouver pour limiter les valeurs des biens-fonds en vue de leur acquisition future.

J'estime toutefois que la situation est différente en l'espèce. Ici, la ville n'a pas modifié le zonage du terrain de l'appelante. Elle a simplement refusé d'établir un nouveau zonage qui serait plus avantageux pour l'appelante ou de lui acheter son terrain à un prix juste. Un gel de l'aménagement n'est pas en soi mauvais: voir les arrêts *Soo Mill & Lumber Co. Ltd. c. Sault Ste-Marie (Ville de)*, [1975] 2 R.C.S. 78 et *Sanbay Developments Ltd. c. London (Ville de)*, [1975] 1 R.C.S. 485, dans lesquels cette Cour avait à examiner *The Planning Act* de l'Ontario.

Dans la première affaire, l'appelante a fait valoir que la municipalité intimée avait agi d'une manière discriminatoire envers elle en créant une «zone d'aménagement différé», gelant ainsi l'aménagement de son terrain. Le juge en chef Laskin a rejeté cet argument dans les termes suivants, à la p. 84:

L'appelante ne peut pas non plus se plaindre de discrimination simplement parce que la conséquence du gel est la stérilité de son terrain du point de vue aménagement, lorsque cela intervient dans le contexte d'un Plan d'ensemble officiel et d'un règlement général de zonage adopté pour le mettre en oeuvre. Il n'y a pas eu d'allégation de mauvaise foi de la part de l'intimée lorsqu'elle a mis le terrain de l'appelante dans la «catégorie réservée». La municipalité avait discrétion pour ce faire en vertu du plan de zonage.

De plus, il ressort de l'arrêt de cette Cour *Vancouver (Ville de) c. Simpson*, [1977] 1 R.C.S. 71, que le projet d'acquérir un terrain en vue d'établir un parc public peut justifier le refus de délivrer un permis de construire ou, encore, le rejet d'une demande de nouveau zonage. Des exceptions

made for situations involving bad faith but I think it is stretching the concept of bad faith beyond the breaking point to attempt to apply it in this case.

For the reasons given I would dismiss the appeal with costs. No costs were awarded against the appellant in the court below. In my view, however, the respondent is entitled to its costs when it is compelled to defend its judgment in this Court.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Barron, McGown, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Adel A. Abougoush, Calgary.*

sont toujours faites dans les cas où il y a eu mauvaise foi mais, selon moi, on viderait le concept de la mauvaise foi de son sens en essayant de l'appliquer en l'espèce.

<sup>a</sup> Pour les motifs que je viens d'énoncer, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. Il n'y a pas eu d'adjudication de dépens contre l'appelante en Cour d'appel. J'estime toutefois qu'un intimé a droit à ses dépens lorsqu'il est obligé de défendre en cette Cour un jugement rendu en sa faveur.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

<sup>b</sup> *Procureurs de l'appelante: Barron, McGown, Edmonton.*

<sup>c</sup> *Procureur de l'intimée: Adel A. Abougoush, Calgary.*

**The Law Society of Upper Canada** *Appellant;*

and

**Joel Skapinker** *Respondent;*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General of Quebec, Federation of Law Societies of Canada—Fédération des Barreaux du Canada, John Calvin Richardson** *Intervenors.*

File No.: 17537.

1984: February 23 and 24; 1984: May 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Mobility rights as related to work — Membership in Ontario bar restricted to Canadian citizens or other British subjects — Whether or not s. 6(2)(b) of Charter created right to work unrelated to interprovincial mobility rights — Whether or not requirement contravened Charter and hence of no force or effect — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6(2)(a),(b), (3) — Law Society Act, R.S.O. 1980, c. 233, s. 28(c).*

*Constitutional law — Interpretation — Cross-headings — Role and importance to be accorded cross-headings in interpreting subsequent sections.*

These proceedings were commenced by respondent who, for all practical purposes, was replaced by the intervenor Richardson.

Respondent, a South African citizen resident in Canada, met all requirements for membership in the Ontario bar except the citizenship requirements imposed by s. 28(c) of the *Law Society Act*. Respondent sought an application, by originating notice of motion, for a declaration that s. 28(c) was inoperative and of no force to the extent that it discriminated between Canadian citizens and permanent residents of Canada and, in particular, was inconsistent with s. 6(2)(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The judge of first instance found s. 28(c) to be of general application and not inconsistent with s. 6(2)(b) of the *Charter*.

**The Law Society of Upper Canada** *Appelante;*

et

<sup>a</sup> **Joel Skapinker** *Intimé;*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général du Québec, Federation of Law Societies of Canada—Fédération des Barreaux du Canada, John Calvin Richardson**

<sup>c</sup> *Intervenants.*

N° du greffe: 17537.

1984: 23 et 24 février; 1984: 3 mai.

<sup>d</sup> Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Lamer et Wilson.

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

<sup>e</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement en matière de travail — Adhésion au barreau de l'Ontario limitée aux citoyens canadiens ou autres sujets britanniques — L'article 6(2)(b) de la Charte crée-t-il un droit au travail indépendant de la liberté de circulation et d'établissement dans toute province? — L'exigence viole-t-elle la Charte et est-elle donc inopérante? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6(2)(a),(b), (3) — Law Society Act, R.S.O. 1980, chap. 233, art. 28(c).*

<sup>g</sup> *Droit constitutionnel — Interprétation — Rubriques — Rôle et importance à accorder aux rubriques dans l'interprétation des articles qui les suivent.*

<sup>h</sup> Cette action a été intentée par l'intimé qui, à toutes fins pratiques, a été remplacé par l'intervenant Richardson.

<sup>i</sup> L'intimé, un citoyen sud-africain résidant au Canada, satisfaisait à toutes les conditions d'adhésion au barreau de l'Ontario, sauf aux exigences en matière de citoyenneté imposées par l'al. 28(c) de la *Law Society Act*. Par avis introductif d'instance, l'intimé a demandé que l'al. 28(c) soit déclaré inopérant et sans effet dans la mesure où il établit une distinction entre les citoyens canadiens et les résidents permanents au Canada et, en particulier, qu'il soit déclaré incompatible avec l'al. 6(2)(b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge de première instance a conclu que l'al. 28(c) était d'application générale et compatible avec l'al. 6(2)(b) de la

This appeal is from the Court of Appeal's judgment reversing that decision.

*Held:* The appeal should be allowed.

Section 6(2)(b) of the *Charter* does not establish a separate and distinct right to work divorced from the mobility provisions in which it is found. The two rights (in para. (a) and para. (b)) both relate to movement into another province, either to take up residence, or to work without establishing residence. Paragraph (b) does not avail a permanent resident of an independent constitutional right to work as a lawyer in the province of residence so as to override the provincial legislation through s. 52 of the *Constitutional Act, 1982*.

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is not a statute or even a statute of the extraordinary nature of the *Canadian Bill of Rights*, but rather a part of the Constitution. Neither the federal nor provincial *Interpretation Acts* have any application to the *Charter*.

Cross-headings were deliberately and systematically included in and are an integral part of the *Charter*. Where a section introduced by such a heading is clear and unambiguous, the heading will not operate to change that meaning. Here, however, s. 6(2)(a) and (b) are capable of three interpretations and an attempt should be made to reconcile the heading and section. The Courts, in considering the role of statutory cross-headings, have not produced clear guidelines for their use in interpreting a statute. The influence of the heading, used as an aid to statutory interpretation, will depend on many factors: the degree of difficulty because of ambiguity or obscurity in construing the section; the length and complexity of the provision; the apparent homogeneity of the provision appearing under the heading; the use of generic terminology in the heading; the presence or absence of a system of headings which appear to segregate the component elements of the *Charter*; and the relationship of the terminology employed in the heading to the substance of the headed provision.

*Attorney-General of Canada v. Jackson*, [1946] S.C.R. 489; *Director of Public Prosecutions v. Schildkamp*, [1971] A.C. 1; *Brotherhood of Railroad Trainmen v. Baltimore & O. R. Co.*, 67 S.Ct. 1387 (1947), considered; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *British Coal Corporation v. The King*, [1935] A.C. 500; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803); *M'Culloch v. State of Maryland*, 17 U.S. (4

*Charte*. Ce pourvoi est formé à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel qui a infirmé cette décision.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

L'alinéa 6(2)b) de la *Charte* ne crée pas un droit distinct au travail, qui n'a rien à voir avec les dispositions relatives à la liberté de circulation et d'établissement parmi lesquelles il se trouve. Les deux droits (à l'al. a) et à l'al. b)), se rapportent au déplacement dans une autre province, soit pour y établir sa résidence, soit pour y travailler sans y établir sa résidence. L'alinéa b) ne confère pas à un résident permanent un droit constitutionnel indépendant de pratiquer le droit dans la province de résidence qui prévaudrait sur la loi provinciale, par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

La *Charte canadienne des droits et libertés* n'est pas une loi ordinaire ni même une loi de nature exceptionnelle comme la *Déclaration canadienne des droits*; il s'agit plutôt d'une partie de la Constitution. Ni la *Loi d'interprétation* fédérale ni les lois d'interprétation provinciales ne s'appliquent à la *Charte*.

Les rubriques ont été ajoutées de façon systématique et délibérée et font partie intégrante de la *Charte*. Si un article précédé d'une telle rubrique est clair et sans ambiguïté, la rubrique n'aura pas pour effet de modifier ce sens. Ici, toutefois, les al. 6(2)a) et b) peuvent recevoir trois interprétations et on doit tenter de concilier la rubrique avec l'article. Les tribunaux, qui ont examiné le rôle des rubriques dans les lois, n'ont pas établi de règles claires quant à leur utilisation pour interpréter les lois. L'influence de la rubrique utilisée pour faciliter l'interprétation des lois dépendra de plusieurs facteurs: la difficulté d'interpréter l'article à cause de son ambiguïté ou de son obscurité, la longueur et la complexité de la disposition, l'homogénéité apparente de la disposition qui suit la rubrique, l'utilisation de termes génériques dans la rubrique, la présence ou l'absence d'un ensemble de rubriques qui semblent séparer les différents éléments de la *Charte* et le rapport qui existe entre la terminologie employée dans la rubrique et le contenu de la disposition qui la suit.

Jurisprudence: arrêts examinés: *Attorney-General of Canada v. Jackson*, [1946] R.C.S. 489; *Director of Public Prosecutions v. Schildkamp*, [1971] A.C. 1; *Brotherhood of Railroad Trainmen v. Baltimore & O. R. Co.*, 67 S.Ct. 1387 (1947); arrêts mentionnés: *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *British Coal Corporation v. The King*, [1935] A.C. 500; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803); *M'Culloch v.*



Wheaton's) 316 (1819); *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *Johnson v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 160; *Connell v. Minister of National Revenue*, [1946] Ex.C.R. 562; *Eastern Counties Railway v. Marriage* (1860), 9 H.L.Cas. 31; *Lloyds Bank Ltd. v. Secretary of State for Employment*, [1979] 2 All E.R. 573; *Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. v. The Queen in Right of Quebec*, [1982] C.S. 1147, 142 D.L.R. (3d) 512; *Re: Authority of Parliament in Relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54; *Re: Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Re Residential Tenancies Act*, 1979, [1981] 1 S.C.R. 714, referred to.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 40 O.R. (2d) 481, allowing an appeal from a judgment of Carruthers J. dismissing an application, made by originating notice of motion, for a declaration that the *Law Society Act*, R.S.O. 1980, c. 233, s. 28(c), was inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore of no force or effect. Appeal allowed.

*Brendan O'Brien, Q.C.*, for the appellant.

*Brian Morgan*, for the respondent.

*John H. Sims*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Lorraine E. Weinrib and M. D. Lepofsky*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*James C. MacPherson*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Réal Forest and Jean-K. Samson*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*P. B. C. Pepper, Q.C.*, and *P. D. McCutcheon*, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada—Fédération des Barreaux du Canada.

*Shayna Kravetz*, for the intervener John Calvin Richardson.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—By s. 28(c) of the *Law Society Act*, R.S.O. 1980, c. 233, the legislature of Ontario required all members of the bar of the province to be Canadian citizens. At the outset, let it be emphasized in the clearest possible language that

*State of Maryland*, 17 U.S. (4 Wheaton's) 316 (1819); *Brodie v. The Queen*, [1962] R.C.S. 681; *Johnson c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 160; *Connell v. Minister of National Revenue*, [1946] R.C. de l'É. 562; *Eastern Counties Railway v. Marriage* (1860), 9 H.L.Cas. 31; *Lloyds Bank Ltd. v. Secretary of State for Employment*, [1979] 2 All E.R. 573; *Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. c. La Reine du chef du Québec*, [1982] C.S. 1147, 142 D.L.R. (3d) 512; *Renvoi sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 4 O.R. (2d) 481, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Carruthers qui avait rejeté une demande, présentée par avis introductif d'instance, visant à faire déclarer que la *Law Society Act*, R.S.O. 1980, chap. 233, al. 28c) est incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc inopérante. Pourvoi accueilli.

*Brendan O'Brien, c.r.*, pour l'appelante.

*Brian Morgan*, pour l'intimé.

*John H. Sims*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Lorraine E. Weinrib et M. C. Lepofsky*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*James C. MacPherson*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Réal Forest et Jean-K. Samson*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*P. B. C. Pepper, c.r.*, et *P. D. McCutcheon*, pour l'intervenante Federation of Law Societies of Canada—Fédération des Barreaux du Canada.

*Shayna Kravetz*, pour l'intervenant John Calvin Richardson.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Par l'alinéa 28c) de la *Law Society Act*, R.S.O. 1980, chap. 233, la législature de l'Ontario a exigé que tous les membres du barreau de la province soient citoyens canadiens. Au départ, il convient de souligner le plus claire-

the issue before this Court in this appeal is not whether it is or is not in the interest of this community to require Canadian citizenship as a precondition to membership in the bar. Rather, the only issue is whether s. 28(c) of the *Law Society Act*, *supra*, is inconsistent with s. 6(2)(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The intervener Richardson is an American citizen and a member of the bar of the State of Massachusetts. As we shall see, these proceedings were commenced by the respondent, Skapinker, who later was, for all practical purposes, replaced (when he became a member of the Law Society) by Richardson who was labelled an intervener when he joined the proceedings. Richardson, by the time the appeal came on for hearing in this Court, was the only person who actually had the status of a respondent in the Law Society appeal. In these reasons, it is convenient simply to identify him as Richardson. He is also a permanent resident of Canada, received his LL.B. from Queen's University, Kingston, Ontario in 1980, articulated in a law firm in the province for the year ending June 1981 and has now successfully completed the Bar Admission Course of the Law Society of Upper Canada. He has candidly expressed his intention not to become a citizen of Canada. As a result, the appellant has advised Richardson that he will not be accepted as a member of the Law Society. The respondent Skapinker was in the same position but became a Canadian citizen in the course of these proceedings and has been admitted to the bar of Ontario. By order of the High Court of Ontario made April 13, 1983, the respondent Skapinker was given leave to withdraw from these proceedings, but did not do so. Although his application has become moot, he appeared by counsel in this Court, without any objection from the other parties, on the hearing of the appeal. In the meantime, John Calvin Richardson was added as an intervener by order of the Ontario courts, and the case has proceeded as though Richardson were the initiating party to these proceedings. All this is noted at the outset as a warning to those who may seek to emulate this course in like applications in the future. The current practice of this Court is to

ment possible qu'il ne s'agit pas pour cette Cour, dans le présent pourvoi, de déterminer s'il est dans l'intérêt de notre société d'exiger la citoyenneté canadienne comme condition préalable pour devenir membre du barreau. La seule question qui se pose est plutôt de savoir si l'al. 28c) de la *Law Society Act*, précitée, est incompatible avec l'al. 6(2)b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L'intervenant Richardson est citoyen américain et membre du barreau de l'État du Massachusetts. Comme nous le verrons plus loin, c'est l'intimé Skapinker qui a intenté la présente action, mais il a été plus tard remplacé, à toutes fins utiles (après être devenu membre du barreau de l'Ontario), par Richardson qui agissait en qualité d'intervenant lorsqu'il s'est joint aux procédures. Au moment de l'audition du présent pourvoi en cette Cour, Richardson était le seul à vraiment avoir le statut d'intimé dans le pourvoi de la Law Society. Dans les présents motifs, il convient de l'appeler simplement Richardson. Il est aussi résident permanent au Canada, il a obtenu un baccalauréat en droit de l'université Queen's de Kingston (Ontario) en 1980, il a fait son stage dans un cabinet d'avocats de la province pendant l'année qui s'est terminée en juin 1981 et il a complété avec succès tous les cours de formation professionnelle de la Law Society of Upper Canada. Il a franchement exprimé son intention de ne pas devenir citoyen canadien. En conséquence, l'appelante a avisé Richardson qu'il ne serait pas reçu membre du barreau de l'Ontario. L'intimé Skapinker était dans la même situation, mais il est devenu citoyen canadien pendant les présentes procédures et a été reçu au barreau de l'Ontario. Par ordonnance de la Haute Cour de l'Ontario rendue le 13 avril 1983, l'intimé Skapinker a reçu l'autorisation de se désister des présentes procédures, mais il ne l'a pas fait. Bien que sa demande soit devenue caduque, il a comparu par avocat à l'audition du pourvoi devant cette Cour, sans qu'aucune objection ne soit soulevée par les autres parties. Dans l'intervalle, John Calvin Richardson a été ajouté comme intervenant par ordonnance des cours de l'Ontario et les procédures se sont déroulées comme si Richardson en avait été l'initiateur. Tout cela est souligné dès le début en guise d'avertissement à ceux qui, à l'ave-

require any person seeking to participate in an appeal here either to continue as a party with full status as such, or to be brought in as an intervener by order of this Court (references and status of the provinces therein and cases raising constitutional issues being dealt with separately in the Court rules). Because this appeal raised important and novel issues under the *Charter of Rights* the matter was permitted to proceed as presently constituted.

The originating notice of motion initiating this matter sought a declaration that s. 28(c) of the *Law Society Act, supra*, is “inoperative and of no force and effect to the extent that it discriminates between Canadian citizens and Permanent Residents of Canada and, in particular, because this is inconsistent with s. 6(2)(b) of The *Constitution Act, 1982 [sic]*”. The judge of first instance, The Honourable Mr. Justice Carruthers, dismissed the application, finding that s. 28(c) of the *Law Society Act, supra*, was not inconsistent with the *Charter of Rights*, s. 6(2)(b), and therefore was not rendered inoperative by s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. In particular, His Lordship concluded that whatever rights the respondent may have by reason of s. 6(2)(b) of the *Charter*, the *Law Society Act*, including s. 28(c), is a law of “general application” within the meaning of s. 6(3) of the *Charter*, and thus applies to the respondent. It was therefore unnecessary to construe the meaning and application of s. 6(2)(a) and (b) as these rights, whatever they may be, are “subject to” subs. (3). Likewise, the judge of first instance found it unnecessary to consider the application of s. 1 of the *Charter* which makes the guarantee of rights and freedoms “subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”. The reasons of Carruthers J. are now reported at (1982), 38 O.R. (2d) 116.

In the Court of Appeal [reported at (1983), 40 O.R. (2d) 481], the majority, speaking through

nir, voudraient imiter cette façon de procéder dans des demandes semblables. La pratique actuelle de cette Cour consiste à exiger que toute personne qui veut participer à un pourvoi devant elle le fasse comme partie à part entière ou qu'elle soit autorisée, par ordonnance de cette Cour, à agir comme intervenant (les renvois et la qualité des provinces dans ces procédures ainsi que les dossiers qui soulèvent des questions constitutionnelles sont traités séparément dans les règles de la Cour). Parce que le présent pourvoi a soulevé des questions importantes et nouvelles relativement à la *Charte des droits*, on a permis que la cause se déroule telle qu'elle se présente actuellement.

Dans l'avis introductif de la présente instance, on a demandé que l'al. 28c) de la *Law Society Act*, précitée, soit déclaré [TRADUCTION] «inopérant, nul et sans effet dans la mesure où il établit une distinction entre les citoyens canadiens et les résidents permanents au Canada et, en particulier, pour le motif qu'il est incompatible avec l'al. 6(2)b) de la *Loi constitutionnelle de 1982 (sic)*». En première instance, le juge Carruthers a rejeté la requête en concluant que l'al. 28c) de la *Law Society Act*, précitée, n'est pas incompatible avec l'al. 6(2)b) de la *Charte des droits* et que, par conséquent, il n'est pas rendu inopérant par le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Plus précisément, Sa Seigneurie a conclu que quels que soient les droits que l'intimé puisse avoir en raison de l'al. 6(2)b) de la *Charte*, la *Law Society Act*, y compris l'al. 28c), est une loi «d'application générale» au sens du par. 6(3) de la *Charte* et s'applique donc à l'intimé. Il est donc inutile d'interpréter le sens et l'application des al. 6(2)a) et b) puisque ces droits, quels qu'ils soient, sont «subordonnés» au par. (3). Le juge de première instance a aussi conclu qu'il était inutile d'examiner l'application de l'art. 1 de la *Charte* qui dispose que les droits et libertés garantis «ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Les motifs du juge Carruthers sont maintenant publiés à (1982), 38 O.R. (2d) 116.

Le juge Grange, qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel à la majorité [(1983), 40 O.R. (2d)

Grange J.A. (Weatherston J.A. concurring), reversed the decision below and declared (Arnup J.A. dissenting) that "s. 28(c) of the *Law Society Act* insofar as it excludes from its benefits persons having the status of permanent residents of Canada is inoperative by reason of s. 6(2)(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*". The reference to "permanent residents" is to persons holding that status under the *Immigration Act, 1976* of Canada, 1976-77 (Can.), c. 52, s. 2. The majority dealt first with the effect of s. 6(2)(b) of the *Charter* and found "little difficulty in interpreting it" as granting to all persons with the status of permanent resident "the right to pursue the gaining of a livelihood in any province". Section 28(c), to the extent that it bars the respondent from practising law in Ontario, is inconsistent with that provision, and by s. 52 of the *Charter* is to that extent of no force and effect. In reaching this result, the majority rejected the view that s. 6 creates, as its heading announces, "mobility rights". In effect, the recurring expression "in any province" is ignored by the majority so that only s. 6(2)(a) would require movement by an individual seeking to invoke s. 6(2) of the *Charter*. Thus, in the view of the majority, s. 6(2) creates two separate rights, and the respondent qualifies as a permanent resident for the second right. Grange J.A. went on to find that s. 6(3)(a) was of no assistance to the appellant. In his opinion, the *Law Society Act* was not a "law of general application"; it did not affect the public generally since only Canadian citizens and British subjects are accorded the right to membership in the bar, whereas permanent residents and other aliens are excluded. In this conclusion, the majority differed from Carruthers J. The majority went on to find that s. 1 did not reinstate s. 28(c) because the Court did not see any reason for the recommendation by a provincial agency for the continuation of the citizenship requirement in s. 28(c) and for which view support was found in a United States Supreme Court decision (the Chief Justice and one other judge dissenting), the *Solicitors Act 1974* adopted by the United Kingdom in 1974 (after the United Kingdom had joined the European Eco-

481] (auxquels a souscrit le juge Weatherston), a infirmé la décision de première instance et statué (le juge Arnup étant dissident) que [TRADUCTION] «l'al. 28c) de la *Law Society Act*, dans la mesure où il ne vise pas les personnes qui ont le statut de résident permanent au Canada, est inopérant à cause de l'al. 6(2)b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*». La mention de «résidents permanents» vise les personnes qui jouissent de ce statut en vertu de la *Loi sur l'immigration de 1976* du Canada, 1976-77 (Can.), chap. 52, art. 2. La cour à la majorité a d'abord analysé l'effet de l'al. 6(2)b) de la *Charte* et [TRADUCTION] n'a éprouvé «aucune difficulté à l'interpréter» comme accordant à toutes les personnes qui possèdent le statut de résident permanent «le droit de gagner leur vie dans toute province». Dans la mesure où il empêche l'intimé de pratiquer le droit en Ontario, l'al. 28c) est incompatible avec cette disposition et il est nul et sans effet en vertu de l'art. 52 de la *Charte*. En arrivant à ce résultat, la majorité a rejeté le point de vue que l'art. 6 crée une «liberté de circulation et d'établissement» comme l'indique sa rubrique. En effet, la majorité ne tient pas compte de l'expression «dans toute province», qui revient à plusieurs reprises, de sorte que seul l'al. 6(2)a) exigerait un déplacement de la part d'une personne qui cherche à invoquer le par. 6(2) de la *Charte*. Donc, selon l'avis de la majorité, le par. 6(2) crée deux droits distincts et l'intimé peut, à titre de résident permanent, se prévaloir du second droit. Le juge Grange a conclu également que l'al. 6(3)a) n'est d'aucun secours à l'appelante. À son avis, la *Law Society Act* n'est pas une «loi d'application générale»; elle ne touche pas le public en général puisque seul les citoyens canadiens et les sujets britanniques se voient accorder le droit d'être membre du barreau alors que les résidents permanents et les autres étrangers sont exclus. En concluant ainsi, la majorité a exprimé un avis différent de celui du juge Carruthers. La majorité a ainsi conclu que l'art. 1 ne rétablissait pas l'al. 28c) parce que la cour n'a vu aucune justification à la recommandation d'un organisme provincial de continuer d'exiger la citoyenneté canadienne à l'al. 28c), ce point de vue étant étayé par une décision de la Cour suprême des États-Unis (dans laquelle le Juge en chef et un autre juge sont dissidents),

conomic Community), and a pre-*Charter* decision of a single judge in the province of Alberta.

Arnup J.A., in dissent, found that s. 6(2)(b) is not a "right to work" clause. The permanent resident, having been granted by the *Immigration Act*, *supra*, s. 2(1) and *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 18(1) as amended, the right to work anywhere in Canada, cannot be denied that right by reason of any previous residency elsewhere in Canada; and this is so by reason of para. (b) which protects citizens and permanent residents from "provincial barriers [being] thrown up against one who wants to work". In any case, Arnup J.A. concludes that the *Law Society Act* is "a law of general application" within the meaning of s. 3(a), and because subs. (2) is subordinated to subs. (3), the provincial enactment remains in full force and effect. Arnup J.A. did not find it necessary to consider the issue of s. 1 of the *Charter* but did "express the view" that, in the material on the record, s. 28(c) had not been "demonstrably justified" as a "reasonable limit" on the *Charter* right, if one is given by s. 6(2)(b).

On the view I take of para. (b) of s. 6(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it is unnecessary to proceed to the effect of subs. (3) of s. 6, or to the question of the availability of s. 1 of the *Charter* to the appellant, on the record in this appeal.

The respondent submits that paras. (a) and (b) are two separate rights and that the heading "Mobility Rights" does not dictate a narrow interpretation of the para. (b) right. The appellant and all interveners, including the Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for Saskatchewan and the Federation of Law Societies of Canada, take the position that para. (b) is not simply a "right to work" clause but is predicated on a mobility element. Within the

par la *Solicitors Act 1974* adoptée par le Royaume-Uni en 1974 (après l'entrée du Royaume-Uni dans la Communauté économique européenne) et par une décision rendue, avant l'adoption de la *Charte*, par un juge seul dans la province de l'Alberta.

Dans sa dissidence, le juge Arnup a conclu que l'al. 6(2)b) n'est pas une clause de «droit au travail». Un résident permanent qui a obtenu le droit de travailler où que ce soit au Canada en vertu du par. 2(1) de la *Loi sur l'immigration*, précitée, et du par. 18(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, et modifications, ne peut se voir refuser ce droit pour le motif qu'il a résidé ailleurs au Canada à un moment quelconque; il en est ainsi en raison de l'al. b) qui protège les citoyens et les résidents permanents contre l'imposition de [TRADUCTION] «barrières provinciales à quiconque veut travailler». De toute façon, le juge Arnup a conclu que la *Law Society Act* est «une loi d'application générale» au sens de l'al. (3)a) et, parce que le par. (2) est subordonné au par. (3), la disposition provinciale s'applique pleinement. Le juge Arnup n'a pas jugé nécessaire d'analyser la question de l'art. 1 de la *Charte*, mais il a «exprimé l'avis» que, d'après les pièces du dossier, l'al. 28c) ne constituait pas une «limite raisonnable» au droit garanti par la *Charte*, «dont la justification puisse se démontrer» si ce droit est conféré par l'al. 6(2)b).

Selon mon interprétation de l'al. 6(2)b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il n'est pas nécessaire d'examiner l'effet du par. 6(3) ou la question de la possibilité pour l'appellante d'invoquer l'art. 1 de la *Charte*, selon le dossier du présent pourvoi.

L'intimé soutient que les al. a) et b) créent deux droits distincts et que la rubrique «Liberté de circulation et d'établissement», n'exige pas une interprétation étroite du droit prévu à l'al. b). L'appellante et tous les intervenants, dont le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Saskatchewan et la Fédération des Barreaux du Canada, soutiennent que l'al. b) n'est pas simplement une clause de «droit au travail» mais qu'il est fondé sur un élément de

group espousing this view, there are some differences as to the meaning properly to be attributed to para. (b).

After leave was granted for appeal to this Court, the Chief Justice framed the following constitutional question:

Is Section 28(c) of *The Law Society Act*, R.S.O. 1980, Chapter 233, insofar as it excludes from its benefit persons having the status of permanent residents of Canada, inoperative and of no force and effect by reason of Section 6 of *The Constitution Act 1982*?

It will facilitate matters to set out s. 6 of the *Charter* and s. 28(c) of the *Law Society Act*.

CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS

*Mobility Rights*

6. (1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.

(2) Every citizen of Canada and every person who has the status of a permanent resident of Canada has the right

(a) to move to and take up residence in any province; and

(b) to pursue the gaining of a livelihood in any province.

(3) The rights specified in subsection (2) are subject to

(a) any laws or practices of general application in force in a province other than those that discriminate among persons primarily on the basis of province of present or previous residence; and

(b) any laws providing for reasonable residency requirements as a qualification for the receipt of publicly provided social services.

(4) Subsections (2) and (3) do not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration in a province of conditions of individuals in that province who are socially or economically disadvantaged if the rate of employment in that province is below the rate of employment in Canada.

*The Law Society Act*, R.S.O. 1980, c. 233, s. 28:

28. ...

(c) the persons, being Canadian citizens or other British subjects,

mobilité. Certains parmi ceux qui soutiennent ce point de vue ont des divergences d'opinions sur le sens exact à attribuer à l'al. b).

Après avoir accordé l'autorisation de pourvoi devant cette Cour, le Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante:

Dans la mesure où l'alinéa 28c) de la *Law Society Act*, R.S.O. 1980, chapitre 233, exclut les personnes qui ont le statut de résident permanent du Canada, est-elle inopérante et sans effet en raison de l'article 6 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Pour faciliter les choses, il convient de citer l'art. 6 de la *Charte* et l'al. 28c) de la *Law Society Act*.

CHARTRE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS

*Liberté de circulation et d'établissement*

6. (1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir.

(2) Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit:

a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province;

b) de gagner leur vie dans toute province.

(3) Les droits mentionnés au paragraphe (2) sont subordonnés:

a) aux lois et usages d'application générale en vigueur dans une province donnée, s'ils n'établissent entre les personnes aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle;

b) aux lois prévoyant de justes conditions de résidence en vue de l'obtention des services sociaux publics.

(4) Les paragraphes (2) et (3) n'ont pas pour objet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer, dans une province, la situation d'individus défavorisés socialement ou économiquement, si le taux d'emploi dans la province est inférieur à la moyenne nationale.

*La Law Society Act*, R.S.O. 1980, chap. 233, art. 28:

[TRADUCTION] 28. ...

c) les citoyens canadiens ou autres sujets britanniques

- |   |  |
|---|--|
| <p>(i) who are members on the 31st day of December, 1980, or</p> <p>(ii) who after that day successfully complete the Bar Admission Course and are called to the bar and admitted and enrolled as solicitors, <sup>a</sup> or</p> <p>(iii) who after that day transfer from a jurisdiction outside Ontario and are called to the bar and admitted and enrolled as solicitors, <sup>b</sup></p> <p>are members and entitled to practise law in Ontario as barristers and solicitors;</p> | <p>(i) qui sont membres le 31 décembre 1980, ou</p> <p>(ii) qui, après cette date, complètent avec succès les cours de formation professionnelle du barreau, sont appelés au barreau et sont admis et inscrits comme procureur, ou</p> <p>(iii) qui, après cette date, viennent de l'extérieur de la province de l'Ontario, sont appelés au barreau et sont admis et inscrits comme procureur, <sup>b</sup></p> <p>sont membres et peuvent pratiquer le droit en Ontario, comme avocat et procureur;</p> |
|---|--|

We are here engaged in a new task, the interpretation and application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as adopted first as an appendage to the Resolution of Parliament on December 8, 1981 and then as an appendix to the *Canada Act 1982, 1982 (U.K.), c. 11*. This is not a statute or even a statute of the extraordinary nature of the *Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III*. It is a part of the constitution of a nation adopted by constitutional process which, in the case of Canada in 1982, took the form of a statute of the Parliament of the United Kingdom. The adoptive mechanisms may vary from nation to nation. They lose their relevancy or shrink to mere historical curiosity value on the ultimate adoption of the instrument as the Constitution. The *British North America Act* of 1867 was such a law, albeit but a statute of the Parliament of the United Kingdom and albeit incomplete in the absence of an intra-national amending mechanism. In the interpretation and application of this document the Judicial Committee of the Privy Council of the United Kingdom, which until 1949 was the highest level of the judicial branch engaged in resolving constitutional issues, said: "The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits": *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, per Lord Sankey at p. 136, who reiterated this judicial attitude towards a "constituent or organic statute such as the [B.N.A.] Act" in *British Coal Corporation v. The King*, [1935] A.C. 500, at p. 518. This Court recognized the distinction between simple "statutory interpretation" and "a constitu-

<sup>c</sup> En l'espèce, nous sommes appelés à remplir une tâche nouvelle, savoir interpréter et appliquer la *Charte canadienne des droits et libertés* adoptée d'abord comme annexe à la résolution du Parlement du 8 décembre 1981, puis comme annexe à la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982 (R.-U.), chap. 11*. Il ne s'agit pas d'une loi ordinaire ni même d'une loi de nature exceptionnelle comme la *Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, appendice III*. Il s'agit d'une partie de la constitution d'un pays adoptée selon un processus constitutionnel qui, dans le cas du Canada en 1982, a revêtu la forme d'une loi du Parlement du Royaume-Uni. Les mécanismes d'adoption peuvent varier d'un pays à l'autre. Ils perdent leur importance ou sont relégués au seul rang de fait historique lors de l'adoption définitive du texte qui sert de constitution. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867 était un tel texte de loi, même s'il s'agissait seulement d'une loi du Parlement du Royaume-Uni et d'une loi incomplète en l'absence d'une formule nationale de modification. Quant à l'interprétation et à l'application de ce texte, le Comité judiciaire du Conseil privé pour le Royaume-Uni qui, jusqu'en 1949, était le tribunal de dernier ressort appelé à trancher des questions constitutionnelles, a affirmé: [TRADUCTION] «L'Acte de l'Amérique du Nord britannique a planté au Canada un arbre susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles»: *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, lord Sankey, à la p. 136, qui a réaffirmé cette attitude judiciaire à l'égard d'une [TRADUCTION] «loi constitutive ou organique telle que l'Acte [de l'Amérique du Nord britannique]»

tional role” when the Court was called upon to determine the effect of the *Canadian Bill of Rights: Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889, at p. 899, per Laskin J. as he then was. The *Canadian Bill of Rights* is, of course, in form, the same as any other statute of Parliament. It was designed and adopted to perform a more fundamental role than ordinary statutes in this country. It is, however, not a part of the Constitution of the country. It stands, perhaps, somewhere between a statute and a constitutional instrument. Nevertheless, it attracted the principles of interpretation developed by the courts in the constitutional process of interpreting and applying the Constitution itself.

There are some simple but important considerations which guide a Court in construing the *Charter*, and which are more sharply focussed and discernible than in the case of the federal *Bill of Rights*. The *Charter* comes from neither level of the legislative branches of government but from the Constitution itself. It is part of the fabric of Canadian law. Indeed, it “is the supreme law of Canada”: *Constitution Act, 1982*, s. 52. It cannot be readily amended. The fine and constant adjustment process of these constitutional provisions is left by a tradition of necessity to the judicial branch. Flexibility must be balanced with certainty. The future must, to the extent foreseeably possible, be accommodated in the present. The *Charter* is designed and adopted to guide and serve the Canadian community for a long time. Narrow and technical interpretation, if not modulated by a sense of the unknowns of the future, can stunt the growth of the law and hence the community it serves. All this has long been with us in the process of developing the institutions of government under the *B.N.A. Act, 1867* (now the *Constitution Act, 1867*). With the *Constitution Act, 1982* comes a new dimension, a new yardstick of reconciliation between the individual and the community and their respective rights, a dimension which, like the

dans *British Coal Corporation v. The King*, [1935] A.C. 500, à la p. 518. Cette Cour a reconnu la distinction entre une simple «interprétation de la loi» et «un rôle constitutionnel», lorsqu'elle a été appelée à déterminer l'effet de la *Déclaration canadienne des droits: Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, à la p. 899, le juge Laskin, alors juge puîné. Évidemment la *Déclaration canadienne des droits* est, quant à sa forme, identique à toutes les autres lois du Parlement. Elle a été conçue et adoptée en vue de remplir un rôle plus fondamental que les lois ordinaires du pays. Elle ne fait cependant pas partie de la Constitution de ce dernier. Elle se situe probablement quelque part entre une loi ordinaire et un texte constitutionnel. Néanmoins, elle a donné lieu aux principes d'interprétation élaborés par les tribunaux dans le processus d'interprétation et d'application de la Constitution elle-même.

Il y a quelques considérations simples mais importantes qui guident les cours dans l'interprétation de la *Charte*; elles sont plus en évidence et perceptibles que dans le cas de la *Déclaration canadienne des droits*. La *Charte* ne tire pas son origine de l'un ou l'autre niveau de compétence législative du gouvernement, mais de la Constitution elle-même. Elle appartient au fond même du droit canadien. En réalité, elle est «la loi suprême du Canada»: *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52. Il n'est pas facile de la modifier. Le processus délicat et constant d'ajustement de ces dispositions constitutionnelles est traditionnellement laissé, par nécessité, au pouvoir judiciaire. Il faut maintenir l'équilibre entre la souplesse et la certitude. Il faut, dans la mesure où il est possible de les prévoir, s'adapter dès à présent aux situations futures. La *Charte* a été conçue et adoptée pour guider et servir longtemps la société canadienne. Une interprétation étroite et formaliste, qui n'est pas animée par un sens des inconnues de l'avenir, pourrait retarder le développement du droit et par conséquent celui de la société qu'il sert. Nous sommes aux prises avec cela depuis longtemps dans le processus de développement des institutions gouvernementales en vertu de l'*A.A.N.B., 1867* (maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*). La *Loi constitutionnelle de 1982* apporte une nouvelle dimension, un nouveau critère d'équilibre entre les



balance of the Constitution, remains to be interpreted and applied by the Court.

The courts in the United States have had almost two hundred years experience at this task and it is of more than passing interest to those concerned with these new developments in Canada to study the experience of the United States courts. When the United States Supreme Court was first concerned with the supervision of constitutional development through the application of the recently adopted Constitution of the United States, the Supreme Court of the United States speaking through Chief Justice Marshall stated:

The question, whether an act, repugnant to the constitution, can become the law of the land, is a question deeply interesting to the United States; but, happily, not of an intricacy proportioned to its interest. It seems only necessary to recognise certain principles, supposed to have been long and well established, to decide it. [*Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), at p. 175.]

There followed a lengthy discussion not dissimilar to that engaged in by the Privy Council and by this Court in considering the allocation of powers and institutional provisions in the Constitution as it existed, at least to 1981. As to the nature of a written constitution in relation to the component governments, the Chief Justice continued at pp. 176-77:

Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and, consequently, the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void.

This theory is essentially attached to a written constitution, and, is consequently, to be considered, by this court, as one of the fundamental principles of our society. It is not therefore to be lost sight of in the further consideration of this subject.

The Court then turned, at p. 177, to the role of the court:

It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and

individus et la société et leurs droits respectifs, une dimension qui, comme l'équilibre de la Constitution, devra être interprétée et appliquée par la Cour.

<sup>a</sup> Les tribunaux américains ont presque deux cents ans d'expérience dans l'accomplissement de cette tâche, et l'analyse de leur expérience offre plus qu'un intérêt passager pour ceux qui s'intéressent à cette nouvelle évolution au Canada. Lorsque <sup>b</sup> la Cour suprême des États-Unis a, pour la première fois, été appelée à surveiller l'évolution constitutionnelle par l'application de la Constitution des États-Unis qui venait d'être adoptée, le juge en chef Marshall a affirmé, au nom de la Cour: <sup>c</sup>

[TRADUCTION] La question de savoir si une loi incompatible avec la constitution peut devenir la loi du pays revêt une importance majeure pour les États-Unis, <sup>d</sup> mais heureusement elle n'est pas aussi complexe qu'importante. Pour la trancher, il ne semble nécessaire que de reconnaître certains principes que l'on présume bien établis depuis longtemps. [*Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), à la p. 175.] <sup>e</sup>

Il procède ensuite à une longue analyse qui n'est pas sans ressembler à celle faite par le Conseil privé et cette Cour en examinant le partage des pouvoirs et les dispositions relatives aux institutions qui se trouvent dans la Constitution telle qu'elle existait, du moins jusqu'en 1981. Quant à la nature d'une constitution écrite relativement aux gouvernements constitutifs, le Juge en chef <sup>f</sup> poursuit, aux pp. 176 et 177:

[TRADUCTION] Tous les auteurs d'une constitution écrite ont certainement voulu en faire la loi fondamentale et suprême de la nation, et, en conséquence, chacun de ces gouvernements doit avoir pour principe qu'une loi de la législature incompatible avec la constitution est nulle. <sup>g</sup>

Cette théorie est un aspect essentiel d'une constitution écrite et, en conséquence, cette Cour doit la considérer comme un des principes fondamentaux de notre société. <sup>i</sup> Il ne faut donc pas l'oublier en poursuivant l'examen du présent sujet.

La Cour aborde ensuite, à la p. 177, le rôle des tribunaux:

<sup>j</sup> [TRADUCTION] Il appartient nettement au pouvoir judiciaire de préciser l'état du droit. Ceux qui appliquent la règle à des cas particuliers doivent nécessaire-

interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each.

So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.

The Court having staked out its constitutional ground then moved on in *M'ulloch v. State of Maryland*, 17 U.S. (4 Wheaton's) 316 (1819), to consider the techniques of interpretation to be applied in construing a constitution. Again speaking through Chief Justice Marshall at p. 407:

A constitution, to contain an accurate detail of all the subdivisions of which its great powers will admit, and of all the means by which they may be carried into execution, would partake of the prolixity of a legal code, and could scarcely be embraced by the human mind. It would probably never be understood by the public. Its nature, therefore, requires, that only its great outlines should be marked, its important objects designated, and the minor ingredients which compose those objects be deduced from the nature of the objects themselves. . . . In considering this question, then, we must never forget, that it is *a constitution* we are expounding.

In recognizing that both legislative and judicial power under the Constitution is limited, the Chief Justice observed, at p. 421, that the Court must allow the legislative branch to exercise that discretion authorized by the Constitution which will:

. . . enable that body to perform the high duties assigned to it, in the manner most beneficial to the people. Let the end be legitimate, let it be within the scope of the constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the constitution, are constitutional.

I come back to the key issue in this appeal, the meaning of para. (b) in s. 6(2) of the *Charter*. There are at least three arguably applicable read-

ment exposer et interpréter cette règle. Si deux lois entrent en conflit, les cours doivent décider de l'application de chacune d'elles.

Donc, si une loi est incompatible avec la constitution et que la loi et la constitution s'appliquent toutes deux à un cas particulier, de sorte que la cour doit statuer sur ce cas en conformité avec la loi sans tenir compte de la constitution, ou encore en conformité avec la constitution sans tenir compte de la loi, la cour doit déterminer laquelle de ces règles contradictoires s'applique à l'affaire. Cela relève de l'essence même de la fonction judiciaire.

Après avoir précisé sa position constitutionnelle, la Cour a, dans l'arrêt *M'ulloch v. State of Maryland*, 17 U.S. (4 Wheaton's) 316 (1819), analysé les techniques d'interprétation applicables à l'interprétation d'une constitution. Le juge en chef Marshall a affirmé de nouveau au nom de la Cour, à la p. 407:

[TRADUCTION] Si une constitution devait comporter les détails précis de toutes les subdivisions que peuvent comprendre ses pouvoirs étendus et de tous les moyens par lesquels ils peuvent être appliqués, elle aurait la longueur d'un code et pourrait difficilement être saisie par l'intelligence humaine. Le public ne parviendrait probablement jamais à la comprendre. Sa nature exige donc que seules les grandes lignes en soient tracées, que les sujets importants soient mentionnés et que les éléments secondaires qui composent ces sujets soient déduits de leur nature même desdits sujets . . . Dans l'étude de cette question, alors, nous ne devons jamais oublier que c'est *une constitution* que nous explicitions.

En reconnaissant que le pouvoir législatif et judiciaire prévu par la Constitution est limité, le Juge en chef des États-Unis souligne, à la p. 421, que la Cour doit permettre au pouvoir législatif d'exercer le pouvoir discrétionnaire que la Constitution accorde et qui:

[TRADUCTION] . . . permet à cet organisme de remplir les hautes fonctions qui lui incombent, de la manière la plus profitable à la population. Si la fin est légitime, si elle se situe dans le cadre de la constitution, tous les moyens appropriés, qui sont manifestement assortis à cette fin et qui ne sont pas prohibés, mais conformes à la lettre et à l'esprit de la constitution, seront constitutionnels.

Je reviens à la question clé du présent pourvoi, savoir le sens de l'al. 6(2)b) de la *Charte*. Il y a, prétend-on, au moins trois façons possibles d'inter-

ings of subs. (2) of s. 6 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as adopted in the *Constitution Act, 1982*, and as now incorporated in the *Constitution Acts, 1867 to 1982*.

1. The conjunction “and” appearing between paras. (a) and (b) in the English version (absent in the French version), and the heading “Mobility Rights” over the whole of s. 6, enables one to read the subsection with the word “then” understood to follow the conjunction “and” so that (a) and (b) would read as follows:

Every citizen . . . and . . . permanent resident has the right

(a) to move and take up residence in any province; and [then]

(b) to pursue the gaining of a livelihood in any province.

2. A disjunctive reading may be given to subs. (2) by deleting the conjunction “and” between (a) and (b) and by assigning no interpretative value to the heading “Mobility Rights”; and further by taking into account the presence of subs. (4) which may indicate that “mobility” is not a necessary element in each segment of s. 6. Such an approach may be said to lead to a recognition of two unrelated “free standing” rights in paras. (a) and (b), the first being a right to move and to reside in any province; the second being the right of a permanent resident to work in any province unrestricted by any law of that province which, in effect, is directed to restricting the right of the permanent resident to do so.

3. The third approach to the reading of para. 2(b) is to separate the two paras. (a) and (b) as though the conjunction “and” were absent but to read (b) as requiring a mobility aspect. Paragraph (b) would then assure to the permanent resident the right to work “in any province” whether or not he has exercised the right under (a) to move to and to take up residence “in any province”. It may be said that such a reading separates but does not divorce the two clauses one from the other or from the balance of the

prêter le par. 6(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* adoptée dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, et maintenant comprise dans les *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*.

1. La conjonction «and» qui se trouve entre les al. a) et b) du texte anglais (mais non dans le texte français) et la rubrique «Liberté de circulation et d'établissement» qui précède tout l'art. 6 permettent d'interpréter le paragraphe comme si les mots «et alors» étaient sous-entendus entre les deux alinéas, de sorte que les al. a) et b) se liraient de la façon suivante:

Tout citoyen . . . et . . . résident permanent ont le droit

a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province; [et alors]

b) de gagner leur vie dans toute province.

2. On peut interpréter séparément les deux alinéas du par. (2) en escamotant la conjonction «and» entre les al. a) et b) du texte anglais, en n'accordant aucune valeur interprétative à la rubrique «Liberté de circulation et d'établissement» et en tenant compte de la présence du par. (4) qui peut indiquer que «circulation et établissement» ne sont pas des éléments nécessaires de chacune des parties de l'art. 6. On peut dire qu'une telle interprétation emporte la reconnaissance de deux droits distincts dans les al. a) et b), le premier étant celui de se déplacer dans tout le pays et de résider dans toute province, le second étant celui, pour un résident permanent, de travailler dans toute province sans être astreint à aucune loi de la province qui, en réalité, vise à restreindre le droit d'un résident permanent d'y travailler.

3. La troisième interprétation de l'al. (2)b) consiste à séparer les deux al. a) et b) comme si la conjonction «and» du texte anglais n'existait pas, mais à interpréter l'al. b) comme s'il comportait un élément de «circulation et d'établissement» obligatoire. L'alinéa b) garantirait alors à un résident permanent le droit de travailler «dans toute province», qu'il ait ou non exercé le droit prévu à l'al. a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir sa résidence «dans toute province». On peut dire qu'une telle interprétation a pour effet de séparer les deux alinéas, mais non de les

section. This is the view advanced by Mr. MacPherson on behalf of the Attorney General for Saskatchewan. The clause would cover the additional circumstances of transborder commuting to perform work in the province adjoining the province of residence whether or not the permanent resident has previously or subsequently moved to the second province for the purpose of undertaking or continuing to undertake the work in question.

A great deal of argument was devoted to the use of headings as an aid to interpretation of substantive sections of the *Charter*. Like many provisions in Part I of the *Constitution Act, 1982*, s. 6 is preceded by a heading "Mobility Rights". Twelve such headings in fact appear in Part I which itself is headed "*Canadian Charter of Rights and Freedoms*". Apart from headings or titles to the Part itself, the other six parts of the Constitution have no headings of the character found in Part I, except Part VI which introduces an amendment to the *Constitution Act, 1867*, but which has no headings comparable to those found in Part I. These headings in Part I appear to be integral to the *Charter* provisions and hence of more significance than the marginal notes and chapter headings sometimes appearing in the statutes. Occasionally the headings appearing in Part I relate to a single section, as is the case in s. 6. Sometimes the headings are much less confined both by reason of the words employed in the heading itself and because several sections appear under the heading. Such is the case with the heading "Legal Rights" which is followed by eight sections. The heading is by itself general rather than specific. Neither the federal nor provincial *Interpretation Acts* have any application to the *Charter*. The provincial Act (R.S.O. 1980, c. 219, s. 9) declares that headings form no part of a statute but are included for convenience only. The federal Act makes no reference to headings but only to marginal notes, which are said to be inserted for convenience only, and to preambles, which are "intended to assist in explaining its purport and object" (R.S.C. 1970, c. I-23, ss. 12 and 13). It is interesting to note that the federal *Interpretation*

dissocier l'un de l'autre ou du reste de l'article. C'est là le point de vue proposé par M<sup>e</sup> MacPherson pour le compte du procureur général de la Saskatchewan. La disposition viserait de plus le cas de ceux qui traversent la frontière pour travailler dans la province voisine de leur province de résidence, que le résident permanent ait ou non emménagé, antérieurement ou par la suite, dans la seconde province pour commencer à y travailler ou continuer de le faire.

Une bonne partie de l'argumentation a porté sur l'utilisation des rubriques comme moyen d'interprétation des articles mêmes de la *Charte*. Comme plusieurs dispositions de la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'art. 6 est précédé d'une rubrique, savoir «Liberté de circulation et d'établissement». Il y a en réalité douze de ces rubriques dans la partie I qui est elle-même intitulée «*Charte canadienne des droits et libertés*». Sauf pour les rubriques ou titres de cette partie même, les six autres parties de la Constitution n'ont pas de rubriques semblables à celles de la partie I, sauf la partie VI qui annonce une modification de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais qui ne comporte aucune rubrique comparable à celles qu'on trouve dans la partie I. Ces rubriques qui figurent dans la partie I semblent faire partie intégrante des dispositions de la *Charte* et, en conséquence, être plus importantes que les notes marginales et les titres de chapitre qu'on trouve parfois dans les lois. Dans certains cas, les rubriques de la partie I ont trait à un seul article, comme c'est le cas pour l'art. 6. D'autre fois, les rubriques sont beaucoup moins restreintes en raison des mots qui y sont employés et du nombre d'articles auxquels elles s'appliquent. C'est le cas de la rubrique «Garanties juridiques» qui est suivie de huit articles. En soi, la rubrique est plutôt générale. Ni la *Loi d'interprétation fédérale* ni les lois d'interprétation provinciales ne s'appliquent à la *Charte*. La loi provinciale (R.S.O. 1980, chap. 219, art. 9) édicte que les rubriques ne font pas partie d'une loi, mais ne sont là que pour faciliter la consultation. La loi fédérale ne mentionne pas les rubriques, mais seulement les notes marginales qui, précise-t-elle, ont été insérées pour la seule commodité de la consultation, et les préambules qui servent «à en expliquer la portée et l'objet» (S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 12 et 13). Il

*Act* itself contains headings for individual and groups of sections.

The courts have considered the role of statutory headlines but without producing anything like a clear guideline for their use in the interpretation of statutes. This Court in *Attorney-General of Canada v. Jackson*, [1946] S.C.R. 489, was required to construe a section of the statute which was found in a group of sections under a heading. Kellock J., concurring with the majority in the result but speaking only for himself, said at pp. 495-96, with reference to statute headings:

Where the language of a section is ambiguous, the title and the headings of the statute in which it is found may be resorted to to restrain or extend its meaning as best suits the intention of the statute, but neither the title nor the headings may be used to control the meaning of enacting words in themselves clear and unambiguous: *The "Cairnbahn"*, [1914] P. 25, at 30 and 38; *Fletcher v. Birkenhead Corporation*, [1907] 1 K.B. 205, at 214 and 218.

Rand J., for himself and three other members of the Court, disregarded the presence of the heading in the *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1927, c. 34, as amended by 1943-44 (Can.), c. 25. The provision in question was introduced by an amending statute in which no such heading appeared, the heading having been inserted at the time of the enactment of the statute in the first instance. The trial court had proceeded on the basis that the group of sections which included the critical section was governed by the heading. Mr. Justice Rand stated at p. 491:

As to the second, it may be remarked that the amendment is embodied in an Act which contains nothing to indicate inclusion within the fasciculus mentioned; one could just as easily place it under the heading which immediately precedes s. 51 of the *Exchequer Court Act*, "Effect of payment on judgment". Its matter is foreign to rules for computing damages and its terms and purposes are clear. It might have been enacted as a separate statute and in that case it could hardly be contended that its wide provision did not apply to such a proceeding as the present: and I see no difference in the form which has been given to it.

est intéressant de souligner que la *Loi d'interprétation* fédérale comporte elle-même des rubriques pour un article et pour des groupes d'articles.

Les tribunaux ont examiné le rôle des rubriques dans les lois sans arriver à quelque chose qui ressemblerait à une règle claire quant à leur utilisation dans l'interprétation des lois. Dans l'arrêt *Attorney-General of Canada v. Jackson*, [1946] R.C.S. 489, cette Cour a dû interpréter un article d'une loi, lequel faisait partie d'un groupe d'articles précédé d'une rubrique. Aux pages 495 et 496, le juge Kellock, qui a souscrit à l'avis de la majorité quant à l'issue mais a rédigé des motifs distincts, affirme ceci au sujet des rubriques d'une loi:

[TRADUCTION] Lorsque le texte d'un article est ambigu, on peut avoir recours au titre et aux rubriques de la loi où l'article se trouve pour en restreindre ou en étendre le sens selon ce qui correspond le mieux à l'intention de la loi, mais ni le titre ni les rubriques ne peuvent servir à déterminer le sens de mots qui en soi sont clairs et précis: *The "Cairnbahn"*, [1914] P. 25, aux pp. 30 et 38; *Fletcher v. Birkenhead Corporation*, [1907] 1 K.B. 205, aux pp. 214 et 218.

Le juge Rand, aux motifs duquel trois autres juges de la Cour ont souscrit, n'a pas tenu compte de la présence d'une rubrique dans la *Loi de la cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1927, chap. 34, modifiée par 1943-44 (Can.), chap. 25. La disposition en cause avait été ajoutée par une loi modificatrice qui ne comportait pas une telle rubrique, celle-ci ayant été insérée au moment de l'adoption initiale de la Loi. Le tribunal de première instance avait tenu pour acquis que le groupe d'articles dont l'article en cause faisait partie était régi par la rubrique. Le juge Rand affirme, à la p. 491:

[TRADUCTION] Quant à la deuxième question, on peut noter que la modification est contenue dans une loi qui n'indique aucunement qu'il faut l'inclure dans le groupe mentionné; on pourrait tout aussi bien la placer sous la rubrique qui précède immédiatement l'art. 51 de la *Loi de la cour de l'Échiquier*, «Effet du paiement ou du jugement». Son contenu n'a rien à voir avec les règles applicables au calcul des dommages-intérêts et ses termes et son objet sont clairs. Elle aurait pu faire l'objet d'une loi distincte et, dans ce cas, on pourrait difficilement prétendre que ses termes généraux ne s'appliquent pas à une procédure comme celle de l'espèce; je ne vois pas de différence dans la forme qu'on lui a donnée.

In *Construction of Statutes* (2nd ed.), E.A. Driedger, Q.C., the learned author, at p. 141, makes reference to the *Jackson* case, *supra*, as one where the Court "refused to limit the scope or ambit of a section merely because it was included in a group of sections under a heading". The *Jackson* case, in my view, is authority for nothing more than the proposition that, where the measure in question was not enacted subject to a heading, and is simply inserted in a statute under a pre-existing heading, it should not necessarily be construed with reference to that heading.

There are other instances in this Court where references to headings and statutes are made, but no conclusion was drawn in any of these authorities as to the principle of construction applicable to statutory headings. See: *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681, *per* Fauteux J., as he then was, at p. 693, and Ritchie J. at p. 708; and *Johnson v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 160, *per* Ritchie J. at p. 172 and Spence J. at pp. 180-81. The President of the Exchequer Court, Thorson P., in *Connell v. Minister of National Revenue*, [1946] Ex.C.R. 562, at pp. 565-66, reached the same conclusion as Kellock J. in *Jackson, supra*, namely that, before resort may be had to a heading in a statute, there must be found to exist some ambiguity in the section purported to be governed by the heading.

The courts of the United Kingdom have produced little more than the Canadian courts by way of a canon of construction applicable to statute headings. In *Eastern Counties Railway v. Marriage* (1860), 9 H.L.Cas. 31, at p. 41, Channell B. stated:

These various headings are not to be treated as if they were marginal notes, or were introduced into the Act merely for the purpose of classifying the enactments. They constitute an important part of the Act itself. They may be read, I think, not only as explaining the sections which immediately follow them, as a preamble to a statute may be looked to, to explain its enactments, but as affording, as it appears to me, a better key to the constructions of the sections which follow than might be afforded by a mere preamble.

À la page 141 de son ouvrage *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd.), E.A. Driedger, c.r., mentionne l'arrêt *Jackson* précité comme étant un cas où la Cour [TRADUCTION] «a refusé de restreindre la portée d'un article simplement parce qu'il se trouvait dans un groupe d'articles précédé d'une rubrique». À mon avis, l'arrêt *Jackson* ne fait qu'affirmer que si la mesure en question n'a pas été adoptée sous une rubrique et qu'elle est simplement ajoutée dans une loi sous une rubrique préexistante, il ne faut pas nécessairement l'interpréter en fonction de cette rubrique.

Cette Cour a mentionné à d'autres occasions les rubriques dans les lois, mais dans aucun de ces arrêts elle n'a tiré de conclusion quant au principe d'interprétation applicable aux rubriques des lois. Voir: *Brodie v. The Queen*, [1962] R.C.S. 681, le juge Fauteux, alors juge puîné, à la p. 693 et le juge Ritchie à la p. 708; *Johnson c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 160, le juge Ritchie à la p. 172 et le juge Spence aux pp. 180 et 181. Dans *Connell v. Minister of National Revenue*, [1946] R.C. de l'É. 562, aux pp. 565 et 566, le président Thorson de la Cour de l'Échiquier est arrivé à la même conclusion que le juge Kellock dans l'arrêt *Jackson*, précité, savoir qu'avant de pouvoir recourir à une rubrique dans une loi il faut pouvoir conclure qu'il y a une ambiguïté dans l'article qui est censé être régi par cette rubrique.

Les tribunaux du Royaume-Uni n'ont pas fait beaucoup plus que les tribunaux canadiens quant à l'établissement d'une règle d'interprétation applicable aux rubriques des lois. Dans l'arrêt *Eastern Counties Railway v. Marriage* (1860), 9 H.L.Cas. 31, à la p. 41, le baron Channell dit:

[TRADUCTION] Ces différentes rubriques ne doivent pas être traitées comme s'il s'agissait de notes marginales ou comme si elles avaient été insérées dans la Loi dans le seul but de classer les dispositions. Elles constituent une partie importante de la Loi elle-même. Il faut y voir, je crois, non seulement une explication des articles qui les suivent immédiatement, tout comme on peut se référer au préambule d'une loi pour expliquer ses dispositions, mais, selon moi, un meilleur moyen d'interprétation des articles qui les suivent que celui qu'offre un simple préambule.

The Court of Appeal below refers to *Director of Public Prosecutions v. Schildkamp*, [1971] A.C. 1, where one member of the Court, Lord Upjohn, in deciding that the use to be made of such headings must depend upon the circumstances of each case, stated at p. 28:

In my opinion, it is wrong to confine their role to the resolution of ambiguities in the body of the statute.

When the court construing the statute is reading it through to understand it, it must read the cross-headings as well as the body of the statute and that will always be a useful pointer as to the intention of Parliament in enacting the immediately following sections. Whether the cross-heading is no more than a pointer or label or is helpful in assisting to construe, or even in some cases to control, the meaning or ambit of those sections must necessarily depend on the circumstances of each case, and I do not think it is possible to lay down any rules.

His Lordship concluded that: "Reference to the cross-headings resolves that doubt at once". Later in his reasons, His Lordship equates a heading in some respects to a punctuation mark. Lord Reid, on the other hand, observes at p. 10 that:

Taking a strict view, one can say that these [cross-headings] should be disregarded because they are not the product of anything done in Parliament.

His Lordship points out that headings are never amended and, indeed, are altered by officials of Parliament in conjunction with the statutory draftsman. However, he concludes at p. 10:

So, if the authorities are equivocal and one is free to deal with the whole matter, I would not object to taking all these matters into account, provided that we realise that they cannot have equal weight with the words of the Act. Punctuation can be of some assistance in construction. A cross-heading ought to indicate the scope of the sections which follow it but there is always a possibility that the scope of one of these sections may have been widened by amendment.

Lord Hodson observed, at p. 12:

The construction of the relevant section ought not to be governed ultimately by considerations of cross-headings, even though some attention may be paid to them.

En l'espèce, la Cour d'appel a mentionné l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Schildkamp*, [1971] A.C. 1, où en décidant que l'utilisation que l'on doit faire de ces rubriques doit dépendre des circonstances de chaque cas, l'un des membres de la cour, savoir lord Upjohn, a affirmé, à la p. 28:

[TRADUCTION] À mon avis, on a tort de limiter leur rôle à la solution des ambiguïtés du texte de la loi.

Lorsque la cour qui interprète la loi la lit en entier pour la comprendre, elle doit lire les rubriques aussi bien que le texte de la loi car elles constituent toujours une indication de l'intention que le Parlement avait en adoptant les articles qui les suivent immédiatement. La question de savoir si les rubriques ne sont rien de plus qu'une indication ou une étiquette ou si elles peuvent être utiles pour interpréter ces articles ou même en déterminer le sens ou la portée dépend nécessairement des circonstances de chaque cas, et je ne crois pas qu'il soit possible d'énoncer une règle quelconque.

Sa Seigneurie a conclu que [TRADUCTION] «Le recours aux rubriques permet de dissiper ce doute immédiatement». Plus loin dans ses motifs, Sa Seigneurie compare, à certains égards, une rubrique à un signe de ponctuation. D'autre part, lord Reid fait remarquer, à la p. 10:

[TRADUCTION] De façon stricte, on peut dire qu'il ne faut pas tenir compte de ces [rubriques] puisqu'elles ne proviennent aucunement des délibérations du Parlement.

Sa Seigneurie souligne que les rubriques ne font jamais l'objet d'une modification et qu'en réalité, elles sont changées par les fonctionnaires du Parlement de concert avec les rédacteurs des lois. Il conclut cependant, à la p. 10:

[TRADUCTION] Donc, si la jurisprudence est ambiguë et s'il est possible de trancher la question dans un sens ou dans l'autre, je ne vois pas de mal à tenir compte de toutes ces choses à condition d'être conscient qu'elles ne peuvent avoir la même valeur que les termes mêmes de la Loi. La ponctuation peut faciliter jusqu'à un certain point l'interprétation. Une rubrique doit indiquer la portée des articles qui la suivent, mais il y a toujours une possibilité que la portée de l'un de ces articles ait été élargie par voie de modification.

Lord Hodson fait observer, à la p. 12:

[TRADUCTION] L'interprétation de l'article pertinent ne devrait pas dépendre en définitive de la prise en considération des rubriques même si l'on peut en tenir compte jusqu'à un certain point.

He then continued, at pp. 12-13:

I have not entered more fully into the subject of cross-headings upon which various and conflicting opinions have been expressed from time to time since the question does not arise for consideration on this appeal. I am impressed by the consideration that they are not part of the enacted words in a piece of legislation but are added by the officers of the House of Parliament before they reach the form embodied in the King's Printer's copy. I would not, therefore, give them a controlling effect.

Lord Guest, on the other hand, disregarded the whole issue of cross-headings because the statute on its original enactment contained no cross-headings, and the case before the Court fell to be decided upon the law as it stood then and not under the statute which included the cross-headings. Viscount Dilhorne concluded at p. 20 that, while one is entitled to look at cross-headings:

... the weight to be attached to them is, in my opinion, very slight and less than that which should be given to a preamble.

They are not meant to control the operation of the enacting words and it would be wrong to permit them to do so.

*Schildkamp, supra*, was reviewed by Talbot J. in *Lloyds Bank Ltd. v. Secretary of State for Employment*, [1979] 2 All E.R. 573, wherein he concluded at p. 577:

It would seem therefore that it is permissible to look at the cross-heading and to take it into account in considering the words of the enactment that it governs, although care must be taken not to attach more weight to it than to the words of the section, and it should not be a controlling factor in the construction of the section.

The Court in *Schildkamp, supra*, was clearly influenced by the fact that in the Parliament of the United Kingdom headings are added, in the same way as marginal notes, by the staff of Parliament, presumably including draftsmen and printers, and are not the subject of debate in the Houses of Parliament. Consequently, headings are not necessarily before members of Parliament when approval of the bill is given. We have no such problem here. At the time of the resolution adopted by the

Il poursuit, aux pp. 12 et 13:

[TRADUCTION] Je n'ai pas analysé plus avant la question des rubriques à propos de laquelle on a, à l'occasion, exprimé des avis contradictoires puisque la question ne se pose pas dans le présent appel. Je suis frappé par le fait qu'elles ne font pas partie du texte adopté dans une loi, mais sont ajoutées par les fonctionnaires du Parlement avant de prendre la forme qu'elles ont dans le texte de l'imprimeur du Roi. Je ne leur prêterai donc pas un effet déterminant.

D'autre part, lord Guest a ignoré complètement la question des rubriques parce que le texte de la loi, dans sa version originale, n'en comportait aucune et que l'affaire soumise à la cour devait être tranchée selon le texte de loi qui existait à l'époque et non selon la loi qui comportait les rubriques. Le vicomte Dilhorne a conclu, à la p. 20, que bien qu'on ait le droit de prendre connaissance des rubriques:

[TRADUCTION] ... l'importance qu'on doit leur accorder est, à mon avis, très faible et moindre que celle qu'on doit accorder à un préambule.

Elles ne visent pas à déterminer la portée des termes de la Loi et ce serait une erreur de les laisser le faire.

Dans *Lloyds Bank Ltd. v. Secretary of State for Employment*, [1979] 2 All E.R. 573, le juge Talbot a analysé l'arrêt *Schildkamp*, précité, et il a conclu, à la p. 577:

[TRADUCTION] Il semblerait donc qu'il est permis de prendre connaissance d'une rubrique et d'en tenir compte pour analyser le texte de la loi qu'elle régit, quoiqu'il faille prendre garde de ne pas lui accorder plus d'importance qu'au texte même de l'article et ne pas en faire un facteur déterminant dans l'interprétation de l'article.

Dans l'arrêt *Schildkamp*, précité, la cour a nettement été influencée par le fait qu'au Parlement du Royaume-Uni les rubriques sont ajoutées, de la même manière que les notes marginales, par le personnel du Parlement, y compris probablement les rédacteurs et les imprimeurs, et qu'elles ne font pas l'objet de débats dans les Chambres du Parlement. En conséquence, les députés n'ont pas nécessairement connaissance des rubriques au moment de l'approbation d'un projet de loi. Nous n'avons



Canadian Parliament, and again when the Act was enacted in the United Kingdom Parliament, the *Charter of Rights* included the heading "Mobility Rights" over s. 6.

The United States Supreme Court considered the relevance of headings in the construction of a statute in *Brotherhood of Railroad Trainmen v. Baltimore & O.R. Co.*, 67 S.Ct. 1387 (1947). In that case, the statute in question included a heading which indicated a rather limited procedural application for the provision before the Court. As in the case of *Jackson, supra*, however, a crucial subsection was added to the statute sometime after the statute was adopted with the heading in question already in it. At the time of the initial adoption, the section had only five subparagraphs. In its condition before the Court in the *Brotherhood* case, there were twelve subparagraphs, and the critical one, number 11, bore no relationship to the initial five. The former referred to procedure before the Interstate Commerce Commission, and the latter contemplated proceedings at large. Furthermore, the Committee of Congress, in processing the bill, recognized that certain of the additional provisions of the section dealt with "something more than might be indicated by the [original] heading". The Court disregarded the heading in interpreting the section and subsection in question. Murphy J., writing the opinion for the Court, stated at p. 1392:

Where the text is complicated and prolific, headings and titles can do no more than indicate the provisions in a most general manner; . . . Factors of this type have led to the wise rule that the title of a statute and the heading of a section cannot limit the plain meaning of the text.

The author Driedger, in his text, *supra*, concludes at p. 138:

Headings, like marginal notes, are also included in the body of a statute but are not a grammatical part of the enacted words. However, they have a higher status than marginal notes.

pas ce problème en l'espèce. Au moment de l'adoption de la résolution par le Parlement canadien et de l'adoption de la Loi par le Parlement du Royaume-Uni, la *Charte des droits* comportait la <sup>a</sup> rubrique «Liberté de circulation et d'établissement» au dessus de l'art. 6.

La Cour suprême des États-Unis a étudié la pertinence des rubriques dans l'interprétation d'une loi dans l'arrêt *Brotherhood of Railroad Trainmen v. Baltimore & O.R. Co.*, 67 S.Ct. 1387 (1947). Dans cette affaire, la loi en cause comportait une rubrique qui annonçait une application plutôt limitée, sur le plan de la procédure, de la disposition soumise à la cour. Toutefois, comme dans l'affaire *Jackson*, précitée, on avait ajouté un paragraphe capital quelque temps après l'adoption de la loi qui comportait déjà la rubrique en cause. <sup>b</sup> Au moment de l'adoption initiale de la loi, l'article ne comportait que cinq paragraphes. Tel qu'il se présentait au moment où l'affaire *Brotherhood* a été soumise à la cour, l'article comportait douze paragraphes et le paragraphe en cause, qui portait <sup>c</sup> le numéro 11, n'avait aucun rapport avec les cinq paragraphes initiaux. Les premiers portaient sur la procédure à suivre devant l'Interstate Commerce Commission et le dernier visait les procédures en général. De plus le comité du Congrès a reconnu, en examinant le projet de loi, que certaines des dispositions additionnelles de l'article portaient sur <sup>d</sup> [TRADUCTION] «quelque chose de plus que ce qui était annoncé par la rubrique [originale]». La cour n'a pas tenu compte de la rubrique en interprétant <sup>e</sup> l'article et le paragraphe en cause. Le juge Murphy, qui a rédigé les motifs de la cour, affirme, à la p. 1392:

[TRADUCTION] Lorsque le texte est complexe et prolix, les rubriques et les titres peuvent simplement servir à annoncer les dispositions de façon très générale; . . . Les facteurs de ce genre ont amené la règle de prudence que le titre d'une loi et la rubrique d'un article ne peuvent restreindre le sens ordinaire du texte.

<sup>i</sup> M. Driedger, dans son ouvrage précité, conclut, à la p. 138:

[TRADUCTION] Les rubriques, tout comme les notes marginales, sont également ajoutées au texte d'une loi, mais elles ne font pas grammaticalement partie du texte adopté. Elles ont cependant plus d'importance que les notes marginales.

The author goes on to conclude, at p. 147:

If, however, the object of the statute cannot be clearly deduced from its terms, then this "minor evidence" becomes more important and may provide sufficient evidence to tip the balance. It is submitted here that it is not correct to say that non-literary context may be considered only if there is doubt about the meaning of words; it is more realistic to say that if the enacting words do not clearly show the object of the statute, then it is permissible to look at the non-literary context in order to find the object.

The question of the role of the heading in the interpretation of statutes appears to be open. The same must, of course, be true where the Court is engaged in the analysis of a constitutional provision. Here we have a charter of individual rights incorporated in the broader expanse of the Constitution. The *Charter*, from its first introduction into the constitutional process, included many headings including the heading now in question. "Mobility Rights" precedes but a single section with only four subparagraphs. It is quite unlike the section under consideration by the United States Court in *Brotherhood, supra*. It may have been intended by the various adopting authorities that such a document would be required to be read and interpreted by the populace generally, and not just by those engaged in the law. It may be that headings were adapted to make for easy reference to a very important document consisting of thirty-four separate provisions, most of which are of independent significance. It can be safely concluded that the *Charter of Rights* will be read by more members of the Canadian community than any other part of the *Constitution Acts, 1867 to 1982*. It is clear that these headings were systematically and deliberately included as an integral part of the *Charter* for whatever purpose. At the very minimum, the Court must take them into consideration when engaged in the process of discerning the meaning and application of the provisions of the *Charter*. The extent of the influence of a heading in this process will depend upon many factors including (but the list is not intended to be all-embracing) the degree of difficulty by reason of ambiguity or obscurity in construing the section; the length and complexity of the provision; the apparent homogeneity of the provision appearing under the

L'auteur conclut plus loin, à la p. 147:

[TRADUCTION] Si toutefois le texte de la loi ne permet pas d'en extraire clairement l'objet, alors cette «preuve moindre» acquiert plus d'importance et peut avoir suffisamment de poids pour faire pencher la balance. On prétend ici qu'il est incorrect d'affirmer qu'on ne peut avoir recours au contexte non immédiat que s'il existe un doute sur le sens des mots; il est plus exact de dire que si les mots de la loi ne manifestent pas clairement son objet, il est alors permis de faire appel au contexte non immédiat pour en trouver l'objet.

La question du rôle de la rubrique dans l'interprétation des lois paraît non résolue. La même situation prévaut, cela va de soi, lorsque la Cour doit procéder à l'analyse d'une disposition constitutionnelle. Nous sommes en présence d'une charte des droits de la personne enchâssée dans l'ensemble plus vaste qu'est la Constitution. Dès sa première apparition dans le processus constitutionnel, la *Charte* comportait plusieurs rubriques dont celle en l'espèce. La rubrique «Liberté de circulation et d'établissement» précède un seul article subdivisé en quatre paragraphes. Cela est tout à fait différent de l'article étudié par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Brotherhood*, précité. Les différents législateurs peuvent bien avoir voulu qu'un tel document soit lu et interprété par le public en général, et non seulement par les juristes. Il se peut que les rubriques aient été choisies pour faciliter les renvois à un document très important qui comporte trente-quatre dispositions distinctes qui, pour la plupart, ont leur propre importance. On peut, sans crainte de se tromper, conclure que la *Charte des droits* sera lue par plus de membres de la société canadienne que toute autre partie des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*. Il est manifeste que, quel qu'en soit le but, ces rubriques ont été ajoutées de façon systématique et délibérée de manière à faire partie intégrante de la *Charte*. La Cour doit, à tout le moins, en tenir compte pour déterminer le sens et l'application des dispositions de la *Charte*. L'influence qu'aura une rubrique sur ce processus dépendra de plusieurs facteurs dont (sans que cette énumération se veuille exhaustive) la difficulté d'interpréter l'article à cause de son ambiguïté ou de son obscurité, la longueur et la complexité de la disposition, l'homogénéité apparente de la disposition qui suit la rubrique, l'emploi

heading; the use of generic terminology in the heading; the presence or absence of a system of headings which appear to segregate the component elements of the *Charter*; and the relationship of the terminology employed in the heading to the substance of the headlined provision. Heterogeneous rights will be less likely shepherded by a heading than a homogeneous group of rights.

At a minimum the heading must be examined and some attempt made to discern the intent of the makers of the document from the language of the heading. It is at best one step in the constitutional interpretation process. It is difficult to foresee a situation where the heading will be of controlling importance. It is, on the other hand, almost as difficult to contemplate a situation where the heading could be cursorily rejected although, in some situations, such as in the case of "Legal Rights" which in the *Charter* is at the head of eight disparate sections, the heading will likely be seen as being only an announcement of the obvious.

For the purpose of examining the meaning of the two paragraphs of s. 6(2), I conclude that an attempt must be made to bring about a reconciliation of the heading with the section introduced by it. If, however, it becomes apparent that the section when read as a whole is clear and without ambiguity, the heading will not operate to change that clear and unambiguous meaning. Even in that midway position, a court should not, by the adoption of a technical rule of construction, shut itself off from whatever small assistance might be gathered from an examination of the heading as part of the entire constitutional document. This general approach I take to be consonant with the thinking expressed in the Canadian, British and United States authorities and texts discussed above.

I return, therefore, to the words of the section itself. "Mobility Rights" has a common meaning until one attempts to seek its outer limits. In a constitutional document relating to personal rights and freedoms, the expression "Mobility Rights" must mean rights of the person to move about, within and outside the national boundaries. Subsection (1), for example, refers to a citizen's right to leave and return to Canada. Subsection 3(a)

de termes génériques dans la rubrique, la présence ou l'absence d'un ensemble de rubriques qui semblent séparer les divers éléments de la *Charte* et le rapport qui existe entre la terminologie employée dans la rubrique et le contenu de la disposition qui la suit. Des droits disparates paraîtront moins bien regroupés par une rubrique qu'un ensemble de droits homogène.

Il faut à tout le moins examiner la rubrique et, à partir de son texte, tenter de discerner l'intention des rédacteurs du document. Cela constitue tout au plus une étape dans le processus d'interprétation constitutionnelle. Il est difficile de prévoir une situation où la rubrique aura une importance déterminante. D'autre part, il est presque aussi difficile de concevoir une situation où l'on pourrait écarter rapidement la rubrique même si, dans certains cas, comme celui de la rubrique «Garanties juridiques» qui, dans la *Charte*, est suivie de huit articles disparates, on considèrera vraisemblablement la rubrique comme une simple annonce de l'évidence même.

Pour les fins de l'analyse du sens des deux alinéas du par. 6(2), je conclus qu'il faut tenter de concilier la rubrique avec l'article qu'elle précède. Si toutefois il devient évident que, dans l'ensemble, l'article est clair et ne comporte pas d'ambiguïté, la rubrique n'aura pas pour effet de modifier ce sens clair et précis. Même dans cette situation intermédiaire, une cour ne doit pas, en adoptant une règle formaliste d'interprétation, se priver de l'avantage qu'elle peut tirer, si mince soit-il, de l'analyse de la rubrique en tant que partie de l'ensemble du document constitutionnel. J'adopte cette attitude générale que j'estime conforme à l'avis exprimé dans la jurisprudence et la doctrine canadiennes, britanniques et américaines examinées plus haut.

Je reviens donc aux mots de l'article lui-même. «Liberté de circulation et d'établissement» a un sens ordinaire jusqu'à ce qu'on tente de le délimiter. Dans un texte constitutionnel relatif aux droits et libertés de la personne, l'expression «Liberté de circulation et d'établissement» doit s'entendre des droits d'une personne de se déplacer à l'intérieur et à l'extérieur des frontières nationales. Le paragraphe (1) mentionne, par exemple, le droit d'un

makes reference to the exclusion of provincial laws which discriminate between persons on the basis of past or present provincial residence; and para. (b) of subs. (3) permits the application of provincial laws which impose reasonable residency qualifications for the receipt of social services. Subsection (4) either relates to mobility of people within the country or it simply clarifies subs. (3) which does relate to mobility and subs. (2) whose relationship to mobility we must determine. Thus subs. (4) is neutral as regards the clarification of subs. (2) by reason of the presence of the heading "Mobility Rights".

I return to subs. (2) itself. Paragraph (a) is pure mobility. It speaks of moving to any province and of residing in any province. If (b) is caught up with (a), it is likewise a mobility provision. If it is separate when properly construed, then it may, as the respondent urges, be a "right to work" clause without reference to movement as a prerequisite or otherwise. The presence of the conjunction "and" in the English version is not sufficient, in my view, to link (a) to (b) so as to create a single right. Conversely, the absence of the conjunctive link in the French language version is not sufficient to separate the two clauses completely. In the first alternative interpretation, *supra*, if only one right is created by subs. (2), then a division into paras. (a) and (b) is superfluous. Moreover, this suggested interpretation of s. 6(2) is inconsistent with s. 6(3) which subjects the "rights specified in subsection (2)" to certain limitations. (Emphasis added.)

In the second alternative meaning, *supra*, the complete isolation of the two paras. (a) and (b), which is necessary to create a free standing "right to work" provision out of para. (b), fails to account for the presence of the phrase "in any province" in para. (b). That clause, subject to one further consideration, would announce such a right if these words were omitted. Such a reading out of the

citoyen d'entrer au Canada et d'en sortir. L'alinéa (3)a parle de l'exclusion des lois provinciales qui établissent des distinctions entre les personnes fondées sur la province de résidence antérieure ou actuelle et l'al. (3)b permet l'application des lois provinciales qui imposent de justes conditions de résidence en vue de l'obtention des services sociaux. Le paragraphe (4) a trait à la liberté des personnes de se déplacer et de s'établir à l'intérieur du pays, ou il clarifie simplement le par. (3) qui, lui, a trait à la liberté de se déplacer et de s'établir et le par. (2) dont le rapport avec cette liberté reste à déterminer. Donc le paragraphe (4) est neutre pour ce qui est de clarifier le par. (2) à cause de la présence de la rubrique «Liberté de circulation et d'établissement».

Je reviens au par. (2) lui-même. L'alinéa a) a vraiment trait à la liberté de circulation et d'établissement. Il parle de se déplacer dans tout le pays et d'établir sa résidence dans toute province. Si l'al. b) est lié à l'al. a), il constitue lui aussi une disposition relative à la liberté de circulation et d'établissement. Si, selon une interprétation correcte, il en est distinct, il peut constituer, comme l'intimé le soutient, une clause de «droit au travail» sans qu'il soit question de déplacement comme condition préalable ou autre. La présence de la conjonction «and» dans le texte anglais ne suffit pas, à mon sens, à relier l'al. a) à l'al. b) de manière à créer un seul droit. Inversement, l'absence de conjonction dans le texte français ne suffit pas à séparer les deux alinéas complètement. Selon la première interprétation susmentionnée, si le par. (2) crée un seul droit, alors la division en al. a) et b) est superflue. De plus, cette façon d'interpréter le par. 6(2) est incompatible avec le par. 6(3) qui assujettit les «droits mentionnés au paragraphe (2)» à certaines restrictions. (C'est moi qui souligne.)

Suivant l'autre interprétation mentionnée ci-dessus, la séparation totale des al. a) et b), à laquelle il faut procéder pour extraire de l'al. b) une clause distincte de «droit au travail», ne tient pas compte de la présence de l'expression «dans toute province» à l'al. b). Sous réserve d'une autre considération, cet alinéa créerait un tel droit si cette expression ne s'y trouvait pas. Interpréter l'al. b) comme si

phrase "in any province" from para. (b) creates a result verging on the absurd. Paragraph (b) would, alone amongst its neighbours, be out of context under the heading "Mobility Rights". While that heading is not of controlling interest and importance, it nonetheless must have a taint of relevancy. Perhaps its relevance is limited to the elimination of a meaning which, in a range of two possible interpretations, is out of sympathy with the clear meaning of the heading itself. In the interpretative result urged by the respondent, para. (b) would be a provision of singular impact and one most unlikely to be inserted as a subparagraph to a provision dealing with the movement of people. Furthermore, it would simply proclaim the historic and the obvious in the case of a Canadian citizen, and would result in the constitutional freezing of the classification of "permanent resident" which was only recently introduced into the federal immigration statute. If para. (b) were reduced by the deletion of the phrase "in any province", then the citizen or permanent resident would not have a clear and unambiguous right to commute across a provincial boundary to engage in regular work. It should be noted that the qualifying words "in any province" are not employed elsewhere in the *Charter*, and should not be lightly discarded from s. 6(2). No such limiting circumstance occurs, for example, in s. 2(d), or in s. 8.

It is reasonable to conclude, therefore, that s. 6(2)(b) should not be read in isolation from the nature and character of the rights granted in subs. (1) and subs. (2)(a). Indeed, the repeated appearance of the expression "in any province" in each of the subprovisions of subs. (2) would appear to make relevant the heading "Mobility Rights". The phrase "in any province" would appear to be one more link between the heading and the rights granted in subs. (2) read as a whole. Nor should s. 6(2) be construed as a discrete section entirely separate from s. 6(3). As I have already mentioned, s. 6(3) refers to the "rights", plural, granted in s. 6(2) and provides an exception to the paramountcy of those rights. In my opinion, s. 6(3)(a) further evinces the intention to guarantee the opportunity to move freely within Canada unimpeded by laws that "discriminate . . . primari-

l'expression «dans toute province» ne s'y trouverait pas entraîne un résultat qui frôle l'absurde. L'alinéa b) serait, parmi ceux qui l'entourent, hors contexte sous la rubrique «Liberté de circulation et d'établissement». Bien que cette rubrique ne soit pas d'une importance déterminante, elle doit quand même avoir un minimum de pertinence. Sa pertinence se limite peut-être à écarter un sens qui, parmi deux interprétations possibles, ne concorde pas avec le sens clair de la rubrique elle-même. L'interprétation proposée par l'intimé ferait de l'al. b) une disposition qui aurait un effet particulier et serait fort peu susceptible d'être insérée comme alinéa d'une disposition qui a trait au déplacement des gens. En outre, il aurait simplement pour effet de proclamer un droit historique et évident dans le cas des citoyens canadiens et il entraînerait le gel constitutionnel de la catégorie de «résident permanent» qui n'est apparue que récemment dans la loi fédérale sur l'immigration. Si on retranchait de l'al. b) l'expression «dans toute province», le citoyen ou le résident permanent n'aurait pas un droit clair et précis de traverser une frontière provinciale pour exercer un emploi régulier. Il y a lieu d'observer que l'expression restrictive «dans toute province» ne revient nulle part ailleurs dans la *Charte* et qu'il ne faudrait pas la supprimer à la légère du par. 6(2). Cette condition limitative ne se retrouve pas, par exemple, à l'al. (2)d) ou à l'art. 8.

Il est donc raisonnable de conclure que l'al. 6(2)b) ne doit pas s'interpréter indépendamment de la nature des droits conférés au par. (1) et à l'al. (2)a). En réalité, la répétition de l'expression «dans toute province» dans chacun des alinéas du par. (2) semblerait justifier la rubrique «Liberté de circulation et d'établissement». L'expression «dans toute province» semblerait constituer un lien supplémentaire entre la rubrique et les droits accordés par le par. (2) dans son ensemble. Il ne faut pas non plus interpréter le par. 6(2) comme une disposition distincte, complètement séparée du par. 6(3). Comme je l'ai déjà mentionné, le par. 6(3) parle de «droits», au pluriel, accordés par le par. 6(2) et établit une exception à la prépondérance de ces droits. À mon avis, l'al. 6(3)a) démontre encore mieux l'intention de garantir la possibilité de se déplacer librement partout au Canada sans

ly on the basis of province of present or previous residence". The concluding words of s. 6(3)(a), just cited, buttress the conclusion that s. 6(2)(b) is directed towards "mobility rights", and was not intended to establish a free standing right to work. Reading s. 6(2)(b) in light of the exceptions set out in s. 6(3)(a) also explains why the words "in any province" are used: citizens and permanent residents have the right, under s. 6(2)(b), to earn a living in any province subject to the laws and practices of "general application" in that province which do not discriminate primarily on the basis of provincial residency.

There are many considerations which lead one to adopt the third interpretation of para. (b), *supra*. Paragraph (b) is thereby accorded a meaning consistent with the heading of s. 6. The transprovincial border commuter is accorded the right to work under (b) without the need of establishing residence in the province of employment in exercise of the right under para. (a). There is a separation of function and purpose between (a) and (b), and the need for separate clauses is demonstrated. The presence of s. 6(3)(a), already discussed, is another supporting consideration.

This interpretation finds some support in a judgment of Mr. Justice Arnup below where he says at p. 492:

It is a clause intended to prevent the erection by any province of barriers established to keep out persons from another province seeking to enter its work force as part of a provincial policy to establish or preserve a preference for its own residents. The permanent resident who goes to another province has a right to pursue the gaining of a livelihood there, whether that person is a lawyer or a class "A" mechanic . . . .

Shortly thereafter in his reasons, His Lordship stated:

In my view, the right is a right not to have provincial barriers thrown up against one who wants to work . . . . He is not faced with a provincial barrier preventing him,

être gêné par des lois qui «établissent [des] distinction[s] . . . fondée[s] principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle». Les derniers mots de l'al. 6(3)a, que je viens tout juste de citer, étayent la conclusion que l'al. 6(2)b vise la «liberté de circulation et d'établissement» et non pas à établir un droit distinct au travail. L'interprétation de l'al. 6(2)b en fonction des exceptions énoncées à l'al. 6(3)a permet également d'expliquer pourquoi les mots «dans toute province» sont utilisés: en vertu de l'al. 6(2)b, les citoyens et les résidents permanents ont le droit de gagner leur vie dans toute province, mais ce droit est subordonné aux lois et usages «d'application générale» dans cette province qui n'établissent aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence.

Plusieurs considérations militent en faveur de la troisième interprétation de l'al. b) précitée. Cette interprétation a pour effet de donner à l'al. b) un sens compatible avec la rubrique de l'art. 6. Celui qui traverse une frontière interprovinciale pour se rendre à son travail a, en vertu de l'al. b), le droit de travailler sans avoir à établir sa résidence dans la province où il travaille, en application du droit conféré par l'al. a). Il y a une distinction de rôle et d'objet entre les al. a) et b) et la nécessité de dispositions distinctes se trouve démontrée. La présence de l'al. 6(3)a, déjà analysé, est une autre considération en faveur de cette interprétation.

Cette interprétation trouve un certain appui dans les motifs du juge Arnup de la Cour d'appel où il affirme, à la p. 492:

[TRADUCTION] Il s'agit d'une disposition qui vise à empêcher toute province d'établir des barrières qui interdiraient aux personnes d'une autre province de joindre sa main-d'oeuvre, dans le cadre d'une politique visant à favoriser ses propres résidents. Le résident permanent qui se rend dans une autre province a le droit d'y gagner sa vie qu'il soit avocat ou mécanicien de classe «A» . . . .

Un peu plus loin dans ses motifs, Sa Seigneurie affirme:

[TRADUCTION] À mon avis, ce droit est, pour quiconque veut travailler, celui de ne pas se voir imposer des barrières provinciales. . . . Il ne lui est pas imposé de

a permanent resident of Canada, from moving freely within Canada to pursue the gaining of a livelihood.

*Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. v. The Queen in Right of Quebec*, [1982] C.S. 1147, 142 D.L.R. (3d) 512, a judgment of Deschênes C.J., is also instructive. The Chief Justice was there faced with determining the meaning and extent of s. 6(2)(b) in relation to the asserted right of a member of the bar of Ontario to participate in a judicial proceeding in Quebec without a licence or permit from the Barreau du Québec under the Quebec statute. With reference to para. (b), the Chief Justice said:

[TRANSLATION \*] The purpose of this provision is undoubtedly to give Canadian citizenship its true meaning and to prevent artificial barriers from being erected between the provinces.

and later in his reasons adds, in connection with s. 6:

[TRANSLATION \*] In principle the *Charter* thus intends to ensure interprovincial mobility.

The principal thrust of the judgment of the Chief Justice is, however, subs. 6(3) with which we are only tangentially concerned.

The conclusion as to the meaning and purpose of s. 6(2)(b) finds further support in the writings of all the authors whose works were brought to the attention of the Court: see *Mobility Rights under the Charter*, Professor John Laskin, (1982), 4 Supreme Court L.R. 89 at pp. 97-98; *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Tarnopolsky and Beaudoin, eds., 1982, in particular Pierre Blanche, "The Mobility Rights", at p. 247; *Canada Act 1982, Annotated*, Peter Hogg, at p. 25.

Much argument by all counsel was devoted to the history of s. 6 as the *Charter of Rights* was developed and incorporated into the constitutional process, culminating in the Resolution of the Parliament of Canada passed in 1981. Presentations

\* The foregoing is taken from the English version of the judgment as found in (1982), 142 D.L.R. (3d) 512, at pp. 520-21. The translation is obviously different than that included in the judgments of the majority and the dissent below in the Court of Appeal but the essential meaning is the same.

barrières provinciales qui l'empêchent, à titre de résident permanent au Canada, de se déplacer librement partout au Canada dans le but de gagner sa vie.

<sup>a</sup> La décision rendue par le juge en chef Deschênes dans *Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. c. La Reine du chef du Québec*, [1982] C.S. 1147, 142 D.L.R. (3d) 512, est aussi instructive. Le Juge en chef avait à déterminer le sens et la portée de l'al. 6(2)b) quant à la revendication du droit d'un avocat de l'Ontario d'agir dans une procédure judiciaire au Québec sans avoir obtenu un permis ou une licence du barreau du Québec conformément à la loi québécoise. Le Juge en chef dit à propos de l'al. b):

Cette disposition vise sans doute à donner à la citoyenneté canadienne son sens véritable et à prévenir l'érection de murailles artificielles entre les provinces.

<sup>d</sup> Il ajoute plus loin, quant à l'art. 6:

En principe la *Charte* veut donc assurer la mobilité interprovinciale.

<sup>e</sup> L'objet principal de la décision du Juge en chef est toutefois le par. 6(3) qui ne nous intéresse que de façon indirecte.

<sup>f</sup> Cette conclusion quant au sens et à l'objet de l'al. 6(2)b) se trouve également étayée par les écrits de tous les auteurs dont les ouvrages ont été portés à l'attention de la Cour: voir *Mobility Rights under the Charter*, professeur John Laskin, (1982), 4 Supreme Court L.R. 89, aux pp. 97 et 98; *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 1982, Tarnopolsky et Beaudoin, éditeurs, plus particulièrement Pierre Blanche, «The Mobility Rights», à la p. 247; *Canada Act 1982, Annotated*, Peter Hogg, à la p. 25.

<sup>i</sup> Tous les avocats ont fait porter une bonne partie de leur argumentation sur l'historique de l'art. 6 au cours de l'élaboration de la *Charte des droits* et de son incorporation dans le processus constitutionnel, qui ont abouti à la résolution du Parlement

in the House of Commons in 1980-81 by the Minister of Justice of the day were cited. The Court was also referred to statements by the Premier of the Province of Quebec as they appeared in the judgment in *Malartic, supra*. Like materials were presented to and were commented on by this Court in *Re: Authority of Parliament in Relation to the Upper House* [the *Senate Reference*], [1980] 1 S.C.R. 54, at p. 66, where it was stated:

It is, we think, proper to consider the historical background which led to the provision which was made in the Act for the creation of the Senate as a part of the apparatus for the enactment of federal legislation. In the debates which occurred at the Quebec Conference in 1864, considerable time was occupied in discussing the provisions respecting the Senate.

The practice of broadening the scope of the record in constitutional matters before this Court began in earlier appeals: see *Re: Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; and more recently in *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714. The earlier practice in constitutional fields before this Court and before the Privy Council where historical matter was excluded, has been widely disapproved in constitutional writings: see, for example, Hogg, *Constitution of Canada*, p. 97. The Court on this appeal received this historical material. I have not found it necessary to take recourse to it in construing s. 6, and therefore, I do not wish to be taken in this appeal as determining, one way or the other, the propriety in the constitutional interpretative process of the admission of such material to the record.

I conclude, for these reasons, that para. (b) of subs. (2) of s. 6 does not establish a separate and distinct right to work divorced from the mobility provisions in which it is found. The two rights (in para. (a) and in para. (b)) both relate to movement into another province, either for the taking up of residence, or to work without establishing residence. Paragraph (b), therefore, does not avail Richardson of an independent constitutional right

du Canada adoptée en 1981. On a cité des déclarations faites par le ministre de la Justice de l'époque à la Chambre des communes en 1980 et 1981. On a également signalé à la Cour les déclarations du premier ministre de la province de Québec mentionnées dans la décision *Malartic* précitée. Dans le *Renvoi sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute* [le *Renvoi sur le Sénat*], [1980] 1 R.C.S. 54, à la p. 66, la Cour affirme à propos de documents semblables qu'on lui a présentés:

Il convient, croyons-nous, d'examiner la situation historique qui a suscité les dispositions de l'Acte pour l'institution du Sénat comme partie du système législatif fédéral. Pendant les débats de la Conférence de Québec en 1864, beaucoup de temps a été consacré à la discussion des dispositions relatives au Sénat.

La pratique consistant à élargir la portée du dossier dans les affaires constitutionnelles soumises à cette Cour a commencé à l'occasion de pourvois antérieurs: voir *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373 et, plus récemment, *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714. La pratique antérieure suivie en matière constitutionnelle devant cette Cour et devant le Conseil privé, en vertu de laquelle les documents historiques étaient exclus, a été largement critiquée dans les ouvrages de droit constitutionnel: voir, par exemple, Hogg, *Constitution of Canada*, p. 97. À l'occasion du présent pourvoi, la Cour a accepté ces documents historiques. Je n'ai pas jugé nécessaire d'y recourir pour interpréter l'art. 6. Par conséquent, je ne veux pas que l'on considère que ce pourvoi est déterminant, dans un sens ou dans l'autre, quant à la justesse de permettre que de tels documents soient versés au dossier dans le cadre du processus d'interprétation constitutionnelle.

Pour ces motifs, je conclus que l'al. 6(2)b) ne crée pas un droit distinct au travail qui n'a rien à voir avec les dispositions relatives à la liberté de circulation et d'établissement parmi lesquelles il se trouve. Les deux droits (à l'al. a) et à l'al. b)) se rapportent au déplacement dans une autre province, soit pour y établir sa résidence, soit pour y travailler sans y établir sa résidence. L'alinéa b) ne confère donc pas à Richardson un droit constitu-



to work as a lawyer in the province of residence so as to override the provincial legislation, the *Law Society Act*, s. 28(c), through s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Having reached this conclusion, it is not necessary to examine the submissions made by all parties and interveners with reference to s. 6(3) and s. 1 of the *Charter of Rights*. Richardson has failed to demonstrate that s. 28(c) of the *Law Society Act* is inconsistent with s. 6(2)(b) of the *Charter*. Consequently, I need not determine whether the Act is nonetheless saved by s. 6(3) or s. 1 of the *Charter*.

The development of the *Charter*, as it takes its place in our constitutional law, must necessarily be a careful process. Where issues do not compel commentary on these new *Charter* provisions, none should be undertaken. There will be occasion when guidance by *obiter* or anticipation of issues will serve the Canadian community, and particularly the evolving constitutional process. On such occasions, the Court might well enlarge its reasons for judgment beyond that required to dispose of the issues raised. Such an instance might, in a small way, arise here. The appellant has, from the outset of these proceedings, relied upon s. 1 of the *Charter* as the final constitutional test supporting the validity of s. 28(c) of the *Law Society Act, supra*. To that end, a minimal record was established to demonstrate the justification of the citizenship requirement as a "reasonable limit" on the rights granted by the *Charter*. The appellant's material supporting this part of its response to the application by the respondent was the report of a committee established by the province to study professional organizations in Ontario and which report in turn incorporated the findings of an earlier commission of inquiry. The intervener, the Federation of Law Societies of Canada, added other reports and documents concerning requirements in other professions and in other jurisdictions. Counsel for the appellant Law Society, Mr. O'Brien, very candidly admitted that because s. 1 and this very process were new to all, the record introduced by the appellant was rather slim. The originating notice which started these proceedings was one of

tionnel distinct de pratiquer le droit dans sa province de résidence qui prévaudrait sur la disposition provinciale qu'est l'al. 28c) de la *Law Society Act*, par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Après cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'étudier les arguments soumis par toutes les parties et les intervenants à propos du par. 6(3) et de l'art. 1 de la *Charte des droits*. Richardson n'a pas réussi à prouver que l'al. 28c) de la *Law Society Act* est incompatible avec l'al. 6(2)b) de la *Charte*. En conséquence, je n'ai pas à me prononcer sur la question de savoir si le par. 6(3) ou l'art. 1 de la *Charte* permettent néanmoins de sauver la Loi.

L'évolution de la *Charte* dans notre droit constitutionnel doit nécessairement se faire avec prudence. Lorsque les questions soulevées n'exigent pas de commentaires sur ces nouvelles dispositions de la *Charte*, il vaut mieux ne pas en faire. Il se présentera des cas où des opinions incidentes ou l'anticipation de questions permettront d'orienter utilement la société canadienne et plus particulièrement le processus constitutionnel en évolution. Dans ces cas, la Cour pourrait bien élargir ses motifs de jugement au delà de ce qui est nécessaire pour trancher les questions soulevées. L'espèce pourrait, jusqu'à un certain point, constituer un tel cas. Depuis le début des présentes procédures, l'appelante a invoqué l'art. 1 de la *Charte* comme critère ultime de la constitutionnalité de l'al. 28c) de la *Law Society Act*, précitée. À cette fin, on a présenté un dossier réduit à l'essentiel de ce qui était nécessaire pour démontrer que l'exigence de la citoyenneté était justifiée en tant que «limite raisonnable» aux droits conférés par la *Charte*. Le document soumis par l'appelante à l'appui de cette partie de sa réponse à la demande de l'intimé consiste en un rapport d'un comité créé par la province pour étudier les associations professionnelles en Ontario, lequel rapport reprend les conclusions d'une commission d'enquête antérieure. L'intervenante, la Fédération des Barreaux du Canada, a ajouté d'autres rapports et documents relatifs aux exigences imposées dans d'autres professions et d'autres provinces. L'avocat de la Law Society, M<sup>c</sup> O'Brien, a très franchement reconnu que parce que l'art. 1 et ce processus même étaient

the first under the *Charter*. As experience accumulates, the law profession and the courts will develop standards and practices which will enable the parties to demonstrate their position under s. 1 and the courts to decide issues arising under that provision. May it only be said here, in the cause of being helpful to those who come forward in similar proceedings, that the record on the s. 1 issue was indeed minimal, and without more, would have made it difficult for a court to determine the issue as to whether a reasonable limit on a prescribed right had been demonstrably justified. Such are the problems of the pioneer and such is the clarity of hindsight.

I therefore would allow the appeal and restore the order of Carruthers J. sitting in Chambers. The dispensing of costs in this proceeding raises unusual difficulties. Through the Court of Appeal, the respondent, Skapinker, was the only party contending the issue with the Law Society. He joined the Ontario bar in April 1983. In the meantime, Richardson was added as an intervener on March 15, 1983 after leave to appeal to this Court had been granted. By the same order issued on April 15, 1983, the respondent, Skapinker, was "given leave to withdraw from this proceeding if so advised on the 15th day of March, 1983 . . ." Skapinker did not withdraw, and indeed, participated in the hearing of this appeal. On the other hand, Richardson did not participate in these proceedings until after this Court had granted leave to appeal in February 1983. The order granting leave to appeal to the appellant Law Society prescribed as a term thereof that the appellant pay "the costs of this Motion and the costs of the appeal in any event of the cause". The judge of first instance awarded costs against the respondent, Skapinker, if demanded. The Court of Appeal made no order as to costs.

With this most unusual background, and balancing the interests of the parties as best one

nouveaux pour tout le monde, le dossier présenté par l'appelante était plutôt mince. L'avis introductif de la présente instance est l'un des premiers produits relativement à la *Charte*. Avec l'expérience, les avocats et les tribunaux établiront des critères et des pratiques qui permettront aux parties de faire la preuve de leurs prétentions relativement à l'art. 1, et aux tribunaux de trancher les questions que cette disposition pourra soulever. Qu'il soit simplement dit ici, dans le but d'aider ceux qui se présenteront dans des procédures analogues, que le dossier portant sur l'art. 1 était effectivement réduit à sa plus simple expression et, à défaut d'autres choses, il aurait difficilement permis à une cour de trancher la question de savoir si on avait démontré que la limite imposée à un droit garanti était raisonnable et justifiée. Ce sont là des problèmes de pionnier et tout devient clair après coup.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance rendue par le juge Carruthers en chambre. L'adjudication de dépens dans la présente procédure soulève des difficultés inhabituelles. Jusqu'à la Cour d'appel, l'intimé Skapinker était la seule partie à s'opposer à la Law Society. Il a été reçu au barreau de l'Ontario en avril 1983. Dans l'intervalle, Richardson a été ajouté comme intervenant le 15 mars 1983, après que l'autorisation de pourvoi devant cette Cour eut été accordée. Par la même ordonnance du 15 avril 1983, l'intimé Skapinker a été [TRADUCTION] « autorisé à se retirer du dossier à compter du 15 mars 1983, s'il le jugeait à propos . . . » Skapinker ne s'est pas retiré du dossier et a même participé à l'audition du présent pourvoi. D'autre part, Richardson n'a participé aux présentes procédures qu'après que cette Cour eut accordé l'autorisation de pourvoi en février 1983. L'ordonnance qui accorde à la Law Society appelante l'autorisation de se pourvoir est assortie de la condition que l'appelante paie [TRADUCTION] « les dépens de la présente requête et ceux du pourvoi en tout état de cause ». Le juge de première instance a accordé des dépens contre l'intimé Skapinker, si on en faisait la demande. La Cour d'appel n'a pas adjugé de dépens.

Dans ces circonstances très inhabituelles et après avoir soupesé de mon mieux les intérêts des

can in these circumstances, I would allow costs to the respondent, Skapinker, on the motion for application for leave and in the Ontario Court of Appeal; and costs payable by the appellant to the respondent, Skapinker, and to the intervener, Richardson, on the hearing of this appeal. I would set aside the order as to costs in the court of first instance, so that in the result there would, in the hearing before Carruthers J., be no order as to costs.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Phelan, O'Brien, Shannon & Lawer, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: R. Tassé, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Archie Campbell, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Richard F. Gosse, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Québec: Daniel Jacoby, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Federation of Law Societies of Canada—Fédération des Barreaux du Canada: Fraser & Beatty, Toronto.*

*Solicitor for the intervener John Calvin Richardson: Harvey Berkal, Toronto.*

parties, je suis d'avis d'accorder à l'intimé Skapinker les dépens de la requête en autorisation de pourvoi et ceux en Cour d'appel de l'Ontario, ainsi que les dépens payables par l'appelante à l'intimé Skapinker et à l'intervenant Richardson quant à l'audition du présent pourvoi. Je suis d'avis d'annuler l'adjudication de dépens faite en première instance de sorte qu'en définitive il n'y aura pas d'adjudication de dépens à l'égard de l'audition devant le juge Carruthers.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelante: Phelan, O'Brien, Shannon & Lawer, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: R. Tassé, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Archie Campbell, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Richard F. Gosse, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Daniel Jacoby, Québec.*

*Procureur de l'intervenante Federation of Law Societies of Canada—Fédération des Barreaux du Canada: Fraser & Beatty, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant John Calvin Richardson: Harvey Berkal, Toronto.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant;*

and

**Mark Anthony Garlow** *Respondent.*

File No.: 17128.

1984: May 3.

Present: Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Attempt to break and enter with intent to commit an indictable offence — Trial judge unable to find what specific indictable offence accused intended to commit — Proof of intent to commit a specific indictable offence necessary for conviction — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 306(1)(a), 306(2).*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 10 C.C.C. (3d) 575, allowing respondent's appeal and quashing his conviction on a charge of attempting to break and enter with intent to commit an indictable offence contrary to s. 306(1)(a) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed.

*David A. Fairgrieve*, for the appellant.

*Andrew Kerekes* and *Irwin Koziobrocki*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

RITCHIE J.—For the reasons given by the Court of Appeal the appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

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

*Solicitors for the respondent: Kerekes, Collins, Toronto.*

**Sa Majesté La Reine** *Appelante;*

et

**Mark Anthony Garlow** *Intimé.*

<sup>a</sup> N° du greffe: 17128.

1984: 3 mai.

Présents: Les juges Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

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

*Droit criminel — Tentative d'introduction par effraction dans l'intention de commettre un acte criminel — Le juge du procès n'a pu déterminer quel acte criminel l'accusé a eu l'intention de commettre — La preuve de l'intention de commettre un acte criminel déterminé est nécessaire à la déclaration de culpabilité — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 306(1)a, 306(2).*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 10 C.C.C. (3d) 575, qui a accueilli l'appel de l'intimé et annulé la déclaration de culpabilité prononcée contre lui relativement à une accusation de tentative d'introduction par effraction dans l'intention de commettre un acte criminel, en violation de l'al. 306(1)a du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

*David A. Fairgrieve*, pour l'appelante.

*Andrew Kerekes* et *Irwin Koziobrocki*, pour l'intimé.

<sup>g</sup> Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE RITCHIE—Pour les motifs donnés par la Cour d'appel, le pourvoi est rejeté.

<sup>h</sup> *Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

<sup>i</sup> *Procureurs de l'intimé: Kerekes, Collins, Toronto.*



---

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Part 4, 1984 Vol. 1**

**4<sup>e</sup> cahier, 1984 Vol. 1**

**Cited as [1984] 1 S.C.R. 387-508**

**Renvoi [1984] 1 R.C.S. 387-508**

---



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

Editor in Chief  
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor  
RICHARD BERBERI

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
MARIELLE BEAULIEU  
BARBARA LONG

*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, 1984.

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

Arrêtiŕte en chef  
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Réviŕseur  
RICHARD BERBERI

Adjointes à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
MARIELLE BEAULIEU  
BARBARA LONG

*Les abonnés au Recueil des arrêtiŕs 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, 1984.

## CONTENTS

<b>Kane v. The Queen</b> .....	<b>387</b>
Criminal law — Conspiracy — Trafficking in controlled drug — Evidence — Trial judge allowing motion for non-suit — Proof of accused's membership in conspiracy — Whether co-conspirators' acts and declarations admissible to that end.	
<b>Langlois et al. v. Ministère de la Justice du Québec et al.</b> .....	<b>472</b>
Administrative law — Civil service — Discipline — Assignment — Appeal to Commission de la fonction publique — Jurisdiction of the Commission — Whether assignment or transfer of a civil servant may constitute disciplinary action — Civil Service Act, 1978 (Que.), c. 15, ss. 29, 80, 93, 97.	
<b>R. v. Wis Development Corporation Ltd. et al.</b> .....	<b>485</b>
Criminal law — Information — Failure to give sufficient details to identify transactions — Information quashed — Mandamus — Whether defect can be cured by the supplying of particulars — Whether information can be amended — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 510, 729, 732 — Aeronautics Act, R.S.C. 1970, c. A-3 as amended, ss. 16, 17 — Air Regulations, C.R.C. 1978, c. 2, s. 700.	
<b>Reference re Ownership of the Bed of the Strait of Georgia and Related Areas</b> .....	<b>388</b>
Constitutional law — Ownership of the bed of the Juan de Fuca, Georgia, Johnstone and Queen Charlotte Straits — Whether federal or provincial property — Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878 (U.K.), 41-42 Vict., c. 73.	

## SOMMAIRE

<b>Kane c. La Reine</b> .....	<b>387</b>
Droit criminel — Complot — Trafic de drogues contrôlées — Preuve — Requête en non-lieu accueillie par le juge du procès — Preuve de la participation de l'accusé au complot — Les actes et les déclarations des coconspirateurs sont-ils recevables à cette fin?	
<b>Langlois et autre c. Ministère de la Justice du Québec et autres</b> .....	<b>472</b>
Droit administratif — Fonction publique — Discipline — Affectation — Appel à la Commission de la fonction publique — Compétence de la Commission — L'affectation ou la mutation d'un fonctionnaire peut-elle constituer une sanction disciplinaire? — Loi sur la fonction publique, 1978 (Qué.), chap. 15, art. 29, 80, 93, 97.	
<b>R. c. Wis Development Corporation Ltd. et autres</b> .....	<b>485</b>
Droit criminel — Dénonciation — Omission de fournir des détails suffisants pour identifier les affaires en question — Dénonciation annulée — Mandamus — Peut-on remédier au vice en fournissant des détails? — La dénonciation peut-elle être modifiée? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 510, 729, 732 — Loi sur l'aéronautique, S.R.C. 1970, chap. A-3 et modification, art. 16, 17 — Règlement de l'air, C.R.C. 1978, chap. 2, art. 700.	
<b>Renvoi relatif à la propriété du lit du détroit de Géorgie et des régions avoisinantes</b> .....	<b>388</b>
Droit constitutionnel — Propriété du lit du détroit Juan de Fuca et des détroits de Géorgie, de Johnstone et de la Reine-Charlotte — Propriété fédérale ou provinciale? — Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878 (R.-U.), 41-42 Vict., chap. 73.	





**Martin Clayton Kane** *Appellant;*

and

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

File No.: 16768.

1984: May 14.

Present: Dickson C.J. and Ritchie, Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Conspiracy — Trafficking in controlled drug — Evidence — Trial judge allowing motion for non-suit — Proof of accused's membership in conspiracy — Whether co-conspirators' acts and declarations admissible to that end.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 63 C.C.C. (2d) 321, allowing the Crown's appeal from a judgment of McMahon J., acquitting the accused of conspiring to traffic in a controlled drug contrary to s. 34(1) of the *Food and Drugs Act* and s. 423(1)(d) of the *Criminal Code*, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

*Andrew Kerekes*, for the appellant.

*Michael Dambrot*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—It will not be necessary to hear you Mr. Dambrot. The Court is in agreement with the conclusion reached by the Court of Appeal for Ontario and with the reasons therefor expressed by Mr. Justice Martin, speaking for the Court.

The appeal is accordingly dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Kerekes, Collins, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.*

**Martin Clayton Kane** *Appelant;*

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

<sup>a</sup> N° du greffe: 16768.

1984: 14 mai.

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

<sup>b</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Complot — Trafic de drogues contrôlées — Preuve — Requête en non-lieu accueillie par le juge du procès — Preuve de la participation de l'accusé au complot — Les actes et les déclarations des coconspirateurs sont-ils recevables à cette fin?*

<sup>c</sup> <sup>d</sup> <sup>e</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 63 C.C.C. (2d), 321 qui a ordonné un nouveau procès après avoir accueilli l'appel interjeté par le ministère public d'une décision du juge McMahon qui avait acquitté l'accusé inculpé de complot en vue de faire le trafic d'une drogue contrôlée en violation du par. 34(1) de la *Loi des aliments et drogues* et de l'al. 423(1)d) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.

<sup>f</sup> *Andrew Kerekes*, pour l'appelant.

*Michael Dambrot*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

<sup>g</sup> <sup>h</sup> LE JUGE EN CHEF—M<sup>e</sup> Dambrot, il ne sera pas nécessaire de vous entendre. La Cour est d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario et avec les motifs à l'appui exposés par le juge Martin, au nom de la Cour.

Le pourvoi est en conséquence rejeté.

*Jugement en conséquence.*

<sup>i</sup> *Procureurs de l'appelant: Kerekes, Collins, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: R. Tassé, Ottawa.*

**IN THE MATTER of Section 37 of the  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19,**

**AND IN THE MATTER of Section 3 of the  
*Constitutional Questions Determination Act*,  
R.S.B.C. 1960, c. 72,**

**AND IN THE MATTER of a Reference by  
the Lieutenant-Governor-in-Council  
concerning the Ownership of the Bed of the  
Strait of Georgia and Related Areas as set  
out in Order-in-Council No. 3459 approved  
October 31, 1974**

Between

**The Attorney General of Canada** *Appellant*;  
and

**The Attorney General of British Columbia**  
*Respondent*;

and

**The Attorney General of Nova Scotia,  
the Attorney General for New Brunswick,  
the Attorney General for Alberta and  
the Attorney General of Newfoundland**  
*Intervenors.*

File No.: 14471.

1982: October 26, 27, 28; 1984: May 17.

Present: Laskin C.J.\* and Ritchie, Dickson, Beetz,  
Estey, Chouinard and Wilson JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

*Constitutional law — Ownership of the bed of the  
Juan de Fuca, Georgia, Johnstone and Queen Charlotte  
Straits — Whether federal or provincial property —  
Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878 (U.K.), 41-42  
Vict., c. 73 — An Act for the Union of the Colony of  
Vancouver Island with the Colony of British Columbia,  
1866 (U.K.), 29-30 Vict., c. 67.*

The Lieutenant-Governor in Council of British  
Columbia referred to the British Columbia Court of  
Appeal the following constitutional question:

Are the lands or any part or parts thereof including  
the mineral and other natural resources of the seabed  
and subsoil, covered by the waters of the Strait of  
Juan de Fuca, the Strait of Georgia . . . Johnstone  
Strait and Queen Charlotte Strait . . . the property of

\* The Chief Justice took no part in the judgment.

**DANS L'AFFAIRE de l'article 37 de la *Loi  
sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19,**

**ET DANS L'AFFAIRE de l'article 3 de la  
*Constitutional Questions Determination Act*,  
R.S.B.C. 1960, chap. 72,**

**ET DANS L'AFFAIRE d'un renvoi adressé  
par le lieutenant-gouverneur en conseil au  
sujet de la propriété du lit du détroit de  
Géorgie et des régions avoisinantes, tel  
qu'énoncé dans le décret n° 3459 approuvé le  
31 octobre 1974**

Entre

**Le procureur général du Canada** *Appelant*;  
et

**Le procureur général de la  
Colombie-Britannique** *Intimé*;

et

**Le procureur général de la Nouvelle-Écosse,  
le procureur général du Nouveau-Brunswick,  
le procureur général de l'Alberta et le  
procureur général de Terre-Neuve**  
*Intervenants.*

N° du greffe: 14471.

1982: 26, 27, 28 octobre; 1984: 17 mai.

Présents: Le juge en chef Laskin\* et les juges Ritchie,  
Dickson, Beetz, Estey, Chouinard et Wilson.

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

*Droit constitutionnel — Propriété du lit du détroit  
Juan de Fuca et des détroits de Géorgie, de Johnstone  
et de la Reine-Charlotte — Propriété fédérale ou pro-  
vinciale? — Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878  
(R.-U.), 41-42 Vict., chap. 73 — An Act for the Union  
of the Colony of Vancouver Island with the Colony of  
British Columbia, 1866 (R.-U.), 29-30 Vict., chap. 67.*

Le lieutenant-gouverneur en conseil de la Colombie-  
Britannique a soumis à la Cour d'appel de cette province  
la question constitutionnelle suivante:

La Reine du chef de la Colombie-Britannique est-elle  
propriétaire des terres, ou d'une partie de celles-ci, y  
compris les ressources minérales et les autres ressource  
naturelles du fond marin et du sous-sol marin, que  
couvrent les eaux du détroit Juan de Fuca, du détroit

\* Le Juge en chef n'a pas pris part au jugement.

the Queen in Right of the Province of British Columbia?

The majority of the Court of Appeal concluded that the land and waters between Vancouver Island and the mainland were, at Confederation, within the province and answered the question in the affirmative. The Attorney General of Canada appealed from the decision. The provinces of Nova Scotia, New Brunswick, Alberta and Newfoundland intervened in support of the Attorney General of British Columbia.

*Held* (Ritchie and Wilson JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. The constitutional question should be answered in the affirmative.

*Per* Dickson, Beetz, Estey and Chouinard JJ.: The lands under the waters between mainland British Columbia and Vancouver Island are the property of the Province since the submerged lands were part of the Colony of British Columbia when it entered Confederation in 1871.

In 1866, the British Parliament passed an act providing for the union of the Colony of Vancouver Island with the Colony of British Columbia. The Act defined the boundaries of the new and united Colony of British Columbia as follows: "to the south by the territories of the United States . . . , to the west by the Pacific Ocean . . . , to the north by the sixtieth parallel . . . and to the east . . . by the Rocky Mountains". On the true construction of this statute, the western boundary described as the "Pacific Ocean" can only refer to the open sea off the west coast of Vancouver Island and not to the straits between the mainland and Vancouver Island which, historically, have never been referred to as the Pacific Ocean. The words "territories of the United States" refer to the U.S. frontier defined by the Oregon Treaty of 1846 namely, the boundary line running through mid-channel of the straits separating Vancouver Island from mainland Washington State. With that Treaty, Britain clearly asserted ownership over "all the territories" up to that mid-channel boundary. Even if the word "territory" *prima facie* refers to dry land, history, geography and the express words of the 1866 Act and its predecessors would displace this presumption. All the lands and waters north of the mid-line of the channel were therefore included within the statutory borders of British Columbia. Considering that the boundaries of the Province have not changed since that date it follows that the seabed is still within and part of British Columbia today.

de Géorgie . . . , du détroit de Johnstone et du détroit de la Reine-Charlotte. . . ?

La Cour d'appel à la majorité a conclu que les terres et les eaux entre l'île Vancouver et le continent étaient, au moment de la Confédération, à l'intérieur de la province et a répondu à la question par l'affirmative. Le procureur général du Canada en a appelé de cette décision. Les provinces de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, de l'Alberta et de Terre-Neuve sont intervenues en faveur du procureur général de la Colombie-Britannique.

*Arrêt* (les juges Ritchie et Wilson sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. La question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative.

Les juges Dickson, Beetz, Estey et Chouinard: Les terres submergées entre la Colombie-Britannique continentale et l'île Vancouver appartiennent à la province puisqu'elles faisaient partie de la colonie de la Colombie-Britannique à son entrée dans la Confédération en 1871.

En 1866, le Parlement britannique a adopté une loi prévoyant l'union de la colonie de l'île Vancouver avec la colonie de la Colombie-Britannique. La Loi définissait ainsi les frontières de la nouvelle colonie unie de la Colombie-Britannique: «au sud par les territoires des États-Unis . . . , à l'ouest par l'océan Pacifique . . . , au nord par le soixantième parallèle . . . et à l'est . . . par les montagnes Rocheuses». Selon une interprétation exacte de cette loi, la frontière occidentale décrite comme «l'océan Pacifique» ne peut s'entendre que de la haute mer au large de la côte ouest de l'île Vancouver et non des détroits entre le continent et l'île Vancouver, qui historiquement n'ont jamais été désignés comme l'océan Pacifique. Les mots «territoires des États-Unis» se rapportent à la frontière américaine fixée par le traité d'Oregon de 1846, savoir la ligne de démarcation qui longe le milieu des détroits qui séparent l'île Vancouver du territoire continental de l'État de Washington. Avec ce traité, la Grande-Bretagne a nettement revendiqué la propriété de «l'ensemble des territoires» jusqu'à la frontière au milieu du chenal. Même si, à première vue, le mot «territoire» désigne la terre ferme, l'histoire, la géographie et la formulation expresse de la Loi de 1866 et des lois qui l'ont précédée écarteraient cette présomption. Toutes les terres et les eaux situées au nord de la ligne qui longe le milieu du chenal étaient donc incluses à l'intérieur des frontières légales de la Colombie-Britannique. Étant donné que les frontières de la province n'ont pas changé depuis cette date, il s'ensuit que, de nos jours, le lit de la mer fait encore partie de la Colombie-Britannique.

The *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia* dealt only with the status of the territorial sea off British Columbia as that term is understood at international law. It did not settle the question of proprietorship with reference to the land at issue on the present case. Finally, nothing relating to the *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* or to the regular jurisdiction of the Admiralty Courts contradicts the conclusion of provincial proprietorship over the subject lands and waters.

[*Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792; *New South Wales v. Commonwealth of Australia* (1975), 135 C.L.R. 337, distinguished; *R. v. Keyn* (1876), 2 Ex. D. 63; *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Indian Association of Alberta*, [1982] 2 All E.R. 118; *R. v. Burt* (1932), 5 M.P.R. 112; *R. v. Bruce* (1812), 168 E.R. 782; *R. v. Mannion* (1846), 2 Cox C.C. 158; *R. v. Kahitaska* (1906), 8 W.A.L.R. 154; *R. v. Ford*; *R. v. Gilkey* (1956), 115 C.C.C. 113; *R. v. Johanson* (1922), 31 B.C.R. 211, referred to.]

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1976), 1 B.C.L.R. 97, which answered in the affirmative a constitutional question referred to it by the Lieutenant-Governor in Council concerning the ownership of the bed of the Strait of Georgia and related areas. Appeal dismissed, Ritchie and Wilson JJ. dissenting.

*T. B. Smith, Q.C., M. L. Jewett and P. K. Doody*, for the appellants.

*George S. Cumming, Q.C., and Norman Tarnow*, for the respondent.

*Gordon F. Henderson, Q.C., and Emilio S. Binavince*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

*Bruce Judah*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

*William Henkel, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

*James J. Greene, Q.C., and Colin K. Irving*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

L'arrêt *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia* ne traite que du statut de la mer territoriale (au sens du droit international) au large de la Colombie-Britannique. Il ne règle pas la question de la propriété des terres présentement en cause. Enfin, rien en ce qui concerne la *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* ou la compétence ordinaire des cours d'amirauté n'empêche de conclure que les terres et les eaux en cause appartiennent à la province.

[Jurisprudence: distinction faite avec les arrêts: *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792; *New South Wales v. Commonwealth of Australia* (1975), 135 C.L.R. 337; arrêts mentionnés: *R. v. Keyn* (1876), 2 Ex. D. 63; *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Indian Association of Alberta*, [1982] 2 All E.R. 118; *R. v. Burt* (1932), 5 M.P.R. 112; *R. v. Bruce* (1812), 168 E.R. 782; *R. v. Mannion* (1846), 2 Cox C.C. 158; *R. v. Kahitaska* (1906), 8 W.A.L.R. 154; *R. v. Ford*; *R. v. Gilkey* (1956), 115 C.C.C. 113; *R. v. Johanson* (1922), 31 B.C.R. 211.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1976), 1 B.C.L.R. 97, qui a répondu par l'affirmative à une question constitutionnelle soumise par le lieutenant-gouverneur en conseil au sujet de la propriété du lit du détroit de Géorgie et des régions avoisinantes. Pourvoi rejeté, les juges Ritchie et Wilson sont dissidents.

*T. B. Smith, c.r., M. L. Jewett et P. K. Doody*, pour l'appelant.

*George S. Cumming, c.r., et Norman Tarnow*, pour l'intimé.

*Gordon F. Henderson, c.r., et Emilio S. Binavince*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

*Bruce Judah*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

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

*James J. Greene, c.r., et Colin K. Irving*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

The following are the reasons delivered by

RITCHIE J. (*dissenting*)—I agree with the reasons for judgment prepared for delivery by Madame Justice Wilson. It follows that I would allow this appeal and answer the question posed in this Reference in the negative holding that the submerged lands belong to Her Majesty in Right of Canada.

The judgment of Dickson, Beetz, Estey and Chouinard JJ. was delivered by

DICKSON J.—

### I The Issue

In broad terms, the question raised in this appeal is whether the lands, including mineral and other natural resources of the seabed and subsoil covered by the waters between mainland British Columbia and Vancouver Island are the property of Canada or of British Columbia. The Lieutenant-Governor in Council of British Columbia in a Reference to the British Columbia Court of Appeal, pursuant to the *Constitutional Questions Determination Act* (R.S.B.C. 1960, c. 72) posed the question in these terms:

Are the lands or any part or parts thereof including the mineral and other natural resources of the seabed and subsoil, covered by the waters of the Strait of Juan de Fuca, the Strait of Georgia (sometimes called the Gulf of Georgia), Johnstone Strait and Queen Charlotte Strait (bounded on the south by the international boundary between Canada and the United States of America, on the west by a line from Tatoosh Island lighthouse to Bonilla Point reference mark and on the north by a straight line drawn across Queen Charlotte Strait from Greeting Point on Nigei Island to McEwan Point on Bramham Island) the property of the Queen in Right of the Province of British Columbia?

Although it is not unreasonable to treat the waters between Vancouver Island and the mainland as a single body, the question before us names four distinct straits. *Queen Charlotte Strait* is the most northerly of the four. It appears to be some 10 to 12 miles wide at the mouth and 50 to 60 miles deep. At its southern end it empties into *Johnstone Strait* which is a long narrow body of water, geographically resembling an estuary

Version française des motifs rendus par

LE JUGE RITCHIE (*dissident*)—Je suis d'accord avec les motifs de jugement rédigés par le juge Wilson. En conséquence, je serais d'avis d'accueillir le présent pourvoi et de répondre par la négative à la question posée dans ce renvoi, en statuant que les terres submergées appartiennent à Sa Majesté du chef du Canada.

Version française du jugement des juges Dickson, Beetz, Estey et Chouinard rendu par

LE JUGE DICKSON—

### c I La question en litige

D'une manière générale, la question soulevée en l'espèce est de savoir si les terres, y compris les ressources minérales et les autres ressources naturelles du lit de la mer et du sous-sol entre la Colombie-Britannique continentale et l'île Vancouver, appartiennent au Canada ou à la Colombie-Britannique. Le lieutenant-gouverneur en conseil de la Colombie-Britannique, dans un renvoi adressé à la Cour d'appel de cette province conformément à la *Constitutional Questions Determination Act* (R.S.B.C. 1960, chap. 72), a formulé la question en ces termes:

La Reine du chef de la Colombie-Britannique est-elle propriétaire des terres, ou d'une partie de celles-ci, y compris les ressources minérales et les autres ressources naturelles du fond marin et du sous-sol marin, que couvrent les eaux du détroit Juan de Fuca, du détroit de Géorgie (appelé aussi le golfe de Géorgie), du détroit de Johnstone et du détroit de la Reine-Charlotte (bornées au sud par la frontière internationale entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, à l'ouest par une ligne tirée du phare de l'île Tatoosh au repère de la pointe Bonilla et au nord par une ligne droite traversant le détroit de la Reine-Charlotte, de la pointe Greeting sur l'île Nigei jusqu'à la pointe McEwan sur l'île Bramham)?

Bien qu'il ne soit pas déraisonnable de traiter comme une seule entité les eaux entre l'île Vancouver et le continent, la question dont nous sommes saisis nomme quatre détroits distincts. Le *détroit de la Reine-Charlotte* est celui qui est le plus au nord. Il semble avoir une largeur de quelque 10 à 12 milles à son entrée et une longueur de 50 à 60 milles. À son extrémité sud, il se jette dans le *détroit de Johnstone*, une étendue d'eau longue et

except that it is open at both ends. It appears to be about 1½ to 2 miles wide at the Queen Charlotte entrance and about one mile wide at the Georgia Strait end, narrowing to much less than a mile at the Seymour Narrows in Discovery Passage. It appears to be about 75 miles long.

*Georgia Strait* is considerably wider than the other three, with a narrow opening into Johnstone Strait in the north. Its southern end is the Haro Archipelago, the ownership of which was the subject of an 1871 Anglo-American arbitration before the German Emperor. The international border extends along the 49th parallel to the middle of Georgia Strait then, roughly midway between the coastlines of Vancouver Island and the United States mainland, it proceeds south through Haro Strait to Juan de Fuca Strait, thereby severing the southeastern corner of Georgia Strait and making it part of the United States.

*Juan de Fuca Strait* appears to be about 12 miles wide at its mouth and 80 to 90 miles deep. The international border runs in mid-channel.

It is important to note that the question raised in this Reference is not concerned with legislative jurisdiction nor with political or economic considerations. No question arises as to the power of Parliament to legislate in relation to matters within its exclusive legislative jurisdiction as, for example, control over shipping, navigation, trade and commerce, customs, fisheries and defence. The sole question here is the matter of proprietorship in lands.

Proprietorship in this context, however, connotes something less precise than one might expect in following a chain of title in a land registry office. One looks in vain among the documents for anything in the nature of an express grant by the United Kingdom to Canada or British Columbia. Nonetheless, as Kerr L.J. noted in *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*,

étroite qui, géographiquement, ressemble à un estuaire sauf qu'elle est ouverte à ses deux extrémités. Il semble avoir une largeur d'environ 1½ à 2 milles à l'entrée du détroit de la Reine-Charlotte et d'environ un mille à l'extrémité où il rejoint le détroit de Géorgie, rétrécissant à beaucoup moins d'un mille à Seymour Narrows dans le passage Discovery. Sa longueur semble être de 75 milles.

Le détroit de Géorgie est beaucoup plus large que les trois autres et il a la forme d'un goulot étroit à son extrémité nord, là où il rejoint le détroit de Johnstone. À son extrémité sud, il y a l'archipel Haro dont la propriété a fait l'objet d'un arbitrage anglo-américain devant l'Empereur d'Allemagne en 1871. La frontière internationale longe le 49<sup>e</sup> parallèle jusqu'au milieu du détroit de Géorgie puis, à peu près à mi-chemin entre les côtes de l'île Vancouver et celles des États-Unis, continue vers le sud en passant par le détroit d'Haro jusqu'au détroit Juan de Fuca, séparant ainsi l'extrémité sud-est du détroit de Géorgie qui devient partie des États-Unis.

Le détroit Juan de Fuca semble avoir une largeur d'environ 12 milles à son entrée et une longueur de 80 à 90 milles. La frontière internationale longe le milieu du chenal.

Il importe de noter que la question soulevée dans ce renvoi n'a rien à voir avec la compétence législative ni avec des considérations d'ordre politique ou économique. On ne conteste en aucune manière le pouvoir du Parlement de légiférer relativement aux domaines relevant de sa compétence législative exclusive comme, par exemple, les expéditions par eau, la navigation, les échanges et le commerce, les douanes, les pêcheries et la défense. La seule question qui se pose en l'espèce est celle de la propriété de certaines terres.

Dans ce contexte, cependant, la propriété connote quelque chose de moins précis que ce à quoi on pourrait s'attendre si on consultait des titres successifs dans un bureau d'enregistrement immobilier. C'est en vain qu'on cherche parmi les documents quelque chose qui ressemble à une cession expresse faite par le Royaume-Uni au Canada ou à la Colombie-Britannique. Néanmoins, comme le

*ex parte Indian Association of Alberta*, [1982] 2 All E.R. 118, at p. 132:

... there may be a devolution of rights and obligations of the Crown in respect of the government of Great Britain to another government within the Commonwealth without any express statutory or other transfer, but merely by virtue of the creation of the new government and of the assignment to it of responsibilities which relate to the rights and obligations in question.

All are agreed that the British Crown no longer holds proprietorship over the subject lands. Agreement ends there. The Province, whose position was upheld by a majority of the Court of Appeal of British Columbia (Farris C.J.B.C., Bull and McFarlane J.J.A.) (1976), 1 B.C.L.R. 97, contends that the lands are the property of British Columbia. It claims that the 1866 enactment of the Imperial Parliament providing for union of the Colony of Vancouver Island with the Colony of British Columbia, defined the boundaries of the Province and these boundaries were not changed at Confederation with Canada in 1871. According to the Province and to the majority of the Court of Appeal of British Columbia, the western boundary of the United Colony of British Columbia was the Pacific Ocean off the west coast of Vancouver Island and its southern boundary included the international border with the United States running through mid-channel of the straits separating Vancouver Island from mainland Washington State. The land and waters between the Island and the mainland were therefore within the Province at Confederation.

Canada's position to the contrary is that none of the subject lands or waters were within the boundaries of the Province at Confederation. This position was supported in the Court of Appeal of British Columbia by Seaton J.A. and McIntyre J.A., as he then was, who dissented in separate reasons. Each concluded that the decision of this Court in *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792 (the 1967 *Offshore Reference*), applied to the lands and waters in question. Although the Imperial Parlia-

fait remarquer le lord juge Kerr dans la décision *R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Indian Association of Alberta*, [1982] 2 All E.R. 118, à la page 132:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] ... les droits et les obligations de Sa Majesté du chef de la Grande-Bretagne peuvent être transmis à un autre gouvernement au sein du Commonwealth, sans que cela se fasse expressément par voie législative ou autrement, du simple fait qu'il y ait création du nouveau gouvernement et que les responsabilités relatives aux droits et aux obligations en question lui soient confiées.

<sup>c</sup> Il est reconnu de part et d'autre que la Couronne britannique ne détient plus la propriété des terres en cause, mais c'est là l'unique point sur lequel les parties sont d'accord. La province, dont le point de vue a été retenu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité (le juge en chef Farris, les juges Bull et McFarlane) (1976), 1 B.C.L.R. 97, soutient que les terres en cause lui appartiennent. Elle fait valoir que la Loi de 1866 du Parlement impérial, prévoyant l'union des colonies de l'île Vancouver et de la Colombie-Britannique, a fixé les frontières de la province et que ces frontières sont demeurées inchangées lorsqu'elle s'est jointe à la Confédération canadienne en 1871. D'après la province et la majorité en Cour d'appel de la Colombie-Britannique, la colonie unie de la Colombie-Britannique avait pour frontière occidentale l'océan Pacifique sur la côte ouest de l'île Vancouver et était délimitée au sud par la frontière des États-Unis tracée au milieu des détroits séparant l'île Vancouver du territoire continental de l'État de Washington. Il s'ensuit donc qu'à l'époque de la Confédération, les terres et les eaux entre l'île et le continent faisaient partie de la province.

<sup>h</sup> Le Canada par contre allègue qu'aucune partie des terres et des eaux en cause n'était comprise dans la province au moment de la Confédération. Ce point de vue a reçu en Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'appui des juges Seaton et McIntyre (maintenant juge de cette Cour), qui ont rédigé des motifs de dissidence distincts. Tous les deux ont conclu que l'arrêt de cette Cour, *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792 (le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*), s'applique

ment could have established or extended the boundaries of one or other of the colonies to encompass the waters between Vancouver Island and the mainland there was no intention to do so and the usual presumption applied, namely, that the statutory descriptions included only lands above low-water mark. The union of the colonies did not alter the low-water mark boundary. No words apt to that purpose were used in the relevant statutes.

An appeal has been taken by the Attorney General of Canada to this Court pursuant to s. 3 of the *Constitutional Questions Determination Act*, supra, and s. 37 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19. Nova Scotia, New Brunswick, Alberta and Newfoundland have intervened to support the Attorney General of British Columbia.

## II The 1967 Offshore Reference

Did the *1967 Offshore Reference* decide the status of the lands in issue in this appeal? The first question in the *1967 Offshore Reference* and the one of potential relevance in the present appeal was this:

In respect of the lands, including the mineral and other natural resources, of the sea bed and subsoil seaward from the ordinary low-water mark on the coast of the mainland and the several islands of British Columbia, outside the harbours, bays, estuaries and other similar inland waters, to the outer limit of the territorial sea of Canada, as defined in the Territorial Sea and Fishing Zones Act, Statutes of Canada 1964, Chapter 22, as between Canada and British Columbia,

(a) Are the said lands the property of Canada or British Columbia?

(b) Has Canada or British Columbia the right to explore and exploit the said lands?

(c) Has Canada or British Columbia legislative jurisdiction in relation to the said lands?

(Emphasis added.)

aux terres et aux eaux en question. Bien que le Parlement impérial ait pu établir ou étendre les frontières de l'une ou l'autre colonie de manière à englober les eaux qui séparent l'île Vancouver et le continent, telle n'a pas été son intention et la présomption habituelle s'applique donc, savoir que les descriptions figurant dans les lois n'englobent que les terres situées au-dessus de la laisse de basse mer. L'union des colonies n'a apporté aucune modification à la frontière constituée par la laisse de basse mer et les lois pertinentes sont muettes à ce sujet.

Le procureur général du Canada a formé un pourvoi devant cette Cour conformément à l'art. 3 de la *Constitutional Questions Determination Act*, précitée, et à l'art. 37 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19. La Nouvelle-Écosse, le Nouveau-Brunswick, l'Alberta et Terre-Neuve sont intervenus en faveur du procureur général de la Colombie-Britannique.

## II Le Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins

Le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins* a-t-il déterminé le statut des terres présentement en cause? La première question soulevée dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins* et celle susceptible de nous intéresser en l'espèce était la suivante:

[TRADUCTION] En ce qui concerne les terres, y compris les ressources minérales et les autres ressources naturelles, du lit de la mer et du sous-sol à partir de la laisse de basse mer ordinaire des côtes du territoire continental et des différentes îles de la Colombie-Britannique, à l'extérieur des ports, des baies, des estuaires et des autres eaux intérieures de même nature, jusqu'à la limite extérieure de la mer territoriale du Canada, suivant la définition qui figure dans la Loi sur la mer territoriale et les zones de pêche, Statuts du Canada 1964, chapitre 22,

a) lesdites terres appartiennent-elles au Canada ou à la Colombie-Britannique?

b) Qui, du Canada ou de la Colombie-Britannique, a le droit d'explorer et d'exploiter lesdites terres?

c) Qui, du Canada ou de la Colombie-Britannique, a compétence législative sur lesdites terres?

(C'est moi qui souligne.)



The answer given to each of questions (a), (b) and (c) was "Canada".

If these answers are to be dispositive of the present appeal, the submerged lands beneath the Strait of Juan de Fuca, Georgia Strait, Johnstone Strait and Queen Charlotte Strait must fall within the description "seaward from the ordinary low-water mark on the coast of the mainland and the several islands of British Columbia" but must not be excepted by the words "harbours, bays, estuaries and other similar inland waters".

Both the relevant phrases are susceptible of contrasting interpretations. The meaning of the first phrase depends a great deal on the significance of the word "and". This phrase could mean that the inner limit of the area in question was the low-water mark on the coast of the mainland and also the low-water mark off the coast of the "several islands of British Columbia". In that case the lands in question in this Reference, being "seaward from the ordinary low-water mark on the coast of the mainland" would be part of the subject matter of the 1967 *Offshore Reference* unless excluded by the second phrase. On the other hand, these same words could also mean that the inner limit of the area in question is to be the low-water mark on the coast of the mainland where it fronts on the open sea, but where there are islands off the coast it is the low-water mark off these islands that is to form the inner limit. This latter reading of the phrase would make the area in question roughly the equivalent of the "Territorial Sea" as defined in the *Territorial Sea and Fishing Zones Act*, 1964-65 (Can.), c. 22, which according to the terms of the 1967 *Offshore Reference* undoubtedly defined the outer limits of the lands in issue. This latter reading would also explain the inclusion of the phrase "and the several islands of British Columbia", which, on the first reading would be superfluous since in every case the outer limit of the reference would be fixed by the *Territorial Sea and Fishing Zones Act*. On this second reading the subject lands would not be

La réponse à chacune des questions a), b) et c) a été «le Canada».

Pour que ces réponses puissent servir à trancher le présent pourvoi, les terres submergées du détroit Juan de Fuca, du détroit de Géorgie, du détroit de Johnstone et du détroit de la Reine-Charlotte doivent répondre à la description «à partir de la laisse de basse mer ordinaire des côtes du territoire continental et des différentes îles de la Colombie-Britannique», sans pour autant être comprises dans l'exception que constituent les mots «ports . . . baies . . . estuaires et . . . autres eaux intérieures de même nature».

L'un et l'autre membres de phrase se prêtent à des interprétations opposées. Le sens du premier dépend en grande partie de la signification donnée au mot «et». Ce membre de phrase pourrait vouloir dire que la limite intérieure du secteur en question est la laisse de basse mer des côtes du territoire continental et aussi la laisse de basse mer des côtes «des différentes îles de la Colombie-Britannique». Le cas échéant, les terres en question dans le présent renvoi, étant situées «à partir de la laisse de basse mer ordinaire des côtes du territoire continental» seraient visées par le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, à moins d'être exclues par le second membre de phrase. D'un autre côté, ces mêmes mots pourraient également signifier que la limite intérieure du secteur en question doit être la laisse de basse mer des côtes du territoire continental là où il longe la haute mer, mais que là où il y a des îles au large des côtes, c'est la laisse de basse mer de ces îles qui constitue la limite intérieure. Suivant cette dernière interprétation, le secteur en question correspondrait approximativement à la «mer territoriale» définie dans la *Loi sur la mer territoriale et les zones de pêche*, 1964-65 (Can.), chap. 22, qui, selon le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, fixe sans aucun doute les limites extérieures des terres en cause. Cette même interprétation permettrait également d'expliquer l'inclusion du membre de phrase «et des différentes îles de la Colombie-Britannique», qui, à première vue, serait superflu puisque, dans chaque cas, la limite extérieure serait celle fixée par la *Loi sur la mer territoriale et les zones de pêche*. D'après

included in the terms of the 1967 *Offshore Reference*.

Even if the first reading were correct and the subject lands are “seaward from the ordinary low-water mark on the coast of the mainland and the several islands of British Columbia” they would still not have been dealt with by the 1967 *Offshore Reference* if they were to fall within the exclusion for “harbours, bays, estuaries and other similar inland waters”. Here again there are two possible readings, depending on the meaning to be given to the word “inland”. In his factum the Attorney General of Canada insists on a distinction between internal waters and inland waters. “Internal waters”, he asserts, is an international law term referring to waters on the landward side of “base-lines” drawn from headland to headland in order to delimit the territorial sea. The straits in question are, he concedes, internal waters at international law. He submits, however, that they are not “inland waters”, which, he contends, is a common law term to designate waters *inter fauces terrae* (i.e. “within the jaws of the land”) which the common law considered to be within the body of a county and therefore within the realm of England. If his submission is correct and if the straits in question are not *inter fauces terrae* at common law then they cannot be “inland waters” and hence could not have been excluded from the 1967 *Offshore Reference* by the exception for “other similar inland waters”. Following this line of reasoning in their dissenting opinion, Seaton J.A. and McIntyre J.A. (as he then was) proceeded to examine the difficult question of whether the subject straits were *inter fauces terrae* at common law, eventually coming to a negative conclusion. The issue, however, is not as straightforward as might appear from the federal Attorney General’s submissions. The case law does not always observe the distinction he proposes and often uses the terms “inland” and “internal” interchangeably. As a result, while the federal Attorney General’s definition of “internal” may indeed be correct historically, by the mid-twentieth century the term “inland waters” could accurately be applied to either the common law or the international law concept. This means that irrespective of the

cette seconde interprétation, le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins* ne s’appliquerait pas aux terres en cause.

Même à supposer que la première interprétation soit exacte et que les terres en cause soient situées «à partir de la laisse de basse mer ordinaire des côtes du territoire continental et des différentes îles de la Colombie-Britannique», elles ne seraient toujours pas visées par le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins* si jamais l’exception établie dans le cas «des ports, des baies, des estuaires et des autres eaux intérieures de même nature» s’appliquait à elles. Ici encore, il y a deux interprétations possibles suivant le sens donné au mot «intérieures». Dans son mémoire, le procureur général du Canada fait valoir avec insistance qu’il y a une distinction entre les eaux dites *internal waters* et les eaux dites *inland waters*. *Internal waters*, affirme-t-il, est une expression de droit international qui désigne les eaux situées à l’intérieur des «lignes de base» tracées entre deux pointes de terre pour délimiter la mer territoriale. Tout en reconnaissant que les détroits en question sont des eaux dites *internal waters* en droit international, le procureur général fait valoir que ce ne sont pas des eaux dites *inland waters*, laquelle expression, prétend-il, est employée en *common law* pour désigner les eaux *inter fauces terrae* (c.-à-d. «entre les mâchoires de la terre»). En *common law*, ces eaux étaient considérées comme faisant corps avec un comté et, partant, avec le royaume d’Angleterre. À supposer que cet argument soit bien fondé et que les détroits en cause ne soient pas *inter fauces terrae* en *common law*, ils ne peuvent pas dans ce cas être des eaux dites *inland waters* et, par conséquent, ils ne peuvent avoir été soustraits à l’application du *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins* par l’exception relative aux «autres eaux intérieures de même nature». En suivant ce raisonnement dans leurs motifs de dissidence, les juges Seaton et McIntyre (maintenant juge de cette Cour) ont procédé à l’examen de la question délicate de savoir si les détroits en cause sont *inter fauces terrae* en *common law*; ils y ont répondu par la négative. La question en litige n’est toutefois pas aussi simple que peuvent le laisser entendre les arguments du procureur général du Canada. La jurisprudence n’observe pas toujours

answer to the vexed question of whether the straits in issue are *inter fauces terrae* they could plausibly be considered to be “other similar inland waters” and hence excluded from the 1967 *Offshore Reference*. If “inland” is interpreted as synonymous with “internal” then once again the inner limits of the 1967 *Offshore Reference* would coincide with the inner limits of the territorial sea at international law.

While it is true that in the abstract the wording of the first question in the 1967 *Offshore Reference* could be susceptible to these divergent meanings, a glance at the reasoning of this Court in that Reference leaves no doubt as to which of the readings the Court adopted.

Immediately after setting out the question posed to it, the Court, with the apparent purpose of delineating the parameters of this question, cited s. 3 of the *Territorial Sea and Fishing Zones Act*, *supra*, which reads:

3. (1) Subject to any exceptions under section 5, the territorial sea of Canada comprises those areas of the sea having, as their inner limits, the baselines described in section 5 and, as their outer limits, lines measured seaward and equidistant from such baselines so that each point of the outer limit line of the territorial sea is distant three nautical miles from the nearest point of the baseline.

(2) The internal waters of Canada include any areas of the sea that are on the landward side of the baselines of the territorial sea of Canada.

(Emphasis added.)

la distinction qu’il propose, les termes *inland* et *internal* y étant souvent employés indifféremment. En conséquence, bien que la définition donnée au mot *internal* par le procureur général du Canada puisse être exacte du point de vue historique, dès le milieu du vingtième siècle l’expression *inland waters* pouvait s’appliquer avec justesse aussi bien au concept de *common law* qu’à celui du droit international. Cela veut dire que, peu importe la réponse apportée à la question controversée de savoir si les détroits en cause se trouvent *inter fauces terrae*, ceux-ci peuvent être plausiblement considérés comme des «autres eaux intérieures de même nature» qui échappent donc à l’application du *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*. Si on considérait que le mot *inland* est synonyme du mot *internal*, alors là encore les limites intérieures fixées dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins* coïncideraient avec les limites intérieures de la mer territoriale en droit international.

Même s’il est exact qu’en théorie le texte de la première question posée dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins* peut être interprété de ces façons divergentes, un examen sommaire du raisonnement suivi par cette Cour dans ce renvoi ne laisse planer aucun doute quant à l’interprétation qu’elle a adoptée.

Immédiatement après avoir exposé la question dont elle était saisie, la Cour, dans le but évident d’en tracer les paramètres, a cité l’art. 3 de la *Loi sur la mer territoriale et les zones de pêche*, précitée, dont voici le texte:

3. (1) Sous réserve des exceptions que prévoit l’article 5, la mer territoriale du Canada comprend les régions de la mer ayant, pour limites intérieures, les lignes de base décrites à l’article 5 et, pour limites extérieures, des lignes mesurées vers la mer et également distantes de ces lignes de base, de façon que chaque point de la limite extérieure de la mer territoriale soit à une distance de trois milles marins du point le plus proche de la ligne de base.

(2) Les eaux intérieures du Canada comprennent les régions de la mer qui sont du côté des lignes de base de la mer territoriale du Canada faisant face à la terre.

(C’est moi qui souligne.)

After a brief historical outline the Court, at p. 800, articulated its understanding of the problem before it, namely “whether the territorial sea was within the boundary of the Province of British Columbia at the time of Confederation”. As a consequence, the heading under which it discusses the first question put to it is “The Territorial Sea”.

At page 801 the Court restates its perception of the nub of this issue: “Therefore, to succeed on this Reference, British Columbia must show that the territorial sea was, in 1871, part of the territory of British Columbia.” At page 807, the Court returns to this issue, citing as “the logical starting point” for discussing the status of the territorial sea, the 1958 *Geneva Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone*. To this end, it sets out Articles 1-4(1) of that Convention which read:

Article 1. 1. The sovereignty of a State extends, beyond its land territory and its internal waters, to a belt of sea adjacent to its coast, described as the territorial sea.

2. This sovereignty is exercised subject to the provisions of these articles and to other rules of international law.

Article 2. The sovereignty of a coastal State extends to the air space over the territorial sea as well as to its bed and subsoil.

Article 3. Except where otherwise provided in these articles, the normal baseline for measuring the breadth of the territorial sea is the low-water line along the coast as marked on large-scale charts officially recognized by the coastal State.

Article 4. 1. In localities where the coast line is deeply indented and cut into, or if there is a fringe of islands along the coast in its immediate vicinity, the method of straight baselines joining appropriate points may be employed in drawing the baseline from which the breadth of the territorial sea is measured.

(Emphasis added.)

Shortly thereafter the Court reiterates its conclusion that “in 1871 the Province of British Columbia did not have ownership or property in the territorial sea and that the province has not,

Après avoir fait un bref historique, la Cour, à la p. 800, a indiqué que, d’après elle, le problème soulevé était de savoir [TRADUCTION] «si la mer territoriale se trouvait dans les limites de la province de la Colombie-Britannique au moment de la Confédération». Par conséquent, elle a traité la première question qui lui était soumise sous la rubrique [TRADUCTION] «La mer territoriale».

À la page 801, la Cour réitère sa perception de l’essence de cette question: [TRADUCTION] «Donc, pour avoir gain de cause en l’espèce, la Colombie-Britannique doit démontrer qu’en 1871 la mer territoriale faisait partie du territoire de la Colombie-Britannique.» La Cour revient à cette question, à la p. 807, citant comme [TRADUCTION] «point de départ logique» d’une analyse du statut de la mer territoriale, la *Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë* (Genève, 1958). À cette fin, elle reproduit les art. 1 à 4(1) de cette convention:

Article 1. 1. La souveraineté de l’État s’étend, au-delà de son territoire et de ses eaux intérieures, à une zone de mer adjacente à ses côtes, désignée sous le nom de mer territoriale.

2. Cette souveraineté s’exerce dans les conditions fixées par les dispositions des présents articles et par les autres règles du droit international.

Article 2. La souveraineté de l’État riverain s’étend à l’espace aérien au-dessus de la mer territoriale, ainsi qu’au lit et au sous-sol de cette mer.

Article 3. Sauf disposition contraire des présents articles, la ligne de base normale servant à mesurer la largeur de la mer territoriale est la laisse de basse mer longeant la côte, telle qu’elle est indiquée sur les cartes marines à grande échelle reconnues officiellement par l’État riverain.

Article 4. 1. Dans les régions où la ligne côtière présente de profondes échancrures et indentations, ou s’il existe un chapelet d’îles le long de la côte, à proximité immédiate de celle-ci, la méthode des lignes de base droites reliant des points appropriés peut être adoptée pour le tracé de la ligne de base à partir de laquelle est mesurée la largeur de la mer territoriale.

(C’est moi qui souligne.)

Un peu plus loin la Cour réitère sa conclusion [TRADUCTION] «[qu’] en 1871, la province de la Colombie-Britannique n’avait ni la possession ni la propriété de la mer territoriale et qu’elle ne les a

since entering into Confederation, acquired such ownership or property". There follow numerous further references to the territorial sea leading to the conclusion at p. 816 that "The sovereign state which has the property in the bed of the territorial sea adjacent to British Columbia is Canada". The Court then concludes its discussion of the first question put to it with the following observations (at p. 817):

Moreover, the rights in the territorial sea arise by international law and depend upon recognition by other sovereign states. Legislative jurisdiction in relation to the lands in question belongs to Canada which is a sovereign state recognized by international law and thus able to enter into arrangements with other states respecting the rights in the territorial sea.

Canada is a signatory to the Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone and may become a party to other international treaties and conventions affecting rights in the territorial sea.

We answer Questions 1(a), 1(b) and 1(c) in favour of Canada.

(Emphasis added.)

All of this is consistent only with the conclusion that the Court was dealing with the issues of sovereignty, property and legislative jurisdiction with regard to the territorial sea as defined by international law, *i.e.* the waters and submerged lands to a width of three miles seaward of the coast of the mainland but where the mainland coast is deeply indented or has a fringe of islands in its immediate vicinity, seaward from baselines enclosing these features. The subject straits are not included in this area.

The dissenting opinions in the British Columbia Court of Appeal both expressed the view that in the 1967 *Offshore Reference* this Court answered the question put to it. With respect I agree but the question before the Court in 1967 was not the question before the Court today. As I have indicated, interpreting the first question of the 1967 *Offshore Reference* to refer to the territorial sea, as defined by international law and by the *Territorial Sea and Fishing Zones Act*, is fully in

pas acquises depuis son entrée dans la Confédération». Après avoir fait un bon nombre d'autres mentions de la mer territoriale, la Cour conclut, à la p. 816, que [TRADUCTION] «L'État souverain qui a la propriété du lit de la mer territoriale adjacente à la Colombie-Britannique est le Canada». Puis elle termine son analyse de la première question qui lui a été soumise en disant (à la p. 817):

[TRADUCTION] De plus, les droits sur la mer territoriale découlent du droit international et dépendent de leur reconnaissance par d'autres États souverains. La compétence législative à l'égard des terres en cause appartient au Canada qui, en tant qu'État souverain reconnu en droit international, est en mesure de conclure avec d'autres États des accords relatifs aux droits sur la mer territoriale.

Le Canada est signataire de la Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë et peut adhérer aux autres conventions et traités internationaux touchant les droits sur la mer territoriale.

Notre réponse aux questions 1a), 1b) et 1c) est en faveur du Canada.

(C'est moi qui souligne.)

Tout cela n'est compatible qu'avec la conclusion que la Cour traitait des questions de souveraineté, de propriété et de compétence législative relativement à la mer territoriale telle qu'elle est définie en droit international, *c.-à-d.* les eaux et les terres submergées s'étendant jusqu'à trois milles au large du littoral continental, mais lorsque celui-ci présente de profondes échancrures ou s'il y a un chapelet d'îles à proximité immédiate, cette distance se mesure à partir de lignes de base enfermant ces particularités géographiques. La zone ainsi délimitée ne comprend pas les détroits en cause.

L'un et l'autre juges dissidents en Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont exprimé l'avis que, dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, cette Cour a tranché la question dont elle était saisie. Avec égards, je suis d'accord, mais la question dont était saisie la Cour en 1967 n'est pas celle dont elle est saisie aujourd'hui. Comme je l'ai déjà souligné, l'interprétation voulant que la première question posée dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins* se rapporte à la

accord with the phrasing of the question, and makes much better sense of the inclusion of the phrase "and the several islands of British Columbia" than does the alternative possible reading.

I conclude that the *1967 Offshore Reference* did not deal with the waters and submerged lands in issue in the present Reference. It cannot be taken as having already decided the question now before the Court.

### III The Issues

While the *1967 Offshore Reference* is not dispositive of the present Reference, it is nevertheless crucial to the current deliberations.

At the centre of this Court's judgment in the *1967 Offshore Reference* was the decision in *R. v. Keyn* (1876), 2 Ex. D. 63. As explained in the short concurring judgment of Lush J. in that case, the majority in *Keyn* held that unless specifically extended by Parliament, the realm of England ended at the low-water mark and therefore, though waters within a three-mile radius of the shore might well be "British territory" as between nation and nation, for purposes of the common law they were beyond the realm.

In the *1967 Offshore Reference* this Court applied the reasoning in *Keyn* to the territorial sea surrounding British Columbia. It held that though immediately prior to Confederation this three-mile strip might well have been "British territory", the Imperial Parliament had done nothing to extend the boundaries of British Columbia to include this strip, and therefore the normal assumptions should prevail, namely that the territory of the colony just prior to Confederation ended at the low-water mark. The Court found added support for this assumption in the passage by the Imperial Parliament of the *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* which extended Admiralty jurisdiction to the waters in question. The Court considered this

mer territoriale selon la définition qu'en donne le droit international et la *Loi sur la mer territoriale et les zones de pêche* cadre parfaitement avec la formulation de cette question et explique, beaucoup mieux d'ailleurs que l'autre interprétation possible, l'inclusion du membre de phrase «et des différentes îles de la Colombie-Britannique».

Je conclus donc que le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins* ne porte nullement sur les eaux et les terres submergées présentement en cause. On ne peut pas considérer qu'il a déjà tranché la question dont la Cour est maintenant saisie.

### c III Les questions en litige

Bien que le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins* ne tranche pas le présent litige, il revêt néanmoins une importance cruciale dans les présentes délibérations.

L'arrêt de cette Cour dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins* repose principalement sur l'arrêt *R. v. Keyn* (1876), 2 Ex. D. 63. Comme l'explique le juge Lush dans ses brefs motifs concourants, la majorité dans l'arrêt *Keyn* a conclu qu'à moins d'une extension expresse par le législateur, le royaume d'Angleterre ne dépasse pas la laisse de basse mer et que, par conséquent, même si les eaux situées à moins de trois milles de la côte pouvaient bien être considérées en droit international comme faisant partie du [TRADUCTION] «territoire britannique», en *common law* il n'en est rien.

Dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, cette Cour a appliqué à la mer territoriale bordant la Colombie-Britannique le raisonnement adopté dans l'arrêt *Keyn*. Elle a conclu que, même si immédiatement avant la Confédération cette bande de trois milles pouvait bien avoir fait partie du «territoire britannique», le Parlement impérial n'avait rien fait pour étendre les frontières de la Colombie-Britannique de manière à inclure cette bande et que, par conséquent, les présomptions normales devaient l'emporter, savoir que le territoire de la colonie juste avant la Confédération ne dépassait pas la laisse de basse mer. La Cour a trouvé un appui supplémentaire, au sujet de cette présomption, dans l'adoption par le Parle-

enactment inconsistent with any theory that at the time British Columbia possessed as part of its territory the *solum* of the territorial sea.

In order to succeed in the present Reference, therefore, British Columbia must demonstrate that prior to Confederation either the lands and waters in question were “within the realm” as that term is used in *R. v. Keyn* or else that by some overt act Britain incorporated them into the territory of the Colony of British Columbia so as to displace the “normal assumption” cited in the *1967 Offshore Reference*. British Columbia claims that it can do both. Canada contends that the province can do neither.

If British Columbia can demonstrate either of these alternatives, it would necessarily follow that the lands in question were within British Columbia when it entered Confederation and consequently British Columbia has retained proprietorship. If, on the other hand, it cannot make good on either claim, then the lands and waters were not within the province at Confederation, the United Kingdom retained them between 1871 and the period (1919-1931) during which Canada acquired sovereign status and succeeded to the rights of the United Kingdom.

British Columbia claims that its rights of proprietorship derive from the terms of the constitutive instruments of the Colony of Vancouver Island, the Colony of British Columbia and the United Colony of British Columbia, the cumulative effect of which it contends was to include the subject lands within the boundaries of British Columbia. In addition, or in the alternative, it contends that since all the contiguous dry lands within the Dominion of the Crown became part in 1858 of the separate colonies of Vancouver Island and British Columbia and then in 1866 of the

ment impérial de la *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* qui a étendu la compétence de la Cour d’amirauté aux eaux en question. La Cour a estimé que cette loi était incompatible avec toute théorie portant que le lit de la mer territoriale faisait à l’époque partie du territoire de la Colombie-Britannique.

Pour avoir gain de cause en l’espèce, la Colombie-Britannique doit donc démontrer qu’avant la Confédération les terres et les eaux en question étaient situées [TRADUCTION] «à l’intérieur du royaume» au sens de cette expression dans l’arrêt *R. v. Keyn*, ou encore que la Grande-Bretagne les a expressément incorporées dans le territoire de la colonie de la Colombie-Britannique, détruisant ainsi [TRADUCTION] «la présomption normale» mentionnée dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*. La Colombie-Britannique prétend qu’elle peut le faire dans les deux cas. Le Canada soutient que la province ne peut le faire ni dans l’un ni dans l’autre cas.

Si la Colombie-Britannique pouvait démontrer l’une ou l’autre de ces propositions, il s’ensuivrait nécessairement que les terres en cause faisaient partie de ladite province au moment de son entrée dans la Confédération et que, par conséquent, elle en a conservé la propriété. Si, par contre, elle ne peut pas établir le bien-fondé de l’une ou l’autre réclamation, on en déduira que les terres et les eaux n’étaient pas comprises dans la province lors de la Confédération et qu’elles ont continué d’appartenir au Royaume-Uni entre 1871 et la période (de 1919 à 1931) pendant laquelle le Canada a acquis la souveraineté et est devenu titulaire des droits du Royaume-Uni.

La Colombie-Britannique fait valoir que ses droits de propriété découlent des actes constitutifs de la colonie de l’île Vancouver, de la colonie de la Colombie-Britannique et de la colonie unie de la Colombie-Britannique, qui, selon elle, ont pour effet cumulatif d’inclure les terres en cause dans les limites de la Colombie-Britannique. De plus ou à titre subsidiaire, elle soutient que, puisque toutes les terres contiguës non submergées à l’intérieur du Dominion de Sa Majesté sont devenues en 1858 partie intégrante des colonies distinctes de l’île Vancouver et de la Colombie-Britannique puis, en

United Colony by virtue of the "inland waters" doctrine, the enclosed submerged lands became first part of one or the other of the separate colonies and then part of the United Colony of British Columbia. On either or both of these bases, according to the Province, the submerged lands were within the boundaries of the Colony of British Columbia (and hence the property of the Crown in right of that colony) immediately prior to Confederation, so that at Confederation they became the property of the Crown in right of the Province of British Columbia.

Canada denies that the constitutive instruments cited by British Columbia placed any of the lands in question within the boundaries of either the separate colonies or the United Colony, or that the common law would have recognized these lands or the waters above them as forming part of the contiguous dry lands. Since, in Canada's submission, the subject lands were never within the boundaries of the Colony of British Columbia, they could not pass to the Province of British Columbia at Confederation but rather remained vested in the Imperial Crown and upon Canada's accession to sovereignty passed to the Crown in right of Canada.

#### IV Statutory Boundaries

##### (A) *Events Leading Up to the Oregon Treaty, 1846*

For a correct appreciation of the boundaries question, it is necessary to look back through the mists of time to the history of British Columbia prior to 1871.

In the latter part of the 18th century, Britain, Spain, Russia and the United States all claimed sovereignty over the west coast of North America.

The British claim depended on the exploration of Captain Cook in 1774, Captain Meares in 1788 and Captain Vancouver in 1792. In 1788 Captain Meares specifically annexed "the Straits of John de Fuca" as he put it "in the name of the King of

1866, de la colonie unie en vertu de la doctrine des eaux dites *inland waters*, les terres submergées situées entre l'île Vancouver et la Colombie-Britannique ont d'abord fait partie de l'une ou l'autre de ces colonies distinctes et ensuite de la colonie unie de la Colombie-Britannique. Selon la province, pour l'une ou l'autre de ces raisons ou pour les deux à la fois, les terres submergées étaient comprises dans la colonie de la Colombie-Britannique (et appartenaient donc à Sa Majesté du chef de cette colonie) immédiatement avant la Confédération, de sorte qu'à la Confédération elles sont devenues la propriété de Sa Majesté du chef de la province de la Colombie-Britannique.

Le Canada nie que les actes constitutifs invoqués par la Colombie-Britannique aient placé les terres en cause à l'intérieur des frontières de l'une ou l'autre des colonies distinctes ou de la colonie unie, ou que la *common law* aurait reconnu que ces terres ou les eaux surjacentes font partie des terres contiguës non submergées. Puisque, suivant l'argument du Canada, les terres en cause n'ont jamais été comprises dans la colonie de la Colombie-Britannique, elles n'ont pas pu passer à la province de la Colombie-Britannique au moment de la Confédération, mais ont plutôt continué d'appartenir à Sa Majesté impériale, passant à Sa Majesté du chef du Canada lorsque ce dernier a acquis la souveraineté.

#### IV Les frontières légales

##### A) *Les événements qui ont abouti à la signature du traité d'Oregon de 1846*

Afin de pouvoir cerner exactement la question des frontières, il est nécessaire de remonter dans l'histoire de la Colombie-Britannique jusqu'à la période antérieure à 1871.

Vers la fin du 18<sup>e</sup> siècle, la Grande-Bretagne, l'Espagne, la Russie et les États-Unis réclamaient tous la souveraineté sur la côte ouest de l'Amérique du Nord.

La réclamation britannique était fondée sur les explorations du capitaine Cook en 1774, du capitaine Meares en 1788 et du capitaine Vancouver en 1792. En 1788, le capitaine Meares a spécifiquement annexé [TRADUCTION] «le détroit John



Britain, with the forms that had been adopted by preceding navigators on similar occasions". Four years thereafter, on the King's birthday, Captain Vancouver took "formal possession of all the countries we had been lately employed in exploring, in the name of, and for His Britannic Majesty, his heirs and successors". He described the extent of these territories as follows:

... the coast, from, that part of New Albion, in the latitude of 39° 20' north, and longitude of 236° 26' east, to the entrance of this inlet of the sea, said to be the supposed straits of Juan de Fuca; and likewise all the coast islands &c., within the said straits, as well on the northern as on the southern shores; together with those situated in the interior sea we had discovered, extending from the said straits in various directions, between the north-west, north, east, and southern quarters; which interior sea I have honoured with the name of the Gulf of Georgia, and the continent binding the said gulf, and extending southward to the 45th degree of north latitude, with that of New Georgia, in Honour of His present Majesty.

(Emphasis added.)

By the beginning of the 19th century the Spanish claim to the Pacific Northwest had been dropped and the Russian claim was restricted to Alaska and the far north. That left Britain and the United States. An 1818 Anglo-American Treaty established the 49th parallel as the international border from Lake of the Woods to the Rocky Mountains, but left the territory west of the Rockies open to the nationals of both countries. In the negotiations leading to the 1818 Treaty, Britain claimed its coastal territories extended south to 42° latitude, now the Oregon-California border. The Americans claimed north to 54° 40', the southern tip of the Alaska "panhandle". Both sides proposed compromises. The Americans would have extended the 49th parallel border to the Pacific, while Britain proposed that the Columbia River, on which the City of Portland, Oregon is now

de Fuca», comme il l'appelait, [TRADUCTION] «au nom du Roi de la Grande-Bretagne, selon la formule adoptée par d'autres navigateurs en des occasions semblables». Quatre ans plus tard, le jour de l'anniversaire de naissance du Roi, le capitaine Vancouver a pris [TRADUCTION] «possession officiellement, au nom et au profit de Sa Majesté britannique, de ses héritiers et de ses successeurs, de toutes les contrées que nous nous sommes depuis peu employés à explorer». Il a décrit ainsi l'étendue de ces territoires:

[TRADUCTION] ... la côte, depuis le secteur de New Albion compris entre 39° 20' de latitude nord et 236° 26' de longitude est, jusqu'à l'entrée de ce bras de mer qu'on dit être le détroit Juan de Fuca; de même que toutes les îles côtières, etc. qui se trouvent dans ledit détroit, aussi bien du côté du littoral nord que de celui du littoral sud, ainsi que celles situées dans la mer intérieure que nous avons découverte et qui s'étend à partir dudit détroit dans différentes directions entre les secteurs nord-ouest, nord, est et sud; à laquelle mer intérieure j'ai donné le nom de golfe de Géorgie, et au continent bordant ledit golfe et s'étendant vers le sud jusqu'à 45° de latitude nord, celui de New Georgia, en l'honneur du présent souverain.

(C'est moi qui souligne.)

Dès le début du 19<sup>e</sup> siècle, l'Espagne avait renoncé à la côte nord-ouest du Pacifique et la réclamation russe se limitait à l'Alaska et au Grand Nord. Il restait donc la Grande-Bretagne et les États-Unis. Un traité anglo-américain conclu en 1818 fixait le 49<sup>e</sup> parallèle comme frontière internationale depuis le lac des Bois jusqu'aux montagnes Rocheuses, mais laissait ouvert aux ressortissants des deux pays le territoire situé à l'ouest des Rocheuses. Au cours des négociations qui ont abouti au traité de 1818, la Grande-Bretagne a soutenu que ses territoires côtiers s'étendaient jusqu'à 42° de latitude sud, l'actuelle frontière entre l'Oregon et la Californie. Les Américains pour leur part réclamaient jusqu'à 54° 40' de latitude nord, soit l'extrémité sud de l'«enclave» de l'Alaska. L'une et l'autre parties ont proposé des compromis. Les Américains auraient étendu jusqu'au Pacifique la frontière établie le long du 49<sup>e</sup> parallèle, alors que la Grande-Bretagne a proposé que la frontière suive le tracé du fleuve Columbia sur lequel se trouve actuellement la ville

situated, become the border. Neither compromise proved acceptable.

Britain had given the Hudson's Bay Company an exclusive trading license in the territory west of the Rockies. In the 1830's and 1840's American settlers poured into the area that is now the State of Oregon. They resented the Hudson's Bay Company monopoly, and pressure for a border settlement increased. Fearing settler revolt, the Hudson's Bay Company was forced to move its stores at Fort Vancouver on the Columbia, to Fort Victoria, a new and safer location on the southern portion of Vancouver Island.

Against this background negotiations proceeded between Britain and the United States. In terms of formal legal claims each country continued to assert sovereignty in, and proprietary rights over, the entire expanse of territory between the California border and the Alaska panhandle. As a practical matter, however, settlement patterns considerably narrowed the range of realistic possibilities for agreement. The correspondence between the United States and Britain leading up to the 1846 Oregon Treaty shows that both sides contemplated an eventual border in the vicinity of the 49th parallel. The main concern by both parties was about navigation rights in the Strait of Juan de Fuca. The British had long refused to accept a 49th parallel border because it would have "severed" Vancouver Island, and "sealed" the "Gulf of Georgia" and the Strait of Juan de Fuca to British ships. For their part, the Americans had been forcibly excluded from these straits for over 30 years. They claimed that Juan de Fuca was "an arm of the sea" and not a "closed sea" and that "all nations would possess the same right to navigate it".

A compromise was finally reached in the Oregon Treaty of 1846. The precise wording of the

de Portland (Oregon). Ni l'un ni l'autre compromis ne s'est révélé acceptable.

La Grande-Bretagne avait conféré à la Compagnie de la Baie d'Hudson une licence commerciale exclusive pour le territoire à l'ouest des Rocheuses. Au cours des années 1830 et 1840, des colons américains ont afflué dans la région qui constitue maintenant l'État d'Oregon. Comme ces derniers se rebiffaient contre le monopole de la Compagnie de la Baie d'Hudson, un règlement de la question de la frontière s'imposait de plus en plus. Craignant une révolte des colons, la Compagnie s'est vue dans l'obligation de transférer ses magasins de Fort Vancouver sur le fleuve Columbia à Fort Victoria, un emplacement nouveau et plus sûr situé dans la partie sud de l'île Vancouver.

C'est dans ce contexte que se sont déroulées des négociations entre la Grande-Bretagne et les États-Unis. Sur le plan de leurs réclamations officielles, chacun des pays a continué de revendiquer la souveraineté et des droits de propriété sur tout le territoire compris entre la frontière de la Californie et l'enclave de l'Alaska. En pratique toutefois, la répartition des colonies réduisait sensiblement les possibilités d'entente réaliste. La correspondance échangée entre les États-Unis et la Grande-Bretagne préalablement à la signature du traité d'Oregon de 1846 démontre que les deux parties envisageaient une frontière éventuellement située aux environs du 49<sup>e</sup> parallèle. Les deux parties se préoccupaient surtout des droits de navigation dans le détroit Juan de Fuca. Les Britanniques refusaient depuis longtemps d'accepter le 49<sup>e</sup> parallèle comme frontière parce qu'il aurait [TRADUCTION] «divisé» l'île Vancouver et rendu le [TRADUCTION] «golfe de Géorgie» et le détroit Juan de Fuca [TRADUCTION] «inaccessibles» aux navires britanniques. Quant aux Américains qui, depuis plus de trente ans avaient été forcément exclus de ce détroit, ils ont fait valoir que Juan de Fuca était [TRADUCTION] «un bras de mer» et non pas une [TRADUCTION] «mer intérieure» et que [TRADUCTION] «toutes les nations possèdent le même droit d'y naviguer».

Les parties ont fini par en arriver à un compromis dans le traité d'Oregon de 1846. Vu son

passage establishing the border line is important. It provides:

“the line of boundary between the territories of Her Britannic Majesty and those of the United States shall be continued westward along the said 49th parallel . . . to the middle of the channel which separates the continent from Vancouver’s Island; and thence southerly, through the middle of the said channel, and of Fuca’s Straits to the Pacific Ocean”; . . .

(Emphasis added.)

The Treaty goes on to provide that the navigation of the whole of the said channel and straits south of the 49th parallel would remain free and open to both parties. No other nation is given navigation rights south of the 49th parallel, nor is there any provision for free American navigation north of this parallel which include most of the Georgia Strait and all of Johnstone and Queen Charlotte Straits.

That a border delineation will amount to an effective territorial claim is affirmed by the decision of the New Brunswick Supreme Court in *R. v. Burt* (1932), 5 M.P.R. 112, in a passage cited by this Court in the *1967 Offshore Reference, supra*, at p. 809:

. . . by the Royal Instructions issued to Governor Carleton upon the separation of what is now the Province of New Brunswick from the Province of Nova Scotia, the southern boundary of the new Province was defined as “a line in the centre of the Bay of Fundy from the River Saint Croix aforesaid to the mouth of the Musquat (Missiquash) River” clearly indicating the claim of Great Britain at that time to the whole of the Bay of Fundy as a portion of her territory.

In the *1967 Offshore Reference* this Court was satisfied that even a simple border delineation such as the one referred to in *Burt* would have been sufficient to render a maritime location “within the boundaries of the Province”. The Oregon Treaty, however, is more than simply a border delineation. It is the resolution of the competing British and American claims to ownership over the entire “Oregon Territory”. The demarcation of the 49th parallel and the mid-channel point in the Straits as the international boundary constitutes a

importance, nous reproduisons la formulation exacte du passage établissant la frontière:

[TRADUCTION] . . . la frontière entre les territoires de Sa Majesté britannique et ceux des États-Unis sera prolongée vers l’ouest le long dudit 49<sup>e</sup> parallèle . . . jusqu’au milieu du chenal qui sépare le continent et l’île de Vancouver; et de là, vers le sud, au milieu dudit chenal et du détroit de Fuca jusqu’à l’océan Pacifique; . . .

*b* (C’est moi qui souligne.)

Le traité ajoute que les deux parties pourront naviguer librement partout dans lesdits chenal et détroit au sud du 49<sup>e</sup> parallèle. Aucune autre nation ne reçoit le droit de naviguer au sud du 49<sup>e</sup> parallèle et aucune disposition ne prévoit que les Américains pourront naviguer librement dans les eaux situées au nord de ce parallèle, qui comprennent la majeure partie du détroit de Géorgie et l’ensemble des détroits de Johnstone et de la Reine-Charlotte.

*e* Dans un passage cité par cette Cour à la p. 809 du *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, l’arrêt de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick, *R. v. Burt* (1932), 5 M.P.R. 112, confirme que la délimitation d’une frontière équivaut à une authentique réclamation territoriale:

*f* [TRADUCTION] . . . dans les directives royales données au gouverneur Carleton lors de la séparation de la province de la Nouvelle-Écosse de ce qui constitue maintenant la province du Nouveau-Brunswick, la frontière sud a été définie comme «une ligne au centre de la baie de Fundy à partir de la rivière Sainte-Croix susmentionnée jusqu’à l’embouchure de la rivière Musquat (Missiquash)», ce qui indique clairement que la Grande-Bretagne revendiquait, à cette époque, toute la baie de Fundy comme partie de son territoire.

*h* Dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, cette Cour était convaincue qu’une simple délimitation de frontière comme celle mentionnée dans l’arrêt *Burt* aurait suffi pour situer un lieu maritime [TRADUCTION] «à l’intérieur des frontières de la province». Cependant, le traité d’Oregon constitue plus qu’une simple délimitation de frontière. Il constitue le règlement des réclamations britanniques et américaines concurrentes de la propriété de tout le «territoire de l’Oregon». La démarcation du 49<sup>e</sup> parallèle et du point au milieu

recognition by each signatory of the claims of the other to proprietorship over all "the territories" up to that boundary. The arrangements as to navigation rights, wherein each party purports to grant to the other navigation rights in certain of the waters on its side of the new boundary can simply be viewed as a further confirmation that both parties addressed their minds to the ownership of these waters and were asserting proprietary rights therein. If there is any doubt that the acts of Captains Meares and Vancouver in the late 1700's amounted to a claim of proprietorship over the subject waters, as well as over the islands, there can be no doubt that after 1846 these waters were part of British territory.

(B) *The Constitutive Instruments of the Colony of Vancouver Island*

If the waters and submerged lands between Vancouver Island and the mainland became British property in 1846 at the latest, the next question is this: were these waters and submerged lands subsequently transferred to the Colony, or did they remain British property until at least 1871 when British Columbia entered Confederation?

The first British colony in the Pacific Northwest was the Colony of Vancouver Island, which was granted to the Hudson's Bay Company in 1849 for purposes of colonization. British Columbia claims that the terms of the granting document expressly placed the subject lands within the boundaries of the colony. This document is, for the era, typically long. The pertinent parts are as follows:

And whereas by a treaty between Ourselves and the United States ... signed ... on the fifteenth day of June, one thousand eight hundred and forty-six it was agreed ... That from the point of the forty-ninth parallel ... where the boundary ... between Great Britain and the said United States terminated, the line of boundary between Our territories and those of the United States should be continued westward along the

des détroits comme frontière internationale constitue une reconnaissance, par chaque signataire, des réclamations faites par l'autre de la propriété de tous «les territoires» jusqu'à cette frontière. Les arrangements relatifs aux droits de navigation, dans lesquels chaque partie est censée accorder à l'autre des droits de navigation dans certaines des eaux situées de son côté de la nouvelle frontière, peuvent être considérés comme un autre indice que les deux parties ont porté attention à la propriété de ces eaux et ont fait valoir des droits de propriété à leur égard. Si on peut douter que les actes posés par les capitaines Meares et Vancouver vers la fin du 18<sup>e</sup> siècle aient correspondu à une revendication de la propriété des eaux en cause et aussi des îles qui s'y trouvent, il ne fait aucun doute qu'après 1846 ces eaux faisaient partie du territoire britannique.

B) *Les actes constitutifs de la colonie de l'île Vancouver*

Si les eaux et les terres submergées situées entre l'île Vancouver et le continent sont devenues la propriété de la Grande-Bretagne en 1846 au plus tard, la question qui se pose ensuite est la suivante: ces eaux et ces terres submergées ont-elles été par la suite transférées à la colonie ou ont-elles continué d'appartenir à la Grande-Bretagne au moins jusqu'en 1871, année où la Colombie-Britannique est entrée dans la Confédération?

La première colonie britannique sur la côte nord-ouest du Pacifique a été la colonie de l'île Vancouver qui a été concédée à la Compagnie de la Baie d'Hudson en 1849 à des fins de colonisation. La Colombie-Britannique soutient que l'acte de concession place expressément les terres en cause à l'intérieur des frontières de la colonie. Cet acte a la longueur typique des documents de l'époque. Les parties qui nous intéressent sont les suivantes:

[TRANSDUCTION] Et attendu que, par traité entre Nous-même et les États-Unis ... signé ... le quinze juin mil huit cent quarante-six, il a été convenu ... Qu'à partir du point situé sur le quarante-neuvième parallèle ... où la frontière ... entre la Grande-Bretagne et lesdits États-Unis se termine, la frontière entre Nos territoires et ceux des États-Unis doit être prolongée vers l'ouest le long dudit parallèle ... jusqu'au milieu du chenal qui

said parallel ... to the middle of the channel which separates the continent from Vancouver Island, and thence southerly through the middle of the said channel and of De Fuca's Straits to the Pacific Ocean . . . .

And whereas ... [the Hudson's Bay] Company have traded as well within as beyond the limits of the lands and territories granted to them ... and have in connection with and for the protection of their trade ... been in the habit of erecting forts and other isolated establishments ... and some of such ... are now existing in that part of Our said territories in North America, including Vancouver Island, the boundary line between which and the territories of the said United States is determined by the herein-before recited treaty . . . .

And whereas it would induce greatly to the maintenance of peace, justice and good order, and to the advancement of colonization and to the promotion ... of trade and commerce in, and also to the protection and welfare of native Indians residing within ... Vancouver Island, if such Island were colonized by settlers from the British dominions . . . .

... We being moved by the reasons before mentioned, do ... give, grant, and confirm unto the said ... Company ... all that the said Island called Vancouver Island, together with all royalties of the seas upon these coasts within the limits aforesaid, and all mines royal thereto belonging. And further, We do ... constitute the said ... Company ... the true and absolute lords and proprietors of the said territories limits and places, and of all other the premises ... to have, hold, possess, and enjoy ... in free and common socage, at the yearly rent of seven shillings ... Provided always, ... that this present grant is made to the intent that the said ... Company shall establish ... settlements of resident colonists, ... from our United Kingdom ... and shall dispose of the land there ... for the purposes of colonization; ... at a reasonable price, ... and that all moneys which shall be received ... for the purchase of such land, and also from all payments which may be made ... for ... coal or other minerals ... shall, after deduction of ... profit as shall not exceed ... ten per cent ... be applied toward the colonization and improvement of the island;

The 1849 grant refers to the Oregon Treaty on two occasions. First:

And whereas by a treaty between Ourselves and the United States of America for the settlement of the Oregon Boundary ... it was agreed ... that ... the line of boundary between Our territories and those of the

sépare le continent et l'île Vancouver, et de là, vers le sud, au milieu dudit chenal et du détroit De Fuca jusqu'à l'océan Pacifique ...

<sup>a</sup> Et attendu que ... la Compagnie [de la Baie d'Hudson] ... [a] exercé ... [son] commerce aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur des limites des terres et des territoires qui ... [lui] ont été concédés ... et que, dans le cadre de ce commerce et pour le protéger ... [elle a] eu l'habitude d'ériger des forts et d'autres postes isolés ... dont certains ... existent actuellement dans cette partie de Nos dits territoires en Amérique du Nord, y compris l'île Vancouver, dont la frontière qui les sépare des territoires desdits États-Unis est fixée dans le traité susmentionné ...

<sup>b</sup> Et attendu que, si ... l'île Vancouver était peuplée par des colons venant des dominions britanniques ... cela contribuerait dans une large mesure au maintien de la paix, de la justice et de l'ordre, à l'avancement de la colonisation, au développement ... des échanges et du commerce sur ladite île et également à la protection et au bien-être des autochtones qui y résident ...

<sup>c</sup> ... Pour les motifs susmentionnés, Nous ... confirmons que Nous donnons et concédons ... à ladite Compagnie ... l'ensemble de ladite île appelée île Vancouver, ainsi que tous les droits royaux relatifs aux mers baignant ces côtes dans les limites susmentionnées et toutes les mines royales qui s'y trouvent. De plus, Nous ... constituons ... ladite Compagnie ... maîtresse[...] et propriétaire[...] véritable[...] et absolue[...] desdits territoires, desdites limites, desdits lieux et de tous les autres lieux ... de manière à en avoir la possession et la jouissance ... en toute propriété, moyennant un loyer annuel de sept shillings ... Toutefois ... la présente concession est faite avec l'intention que ... ladite Compagnie établisse ... des colonies peuplées de colons ... de Notre Royaume-Uni ... et dispose[...] ... des terres qui s'y trouvent ... à des fins de colonisation ... à un prix raisonnable ... et que toutes les recettes provenant ... de la vente de ces terres et aussi de tous les paiements qui peuvent être faits ... en échange ... du charbon ou des autres minéraux ... soient, après déduction ... [d'un] profit ne dépassant pas ... dix pour cent ... , affectées à la colonisation et à l'amélioration de l'île;

L'acte de concession de 1849 mentionne le traité d'Oregon à deux reprises. Premièrement:

[TRADUCTION] Et attendu que, par traité entre Nous-même et les États-Unis d'Amérique pour le règlement de la frontière de l'Oregon ... il a été convenu ... [que] ... la frontière entre Nos territoires et ceux des États-

United States should be continued westward along the said [49th] parallel of north latitude to the middle of the channel which separates the continent from Vancouver Island, and thence southerly through the middle of the said channel of De Fuca's Straits to the Pacific Ocean  
 . . . .

(Emphasis added.)

Second:

And whereas . . . [the Hudson's Bay] Company have . . . been in the habit of erecting forts and other isolated establishments . . . in that part of Our said territories in North America, including Vancouver Island, the boundary line between which and the territories of the said United States is determined by the herein-before recited treaty . . . .

(Emphasis added.)

I do not agree with British Columbia's submission that the grant says that the boundary line between the Colony of Vancouver Island and the territories of the United States was the line determined by the 1846 Treaty. On the contrary, the grant states quite clearly, in each of the above passages, that the 1846 Treaty establishes a boundary line between "Our territories" and the "territories of the said United States". The reference is to an international boundary. British Columbia's claim with regard to this document is as follows:

[In] the grant of Vancouver Island to the Hudson's Bay Company of 13 January 1849, the British government defined Vancouver Island as including the waters up to the international boundary line, for it is stated therein that the boundary line between Vancouver Island and the territories of the United States was the line determined by the 1846 Treaty.

As a consequence, in the province's submission, these waters and adjacent lands were transferred to the Colony in the grant of "all . . . the said Island called Vancouver Island".

I cannot agree. The passage cited by British Columbia refers to the forts of the Hudson's Bay Company and reads as follows:

. . . and some of such . . . are now existing in that part of our said territories in North America, including Vancouver Island, the boundary line between which and the

Unis doit être prolongée vers l'ouest le long dudit [49°] parallèle de latitude nord jusqu'au milieu du chenal qui sépare le continent et l'île Vancouver, et de là, vers le sud, au milieu dudit chenal et du détroit De Fuca jusqu'à l'océan Pacifique . . .

(C'est moi qui souligne.)

Deuxièmement:

[TRADUCTION] Et attendu que . . . la Compagnie [de la Baie d'Hudson] . . . [a] eu l'habitude d'ériger des forts et d'autres postes isolés . . . dans cette partie de Nos dits territoires en Amérique du Nord, y compris l'île Vancouver, dont la frontière qui les sépare des territoires desdits États-Unis est fixée dans le traité susmentionné . . .

(C'est moi qui souligne.)

Je rejette l'argument de la Colombie-Britannique selon lequel il se dégage de l'acte de concession que la frontière entre la colonie de l'île Vancouver et les territoires des États-Unis était celle fixée par le traité de 1846. Au contraire, l'acte dit très clairement, dans chacun des passages précités, que le traité de 1846 établit une frontière entre «Nos territoires» et les «territoires desdits États-Unis». On parle d'une frontière internationale. Voici le point de vue de la Colombie-Britannique à l'égard de ce document:

[TRADUCTION] [Dans] l'acte du 13 janvier 1849 par lequel l'île Vancouver a été concédée à la Compagnie de la Baie d'Hudson, le gouvernement britannique a décrit l'île Vancouver comme comprenant les eaux qui s'étendaient jusqu'à la frontière internationale, car il y est stipulé que la frontière entre l'île Vancouver et les territoires des États-Unis est celle fixée par le traité de 1846.

Il s'ensuit, selon la province, que la concession de «l'ensemble de ladite île appelée île Vancouver» comprenait le transfert à la colonie de ces eaux et terres adjacentes.

Je ne puis être d'accord. Le passage cité par la Colombie-Britannique vise les forts de la Compagnie de la Baie d'Hudson et est ainsi conçu:

[TRADUCTION] . . . dont certains . . . existent actuellement dans cette partie de Nos dits territoires en Amérique du Nord, y compris l'île Vancouver, dont la fron-

said territories of the said United States is determined by the herein-before recited treaty . . . .

(Emphasis added.)

Is the antecedent of the pronoun “which” in the phrase underlined above, “Vancouver Island” or “that part of our said territories in North America”? Even when the sentence is read in isolation, it is the latter reading that commends itself to common sense. The phrase in question identifies the portion of British territories in North America in which the Hudson’s Bay Company has erected forts. When read as referring to Vancouver Island, the phrase becomes purposeless. An appositive phrase specifying the location of Hudson’s Bay Company forts is a very unlikely place for a delineation of colonial boundaries.

This impression as to the meaning of the sentence in question is strengthened by reference to the entire document. The Oregon Treaty is mentioned twice in the granting document, once in the passage under consideration and once in the preceding preamble which recites that it was agreed by that treaty that “the line of boundary between Our territories and those of the United States should be continued westward . . . to the middle of the channel which separates the continent from Vancouver Island”. This earlier passage makes it much more likely that the subsequent mention of the boundary would also refer to a line separating “Our territories” and those of the United States. It also reinforces the impression that “Vancouver Island” is an entity distinct from “the channel which separates the continent from Vancouver Island”. As the subsequent granting clause makes clear it was “the said Island” that was given to the Company for colonial purposes.

The granting clause also bestows “all the royalties of the seas upon these coasts within the limits aforesaid, and all mines royal thereto belonging”. It is true that some of these “mines royal” notably those at Nanaimo did extend under the straits in question, but the specific mention of these mines strengthens rather than weakens the conclusion that apart from such specified exceptions no prop-

rière qui les sépare desdits territoires des États-Unis est fixée dans le traité susmentionné . . .

(C’est moi qui souligne.)

<sup>a</sup> Dans le membre de phrase souligné du texte anglais, le pronom relatif *which* a-t-il pour antécédent «l’île Vancouver» ou bien «cette partie de Nos dits territoires en Amérique du Nord»? Même si on prend la phrase isolément, c’est la seconde interprétation qui est la plus conforme au bon sens. La phrase en question identifie la partie des territoires britanniques en Amérique du Nord où la Compagnie de la Baie d’Hudson a érigé des forts. Si c’est l’île Vancouver qui est visée, la phrase est dès lors sans objet. Il est d’ailleurs fort peu probable que la description des frontières d’une colonie se fasse dans une apposition indiquant l’emplacement des forts de la Compagnie de la Baie d’Hudson.

Le document dans son ensemble renforce cette impression quant au sens de la phrase en question. Le traité d’Oregon est mentionné à deux reprises dans l’acte de concession, savoir dans le passage présentement à l’étude et dans le préambule où il est dit qu’il était convenu dans ce traité que «la frontière entre Nos territoires et ceux des États-Unis doit être prolongée vers l’ouest . . . jusqu’au milieu du chenal qui sépare le continent et l’île Vancouver». Compte tenu de ce dernier passage, il est d’autant plus probable que, lorsque la frontière est mentionnée plus loin, il s’agit aussi d’une ligne séparant «Nos territoires» et ceux des États-Unis. Cela renforce en outre l’impression que «l’île Vancouver» est une entité distincte du «chenal qui sépare le continent et l’île Vancouver». Comme l’indique clairement la clause de concession, c’est «ladite île» qui a été attribuée à la Compagnie à des fins de colonisation.

Concession est faite également de «tous les droits royaux relatifs aux mers baignant ces côtes dans les limites susmentionnées et [de] toutes les mines royales qui s’y trouvent». Il est vrai que certaines de ces «mines royales», notamment celles de Nanaimo, se prolongeaient sous les détroits en question, mais la mention expresse de ces mines, loin de l’affaiblir, renforce la conclusion que, mises

erty in the subject lands passed to the Colony of Vancouver Island by the terms of the 1849 grant.

While the terms of the grant of Vancouver Island to the Hudson's Bay Company cannot be read as conferring proprietorship over the subject lands, the grant is nevertheless notable for its confirmation in two places of the language of the Oregon Treaty, namely that British "territories" in the Pacific Northwest extended to the middle of the channel separating Vancouver Island from the United States.

(C) *The Constitutive Instruments of the Colony of British Columbia*

Mainland British Columbia became a colony by Imperial Statute dated August 2, 1858. From the beginning it was clear that the Imperial authorities contemplated an eventual union of the mainland and Vancouver Island into a single colony. The boundaries of the new colony are described in the *Act to provide for the Government of British Columbia\**, 1858 (U.K.), 21-22 Vict., c. 99, as follows:

1. British Columbia shall, for the Purposes of this Act, be held to comprise all such Territories within the Dominions of Her Majesty as are bounded to the South by the Frontier of the United States of America, to the East by the main Chain of the Rocky Mountains, to the North by Simpson's River and the Finlay Branch of the Peace River, and to the West by the Pacific Ocean, and shall include Queen Charlotte's Island, and all other Islands adjacent to the said Territories, except as herein-after excepted.

(Emphasis added.)

Section 6 gives the exception:

6. No Part of the Colony of Vancouver's Island, as at present established, shall be comprised within British Columbia for the Purpose of this Act; but it shall be lawful for Her Majesty, Her Heirs and Successors, on receiving at any Time during the Continuance of this Act a joint Address from the Two Houses of the Legislature of Vancouver's Island, praying for the Incorporation of that Island with British Columbia, by Order to

\* This Act is reproduced in the *Revised Statutes of British Columbia, 1979*, vol. 7 (Appendices).

à part les exceptions explicites de ce genre, l'acte de concession de 1849 ne transmettait à la colonie de l'île Vancouver aucun droit de propriété sur les terres en cause.

<sup>a</sup> Bien que la concession de l'île Vancouver à la Compagnie de la Baie d'Hudson ne puisse être interprétée comme conférant le droit de propriété sur les terres en cause, il importe néanmoins de souligner que l'acte de concession confirme à deux endroits ce que dit le traité d'Oregon, savoir que les «territoires» britanniques de la côte nord-ouest du Pacifique s'étendaient jusqu'au milieu du chenal séparant l'île Vancouver et les États-Unis.

<sup>c</sup> C) *Les actes constitutifs de la colonie de la Colombie-Britannique*

<sup>a</sup> La Colombie-Britannique continentale a été constituée en colonie par une loi impériale en date du 2 août 1858. Il était évident dès le début que les autorités impériales envisageaient de réunir un jour en une seule colonie l'île Vancouver et la Colombie-Britannique continentale. Les frontières de la nouvelle colonie sont décrites ainsi dans l'*Act to provide for the Government of British Columbia\**, 1858 (R.-U.), 21-22 Vict., chap. 99:

<sup>e</sup> [TRADUCTION] 1. Aux fins de la présente loi, la Colombie-Britannique sera réputée comprendre l'ensemble des territoires faisant partie des dominions de Sa Majesté qui sont bornés au sud par la frontière des États-Unis d'Amérique, à l'est par la chaîne principale des montagnes Rocheuses, au nord par la rivière Simpson et la branche Finlay de la rivière de la Paix, et à l'ouest par l'océan Pacifique, et comprendra l'île de la Reine-Charlotte ainsi que toutes les autres îles adjacentes auxdits territoires, sauf l'exception énoncée ci-après.

(C'est moi qui souligne.)

<sup>h</sup> L'article 6 énonce l'exception:

<sup>i</sup> [TRADUCTION] 6. Aucune partie de la colonie de l'île de Vancouver, telle qu'elle existe actuellement, ne sera comprise dans la Colombie-Britannique aux fins de la présente loi; mais, à la réception, à n'importe quel moment pendant la période où la présente loi sera en vigueur, d'une adresse conjointe de la part des deux chambres de la législature de l'île de Vancouver, demandant l'annexion de ladite île à la Colombie-Britannique,

<sup>j</sup> \* Cette loi est publiée dans les *Revised Statutes of British Columbia, 1979*, vol. 7 (Appendices).



be made as aforesaid, with the Advice of Her Privy Council, to annex the said Island to British Columbia, subject to such Conditions and Regulations as to Her Majesty shall seem expedient; and thereupon and from the Date of the Publication of such Order in the said Island, or such other Date as may be fixed in such Order, the Provisions of this Act shall be held to apply to Vancouver's Island.

(Emphasis added.)

One month after the creation of the Colony of British Columbia, the Governor of Vancouver Island, James Douglas, was also appointed Governor of British Columbia. The Letters Patent making this appointment repeat, as will presently appear, crucial terms in the earlier statute. British Columbia is described as follows:

... comprising all such territories as are bounded to the south by the frontier of the United States of America, to the east, by the main chain of the Rocky Mountains, to the north, by Simpson's River and the Finlay Branch of the Peace River, and to the west, by the Pacific Ocean, including Queen Charlotte Island and all other islands adjacent to the said territories, excepting from the said islands Our Island of Vancouver, until the said Island shall, in pursuance of the said Act, be hereafter incorporated into Our said Colony.

(Emphasis added.)

The 1858 Act expired in 1863 and was replaced by *An Act to Define the Boundaries of the Colony of British Columbia, and to Continue an Act to Provide for the Government of the said Colony\**, 1863 (U.K.), 26-27 Vict., c. 83. Although the statutory boundaries were changed somewhat, the crucial language remained the same:

3. British Columbia shall for the purposes of the said Act, and for all other purposes, be held to comprise all such territories within the Dominions of Her Majesty as are bounded to the South by the territories of the United States of America, to the West by the Pacific Ocean and the Frontier of the Russian Territories in North America, to the North by the sixtieth parallel of north latitude, and to the East, from the boundary of the United States northwards, by the Rocky Mountains and the one hundred and twentieth meridian of west longitude, and shall include Queen Charlotte's Island and all other Islands

\* This Act is reproduced in the *Revised Statutes of British Columbia, 1979*, vol. 7 (Appendices).

il sera loisible à Sa Majesté, à Ses Héritiers et à Ses Successeurs, par décret pris de la manière susmentionnée, avec l'avis de Son Conseil privé, d'annexer ladite île à la Colombie-Britannique, sous réserve des conditions et des règlements que Sa Majesté pourra juger opportuns; et les dispositions de la présente loi seront, dès lors et à partir de la date de publication de ce décret dans ladite île, ou à partir de toute autre date que le décret pourra fixer, réputées applicables à l'île de Vancouver.

*b* (C'est moi qui souligne.)

Un mois après la création de la colonie de la Colombie-Britannique, le gouverneur de l'île Vancouver, James Douglas, a été également nommé gouverneur de la Colombie-Britannique. Comme nous allons le constater, les lettres patentes qui consacrent cette nomination reprennent certaines dispositions importantes de la loi susmentionnée. La Colombie-Britannique y est ainsi décrite:

*d* [TRADUCTION] ... comprenant l'ensemble des territoires bornés au sud par la frontière des États-Unis d'Amérique, à l'est par la chaîne principale des montagnes Rocheuses, au nord par la rivière Simpson et la branche Finlay de la rivière de la Paix, et à l'ouest par l'océan Pacifique, y compris l'île de la Reine-Charlotte ainsi que toutes les autres îles adjacentes auxdits territoires, sauf Notre île de Vancouver en attendant que celle-ci soit, conformément à ladite loi, annexée à Notre dite colonie.

*f* (C'est moi qui souligne.)

La Loi de 1858, devenue caduque en 1863, a été remplacée par *An Act to Define the Boundaries of the Colony of British Columbia, and to Continue an Act to Provide for the Government of the said Colony\**, 1863 (R.-U.), 26-27 Vict., chap. 83. Celle-ci modifiait quelque peu les frontières, mais les dispositions essentielles demeuraient inchangées:

*h* [TRADUCTION] 3. Aux fins de ladite loi et à toutes autres fins, la Colombie-Britannique sera réputée comprendre l'ensemble des territoires faisant partie des dominions de Sa Majesté qui sont bornés au sud par les territoires des États-Unis d'Amérique, à l'ouest par l'océan Pacifique et la frontière des territoires russes en Amérique du Nord, au nord par le soixantième parallèle de latitude nord, et à l'est, à partir de la frontière des États-Unis, vers le nord, par les montagnes Rocheuses et le cent vingtième méridien de longitude ouest, et comprendra l'île de la Reine-Charlotte ainsi que toutes les

\* Cette loi est publiée dans les *Revised Statutes of British Columbia, 1979*, vol. 7 (Appendices).

adjacent to the said Territories, except Vancouver's Island and the Islands adjacent thereto.

(Emphasis added.)

The long-contemplated union between the Colonies of British Columbia and Vancouver Island was accomplished in 1866 by *An Act for the Union of the Colony of Vancouver Island with the Colony of British Columbia\**, 1866 (U.K.), 29-30 Vict., c. 67. The borders defined by this Act were those of British Columbia when it entered Confederation in 1871. Once again the wording of the Act is of the utmost importance:

3. From and immediately after the Proclamation of this Act by the Governor of British Columbia, the Colony of Vancouver Island shall be and the same is hereby united with the Colony of British Columbia, and thenceforth those Two Colonies shall form and be One Colony, with the Name of British Columbia (which Union is in this Act referred to as the Union).

7. Until the Union, British Columbia shall comprise all such territories within the dominions of Her Majesty as are bounded to the south by the territories of the United States of America, to the west by the Pacific Ocean and the Frontier of the Russian Territories in North America, to the north by the sixtieth parallel of north latitude, and to the east from the boundary of the United States northwards by the Rocky Mountains and the one hundred and twentieth meridian of west longitude, and shall include Queen Charlotte's Island, and all other islands adjacent to the said Territories, except Vancouver Island and the islands adjacent thereto.

8. After the union British Columbia shall comprise all the territories and islands aforesaid and Vancouver Island and the islands adjacent thereto.

(Emphasis added.)

For all significant purposes the wording of each of these documents is identical (in the present context the substitution of the phrase "territories of the United States" in the 1863 and 1866 Acts for the term "Frontier of the United States" is of no interpretive significance), but because of the complications caused by the provisions excepting Vancouver Island it is easiest to understand the

\* This Act is reproduced in the *Revised Statutes of British Columbia, 1979*, vol. 7 (Appendices).

autres îles adjacentes auxdits territoires, sauf l'île de Vancouver et les îles y adjacentes.

(C'est moi qui souligne.)

<sup>a</sup> L'union des colonies de la Colombie-Britannique et de l'île Vancouver, envisagée depuis longtemps, s'est réalisée en 1866 avec l'adoption de *An Act for the Union of the Colony of Vancouver Island with the Colony of British Columbia\**, 1866 (R.-U.), 29-30 Vict., chap. 67. Les frontières établies par cette loi étaient celles de la Colombie-Britannique lors de son entrée dans la Confédération en 1871. Ici encore, la formulation de la Loi revêt une importance capitale:

<sup>b</sup> [TRADUCTION] 3. Dès la proclamation de la présente loi par le gouverneur de la Colombie-Britannique, la colonie de l'île Vancouver sera unie à la colonie de la Colombie-Britannique et ces deux colonies formeront, à partir de ce moment, une seule colonie dénommée Colombie-Britannique (laquelle union étant appelée dans la présente loi «l'Union»).

<sup>c</sup> 7. Jusqu'à l'Union, la Colombie-Britannique comprendra l'ensemble des territoires faisant partie des dominions de Sa Majesté qui sont bornés au sud par les territoires des États-Unis d'Amérique, à l'ouest par l'océan Pacifique et la frontière des territoires russes en Amérique du Nord, au nord par le soixantième parallèle de latitude nord, et à l'est, à partir de la frontière des États-Unis, vers le nord, par les montagnes Rocheuses et le cent vingtième méridien de longitude ouest, et comprendra l'île de la Reine-Charlotte ainsi que toutes les autres îles adjacentes auxdits territoires, sauf l'île Vancouver et les îles y adjacentes.

<sup>d</sup> 8. Après l'Union, la Colombie-Britannique comprendra l'ensemble des territoires et des îles susmentionnés ainsi que l'île Vancouver et les îles y adjacentes.

<sup>e</sup> (C'est moi qui souligne.)

<sup>f</sup> À toutes les fins pertinentes, la formulation de chacun de ces documents est identique (dans le présent contexte, le fait que, dans les lois de 1863 et de 1866, l'expression «territoires des États-Unis» soit substituée à l'expression «frontière des États-Unis» n'a aucune importance du point de vue de l'interprétation). Toutefois, en raison des complications suscitées par l'énoncé d'une exception à

<sup>g</sup> \* Cette loi est publiée dans les *Revised Statutes of British Columbia, 1979*, vol. 7 (Appendices).

argument for British Columbia by beginning with the effect, according to the province, of the 1866 Act after union had been accomplished. According to British Columbia, the Act describes the United Province as being comprised of "all such territories" as are included within specific boundaries. The Province submits that the Oregon Treaty and the Vancouver Island grant demonstrate that British "territories" in the Pacific Northwest included not only dry land but also the waters and submerged lands in the channel separating Vancouver Island from the mainland. The southern boundary of the colony is described as "the territories" of the United States. This, according to the argument, can only refer to the frontier of American territories as defined by the Oregon Treaty, *i.e.* the mid-line of the channel separating Vancouver Island from the United States. All the waters and submerged lands north of the mid-line in this channel are therefore included within the statutory borders of British Columbia. Furthermore, the western border of the colony is described as "the Pacific Ocean"; this, the Province claims, is not a term by which the waters of the subject straits have ever been known and it must therefore, in relation to the southern mainland, be taken to mean the waters off the coast of Vancouver Island, rendering everything east of these waters including the subject straits part of the territory of British Columbia.

i) "Pacific Ocean"

Is this interpretation affected by the fact that before the Union each of the documents in question excluded Vancouver Island from the colonial boundaries being described?

According to British Columbia property in the waters and submerged lands in the straits up to the international border had already been given to the Colony of Vancouver Island in 1849. On this contention, the words "except Vancouver Island" would remove these waters and lands from the statutory definition of the boundaries of the Colony of British Columbia until Union, whereupon they would have become part of the United

l'égard de l'île Vancouver, il vaut mieux, pour en arriver à comprendre l'argument de la Colombie-Britannique, prendre comme point de départ ce que celle-ci prétend être l'effet de la Loi de 1866 après l'union. Selon la Colombie-Britannique, la Loi décrit la province unie comme comprenant «l'ensemble des territoires» situés à l'intérieur de certaines limites. Toujours selon la Colombie-Britannique, il ressort du traité d'Oregon et de l'acte de concession de l'île Vancouver que les «territoires» britanniques de la côte nord-ouest du Pacifique comprenaient non seulement la terre ferme mais aussi les eaux et les terres submergées du chenal séparant l'île Vancouver et le continent. Il y est précisé que la colonie a pour frontière sud «les territoires» des États-Unis. À ce qu'on prétend, il ne peut s'agir là que de la frontière des territoires américains définie dans le traité d'Oregon, savoir le milieu du chenal séparant l'île Vancouver et les États-Unis. Il s'ensuit donc que toutes les eaux et les terres submergées situées au nord de la ligne tracée au milieu de ce chenal sont comprises à l'intérieur des frontières légales de la Colombie-Britannique. De plus, la frontière occidentale de la colonie est décrite comme étant «l'océan Pacifique»; ces mots, fait valoir la province, n'ont jamais servi à désigner les eaux des détroits en cause et ils doivent donc, à l'égard de la partie sud de la Colombie-Britannique continentale, s'interpréter comme désignant les eaux au large de l'île Vancouver, de sorte que tout ce qui se trouve à l'est de ces eaux, y compris les détroits en cause, fait partie du territoire de la Colombie-Britannique.

i) «L'océan Pacifique»

Cette interprétation souffre-t-elle du fait qu'avant l'union chacun des documents en question plaçait l'île Vancouver en dehors des frontières de la colonie?

La Colombie-Britannique allègue que la propriété des eaux et des terres submergées des détroits jusqu'à la frontière internationale avait déjà été cédée à la colonie de l'île Vancouver en 1849. Suivant ce point de vue, les mots «sauf l'île Vancouver» rendraient inapplicable à ces eaux et terres la définition légale des frontières de la colonie de la Colombie-Britannique jusqu'à l'union, après quoi elles seraient devenues partie intégrante

Colony of British Columbia. As I have indicated, I cannot accept the argument that the 1849 grant had the effect contended for it by British Columbia, but this alone does not deleteriously affect British Columbia's position. If the subject lands and waters or any portion of them were not part of Vancouver Island in 1849 then on British Columbia's reading of the documents in question, the consequence would simply be that these lands and waters would not have been removed from the original statutory description and would therefore have been part of the Colony of British Columbia from 1858 rather than from 1866.

This does not however, exhaust the potential objections, based on the exclusion of Vancouver Island, to British Columbia's reading of its constitutive documents. British Columbia reads "Pacific Ocean" as referring to the waters off the west coast of Vancouver Island. While this reading seems logical enough in the situation after 1866, it presents a good deal more difficulty in the period before 1866 when Vancouver Island was not part of the Colony whose borders were being delineated. In enumerating his objections to British Columbia's reading of "Pacific Ocean", Seaton J.A. found this consequence especially damaging to the province's argument (1 B.C.L.R. 97 at p. 121):

One reason that does not involve more than a look at the geography is that it would not be reasonable to think that the Colony of British Columbia enveloped the Colony of Vancouver Island.

Is British Columbia's reading, in fact, unreasonable? It is clear that from its very inception British Columbia was intended by the Imperial authorities eventually to include Vancouver Island. The original constitutive document explicitly makes provision for this eventuality and the appointment of the same person as governor of both colonies merely confirms the Imperial intention. In these circumstances it seems perfectly reasonable for the constitutive instruments of the future unified

de la colonie unie de la Colombie-Britannique. Comme je l'ai déjà souligné, je ne puis pas accepter l'argument portant que l'acte de concession de 1849 a eu l'effet que lui prête la Colombie-Britannique, mais cela ne suffit pas en soi pour porter atteinte à la position de la Colombie-Britannique. À supposer qu'en 1849 aucune partie des terres et des eaux en cause n'était comprise dans l'île Vancouver, alors, selon l'interprétation donnée aux documents en question par la Colombie-Britannique, il en découlerait simplement que ces terres et eaux n'auraient pas échappé à la description légale initiale et, par conséquent, elles auraient fait partie de la colonie de la Colombie-Britannique depuis 1858 et non pas 1866.

Cela n'épuise toutefois pas les objections, fondées sur l'exclusion de l'île Vancouver, que l'on pourrait opposer à la façon dont la Colombie-Britannique interprète ses actes constitutifs. Selon la Colombie-Britannique, les mots «océan Pacifique» désignent les eaux au large de la côte ouest de l'île Vancouver. Appliquée à la situation postérieure à 1866, cette interprétation semble assez logique, ce qui est loin d'être le cas pour la période antérieure à 1866 pendant laquelle l'île Vancouver ne faisait pas partie de la colonie dont on était en train de délimiter les frontières. En énumérant ses objections relativement à l'interprétation donnée par la Colombie-Britannique aux mots «océan Pacifique», le juge Seaton de la Cour d'appel a relevé une conséquence particulièrement néfaste pour l'argument de la province: (1 B.C.L.R. 97 à la p. 121):

[TRADUCTION] Une raison d'ordre simplement géographique est qu'il serait absurde de croire que la colonie de la Colombie-Britannique englobait la colonie de l'île Vancouver.

L'interprétation proposée par la Colombie-Britannique est-elle vraiment déraisonnable? Il est évident que dès le début les autorités impériales envisageaient l'annexion de l'île Vancouver à la Colombie-Britannique. Le premier document constitutif le prévoit expressément et la nomination de la même personne au poste de gouverneur des deux colonies ne fait que confirmer l'intention des autorités impériales. Dans ces circonstances, il paraît tout à fait raisonnable que les actes constitutifs de

colony to delineate its eventual boundaries and then—as it were as a temporary measure—to exclude the territories that had not as yet been incorporated. Since the eventual boundary of British Columbia was from the first intended to be the west coast of Vancouver Island there is nothing unreasonable in using the words “Pacific Ocean” to specify this border, while at the same time recognizing the interim situation by excluding from the boundaries of the colony as then constituted, the landmass of Vancouver Island and its dependencies.

This reading of “Pacific Ocean” seems perfectly reasonable to me, having regard to the historical context. By contrast, history would seem to render eminently unreasonable the alternative reading proposed by Canada, namely that “Pacific Ocean” in these documents means the straits between Vancouver Island and the mainland. Even in the 18th and 19th centuries these straits were not referred to as the “Pacific Ocean”. In 1788 Captain Meares took possession of “the Straits of John de Fuca”. In 1792 Vancouver “discovered . . . [an] interior sea . . . [which he] honoured with the name of the Gulf of Georgia”. The Oregon Treaty describes the international border as “. . . the middle of the channel which separates the continent from Vancouver’s Island; and thence southerly through . . . Fuca’s Straits to the Pacific Ocean”. A map described as a tracing lodged with the Select Committee of the House on Crown Lands dated 1863, calls each of the four straits by the name it bears today.

If further confirmation is needed for the proposition that in the 19th century the words “Pacific Ocean” meant the open Pacific and not the straits between Vancouver Island and the mainland, it is provided by the consistent British position with respect to 19th century U.S. proposals to extend the border with the British territories in North America along the 49th parallel “from the Rocky Mountains to the Pacific”. As explained in the “Definitive Statement” of the British position at the 1871 San Juan Island Arbitration, British opposition to these proposals were grounded on the fact that such a border would “sever” Vancouver

la future colonie unie en délimitent les frontières et puis, comme s’il s’agissait d’une mesure provisoire, en excluent les territoires non encore annexés. Puisque l’intention a toujours été que la frontière de la Colombie-Britannique soit la côte ouest de l’île Vancouver, il n’y a rien de déraisonnable à employer les mots «océan Pacifique» pour désigner cette frontière, tout en reconnaissant le caractère temporaire de la situation en excluant des frontières de la colonie alors constituée l’île Vancouver et les îles qui s’y rattachent.

Compte tenu du contexte historique, cette interprétation des mots «océan Pacifique» me semble parfaitement raisonnable. Il en va cependant tout autrement de l’interprétation proposée par le Canada, savoir que dans les documents en cause les mots «océan Pacifique» désignent les détroits entre l’île Vancouver et le continent. Même aux 18<sup>e</sup> et 19<sup>e</sup> siècles, ces détroits n’étaient pas désignés comme «océan Pacifique». En 1788, le capitaine Meares a pris possession du «détroit John de Fuca». En 1792, Vancouver a découvert une [TRADUCTION] «mer intérieure» à laquelle il a [TRADUCTION] «donné le nom de golfe de Géorgie». Le traité d’Oregon décrit la frontière internationale comme le [TRADUCTION] « . . . milieu du chenal qui sépare le continent et l’île de Vancouver; et de là, vers le sud . . . du détroit de Fuca jusqu’à l’océan Pacifique». Sur une carte datée de 1863 et décrite comme un calque soumis au comité spécial de la Chambre chargé d’étudier la question des terres de la Couronne, chacun des quatre détroits porte le nom qu’il a aujourd’hui.

S’il faut encore une preuve qu’au 19<sup>e</sup> siècle les mots «océan Pacifique» désignaient la haute mer et non pas les détroits entre l’île Vancouver et le continent, on n’a qu’à tenir compte de la position constante de la Grande-Bretagne devant les propositions américaines faites au 19<sup>e</sup> siècle en vue de prolonger la frontière avec les territoires britanniques en Amérique du Nord le long du 49<sup>e</sup> parallèle [TRADUCTION] «depuis les montagnes Rocheuses jusqu’au Pacifique». Comme l’indique [TRADUCTION] l’«Exposé définitif» de la position britannique à l’arbitrage de 1871 relatif à l’île San Juan, la Grande-Bretagne s’opposait à ces propositions

Island. This would, of course, be the result of a 49th parallel border only if "Pacific" meant the waters off Vancouver Island rather than Georgia Strait.

In my opinion British Columbia is correct when it says:

The "interior sea" called the Gulf or Strait of Georgia has been known as such since it was so named by Captain George Vancouver after George III in June 1792. The Strait of Juan de Fuca had been so named previously.

Neither Strait is part of the Pacific Ocean. It would be a misdescription so to describe them and, furthermore, there is no evidence that anyone has so described them.

Canada raises a number of further objections to British Columbia's reading of Pacific Ocean to mean the open Pacific, but none of them seems to me to shake the basic validity of the province's interpretation.

Canada points out that the islands between Vancouver Island and British Columbia were held in 1865 by the Imperial Law Officers to be part of the Island colony. If "Pacific Ocean" meant the waters off the west coast of Vancouver Island this would lead to what Canada describes as the unlikely situation that the midstream islands belonged to Vancouver Island while the surrounding waters were part of British Columbia.

In my opinion the same historical arguments that make it reasonable for the constitutive instruments of British Columbia to establish the pre-Union borders of the colony by setting out the contemplated borders of the unified colony and then plucking out the landmass of Vancouver Island apply with equal force to the exclusion of Vancouver Island's midstream dependencies.

A further objection to identifying the boundary description "to the west by the Pacific Ocean"

parce que la frontière ainsi prolongée aurait eu pour effet de [TRADUCTION] «diviser» l'île Vancouver. Il va sans dire que cela s'en serait suivi seulement si le terme «Pacifique» avait désigné les eaux au large de l'île Vancouver plutôt que le détroit de Géorgie.

À mon avis, la Colombie-Britannique a raison de dire:

[TRADUCTION] La «mer intérieure» appelée le golfe ou détroit de Géorgie est connue sous ce nom depuis que le capitaine George Vancouver l'a ainsi nommée en l'honneur de George III en juin 1792. Le détroit Juan de Fuca avait été ainsi appelé antérieurement.

Aucun de ces détroits ne fait partie de l'océan Pacifique. Ce serait une erreur que de les décrire ainsi et, d'ailleurs, il n'y a aucune preuve que quelqu'un l'a fait.

Le Canada soulève un certain nombre d'autres objections à l'interprétation de la Colombie-Britannique selon laquelle les mots «océan Pacifique» désignent la haute mer, mais aucune ne me semble ébranler la justesse fondamentale de cette interprétation.

Le Canada fait remarquer qu'en 1865 les officiers de justice impériaux ont conclu que les îles situées entre l'île Vancouver et la Colombie-Britannique faisaient partie de l'île Vancouver. Si les mots «océan Pacifique» avaient désigné les eaux au large de la côte ouest de l'île Vancouver, cela aurait créé ce que le Canada appelle une situation invraisemblable où les îles se trouvant entre l'île Vancouver et le continent auraient appartenu à l'île Vancouver alors que les eaux entourant ces mêmes îles auraient appartenu à la Colombie-Britannique.

À mon avis, les arguments historiques qui démontrent qu'il était logique que les actes constitutifs de la Colombie-Britannique fixent ses frontières antérieures à l'union en établissant les frontières envisagées pour la colonie unie pour ensuite en exclure l'île Vancouver, s'appliquent avec autant de force à l'exclusion des îles rattachées à l'île Vancouver et situées entre celle-ci et le continent.

Si les mots «à l'ouest par l'océan Pacifique» employés pour définir la frontière signifient la

with the open Pacific is that if this were the case, once the Queen Charlotte Islands had been included the words "all other islands adjacent to the said Territories" would be superfluous since, aside from the Queen Charlotte Islands there are no adjacent islands seaward of the open ocean. The simple answer to this submission is that the statutory language expresses a desire for clarity and an avoidance of confusion as to the nature of its terms. In view of the fact that up to the date of Union not all the British territories in the Pacific Northwest would be part of the Colony of British Columbia, the specifications in these documents merely amount to a confirmation of what was to be included in, and what excluded from, pre-Union British Columbia. Queen Charlotte's Island would in any event have to be specified as included. The reference to "other islands adjacent" could arguably be directed to any of a number of islands at a considerable distance from the mainland coast north of Vancouver Island, but more likely it constitutes a global inclusion of territories landward of the open Pacific from which the specific exclusion of Vancouver Island is then made. The function of the specific mention of "islands adjacent" can be appreciated by considering the potential confusion that would have been generated had the constitutive documents simply set out the borders of British Columbia and then stated that it was to include Queen Charlotte's Island and exclude Vancouver Island. I find it impossible to assign any deeper meaning to these words than to confirm that the borders of the colony as defined in the constitutive instruments included all adjacent islands except Vancouver Island.

In saying this I do not wish to take issue with the judgment of Jacobs J. in *New South Wales v. Commonwealth of Australia* (1975), 135 C.L.R. 337. In that case, in the course of interpreting a statute that asserted Australian (as opposed to State) proprietorship over "internal waters" as well as the territorial sea, Jacobs J. concluded that statutory delineations of Australian colonial boundaries which added "adjacent islands" to the description of the mainland territories did not pass any property in the sea surrounding these islands to the colonies in question. I would merely point out that words in constitutive documents cannot be

haute mer, objecte-t-on en outre, l'inclusion des îles de la Reine-Charlotte rendrait alors superflus les mots «toutes les autres îles adjacentes auxdits territoires», car, abstraction faite des îles de la Reine-Charlotte, il n'existe pas d'«îles adjacentes» du côté de la haute mer. La réponse la plus simple à cet argument est que les termes de la Loi traduisent un souci de clarté visant à éviter toute confusion. Compte tenu du fait que jusqu'à la date de l'union les territoires britanniques de la côte nord-ouest du Pacifique n'étaient pas tous compris dans la colonie de la Colombie-Britannique, les précisions apportées dans ces documents ne font que confirmer ce qui devait et ce qui ne devait pas faire partie de la Colombie-Britannique antérieure à l'union. Il fallait en tout état de cause inclure expressément l'île de la Reine-Charlotte. On pourrait prétendre que les mots «autres îles adjacentes» visent n'importe laquelle de plusieurs îles situées au nord de l'île Vancouver, à une très grande distance du continent, mais il est plus probable que ces mots ont pour effet d'inclure l'ensemble des territoires se trouvant entre le continent et la haute mer, pour ensuite en exclure expressément l'île Vancouver. On peut apprécier le rôle de la mention spécifique des «îles adjacentes» en pensant à la confusion qui aurait pu résulter si, dans les actes constitutifs, on s'était contenté de fixer les frontières de la Colombie-Britannique en indiquant qu'elle comprendrait l'île de la Reine-Charlotte mais non l'île Vancouver. Les mots en question confirment que les frontières de la colonie, définies dans les actes constitutifs, comprenaient toutes les îles adjacentes sauf l'île Vancouver et il m'est impossible de leur attribuer un sens plus profond.

En affirmant cela, je ne veux pas mettre en question le jugement du juge Jacobs dans l'arrêt *New South Wales v. Commonwealth of Australia* (1975), 135 C.L.R. 337. Appelé dans cette affaire à interpréter une loi qui attribuait à l'Australie (plutôt qu'aux États) la propriété des «eaux intérieures» et de la mer territoriale, le juge Jacobs a conclu que les colonies situées sur le continent australien n'avaient aucun droit de propriété sur la mer entourant les [TRADUCTION] «îles adjacentes», bien que la loi fixât auxdites colonies des frontières qui comprenaient ces îles. Je veux simplement faire remarquer qu'on ne peut lire isolément les

read in isolation and the differences in the broader terms of the documents in question, as well as in the history and geography of the Australian colonies compared to those of the Pacific Northwest, make it impossible to assume that a given word or phrase will have an identical significance in these two very dissimilar contexts.

ii) “Territories”

In my view British Columbia is also correct in its construction of the word “territories” in its constitutive documents. This term must be interpreted in light of the words of the Oregon Treaty itself and of the references to that Treaty in the 1849 granting document to the Hudson’s Bay Company. Both the Treaty and the grant explicitly assert that “British Territories” in the Pacific Northwest extend to mid-channel in the straits separating Vancouver Island from the continent. When, therefore, the 1866 Act and its predecessors assign to British Columbia “all such territories . . . as are bounded to the south by the territories of the United States”, I find it difficult to read this except as a specific transfer of proprietary interest in the submerged lands as well as the dry lands north of this boundary line.

Canada argues however, that the primary meaning of the word “territories” is land and that, absent some express reference to waters, no part of the sea is “territory”. Dissenting in the Court of Appeal, McIntyre J.A., as he then was, put the point in these terms (at p. 136):

. . . in the ordinary sense of the word and as it has been used historically, “territory” refers to land and not to water. There can be no doubt that the word “territory” could be used in a context which would accord to it a broader meaning but it seems clear to me that in the statutes under review its meaning is limited to land.

Once again support for Canada’s position is sought in the judgment of Jacobs J. in *New South Wales v. Commonwealth of Australia*, *supra*. The constitutive instrument of the island colony of Tasmania described that colony as “our island of

termes d’un acte constitutif et que, eu égard aux différences à la fois quant à la formulation générale des documents en cause et quant à l’histoire et à la géographie des colonies australiennes par rapport à celles de la côte nord-ouest du Pacifique, il est impossible de présumer que tel mot ou telle expression aura un sens identique dans ces deux contextes très différents.

b ii) «Les territoires»

À mon avis, la Colombie-Britannique donne une interprétation exacte au mot «territoires» que l’on trouve dans ses actes constitutifs. Pour interpréter ce mot, il faut se reporter au traité d’Oregon lui-même et aux mentions de ce traité contenues dans l’acte de concession à la Compagnie de la Baie d’Hudson de 1849. Le traité et l’acte de concession prévoient tous deux explicitement que les «territoires britanniques» de la côte nord-ouest du Pacifique s’étendent jusqu’au milieu des détroits séparant l’île Vancouver et le continent. Par conséquent, alors même que la Loi de 1866 et celles qui l’ont précédée attribuent à la Colombie-Britannique «l’ensemble des territoires . . . qui sont bornés au sud par les territoires des États-Unis», il m’est difficile d’y voir autre chose qu’un transfert exprès d’un droit de propriété sur les terres submergées et non submergées, situées au nord de cette frontière.

Le Canada fait toutefois valoir que le sens premier du mot «territoires» est la terre ferme et qu’en l’absence d’une mention expresse d’eaux, aucune partie de la mer n’est un «territoire». Le juge McIntyre (maintenant juge de cette Cour), dissident en Cour d’appel, a énoncé la question en ces termes (à la p. 136):

[TRADUCTION] . . . selon son sens ordinaire, celui qui a été consacré par l’usage, le mot «territoire» désigne la terre ferme et non pas l’eau. Certes, on pourrait employer le mot «territoire» dans un contexte qui lui conférerait un sens plus large, mais il me semble clair que dans les lois en cause, son sens se limite à la terre ferme.

Ici encore, le Canada cherche à appuyer son point de vue sur le jugement du juge Jacobs dans l’arrêt *New South Wales v. Commonwealth of Australia*, précité. D’après son acte constitutif, la colonie de la Tasmanie comprenait [TRADUCTION]



Van Diemen's Lands, and all Islands and Territories lying to the Southward of Wilson Promontory" (the southern tip of continental Australia) lying between specified degrees of longitude and latitude. Tasmania had argued that the word "Territories" when added to "Islands" had the effect of including the sea as well as the land within the designated latitudes and longitudes inside the borders of the colony. This would have included in "Tasmania" an immense rectangle of ocean several times the size of the landmass of the island of Tasmania. In rejecting this claim Jacobs J. asserted that the primary meaning of "territory" was land and he could find nothing in the language of the constitutive instrument to displace this meaning.

Once again, I am far from disagreeing with Jacobs J.'s interpretation of the Australian document, but here too I would note that neither the wording of the document there under discussion nor the history nor the geography of the area under discussion in the Australian case is similar enough to the British Columbian context to allow for an easy transposition of Jacobs J.'s conclusions to the issues before this Court. It seems to me quite appropriate to reject as unreasonable a reading of the word "territories" in a given document that would incorporate stretches of the open Pacific within the boundaries of a colony. This same unreasonableness does not attach, however, to every reading of the word "territories" that does not confine it to dry land. McIntyre J.A. says that the "ordinary" sense of territory is land and Jacobs J. identifies this as its "primary" meaning. I might have preferred to conclude that *prima facie* the word "territory" does not include the high seas, but even adopting the statement that its "ordinary" or "primary" meaning is land, this still leaves open, as both McIntyre J.A. and Jacobs J. explicitly recognize, the possibility that this "ordinary" or "primary" meaning will be displaced or rebutted. In my opinion in the present case, history, geography—Vancouver Island nestles into the mainland—and the express words of the documents in question displace any presumption that as

«notre île appelée terre de Van Diemen ainsi que l'ensemble des îles et des territoires situés au sud du promontoire Wilson» (l'extrémité sud de l'Australie continentale) entre les coordonnées indiquées. La Tasmanie avait soutenu que le mot «territoires» ajouté au mot «îles» avait pour effet d'inclure dans les limites de la colonie à la fois la mer et la terre ainsi délimitées. Dans cette hypothèse, la «Tasmanie» aurait compris un immense rectangle d'océan d'une superficie dépassant de plusieurs fois celle de l'île elle-même. Le juge Jacobs a rejeté cet argument en déclarant que le mot «territoire» désigne d'abord et avant tout la terre ferme et qu'il ne trouvait rien dans l'acte constitutif qui puisse changer ce sens.

Une fois de plus, je suis loin d'être en désaccord avec l'interprétation que donne le juge Jacobs au document australien. Je tiens toutefois à souligner que ni la formulation du document sur lequel porte l'affaire australienne, ni l'histoire ni la géographie de la région dont il y est question, ne la rapprochent suffisamment de la présente espèce pour qu'on puisse facilement appliquer les conclusions du juge Jacobs aux questions dont cette Cour est saisie. Il me semble tout à fait approprié de rejeter comme déraisonnable une interprétation du mot «territoires» dans un document donné, qui aurait pour effet d'inclure des bandes de l'océan Pacifique dans les limites d'une colonie. Cependant, cela ne veut aucunement dire qu'est déraisonnable toute interprétation voulant que le mot «territoires» ne désigne pas uniquement la terre ferme. Le juge McIntyre de la Cour d'appel dit que le mot «territoires» a pour sens «ordinaire» la terre, ce qui est, d'après le juge Jacobs, son sens «premier». Il aurait peut-être été préférable de conclure qu'à première vue «territoires» ne comprend pas la haute mer, mais même si on tient pour acquis que ce mot a pour sens «ordinaire» ou «premier» la terre, il n'en demeure pas moins possible, ce qui est d'ailleurs reconnu explicitement par les juges McIntyre et Jacobs, qu'un autre sens l'emporte sur celui-là. À mon avis, en la présente espèce, l'histoire, la géographie (l'île Vancouver étant blottie contre le continent) ainsi que la formulation expresse des documents en cause écartent toute présomption selon laquelle le mot «territoires» employé dans les

used in the 1858, 1863 and 1866 Acts the word "territories" refers to dry land alone.

Unlike the Tasmanian case, a reading of "territories" in the British Columbia Acts to include submerged as well as dry lands would not inflate the resulting colony to several times its landmass, nor would it include within colonial boundaries waters which would at international law be recognized as comprising the territorial sea, let alone the high seas. The waters that would thus be incorporated into the "territory" of British Columbia are bordered not by lines of latitude and longitude as would be the case in Tasmania, but rather on both sides for most of their extent by land undoubtedly part of British Columbia. They are waters which, as the Oregon Treaty and the 1849 Hudson's Bay Company Grant demonstrate, have historically had the word "territories" applied to them. And, finally, a close reading of the Acts in question makes it difficult to assign a meaning in these documents to the word "territories" that does not include waters and submerged lands. The word "territories" appears twice in the 1866 Act. British Columbia is said to comprise all the British "territories" "as are bounded to the south by the territories of the United States of America". In the 1858 document, as I have noted, the southern boundary was described as the "Frontier of the United States". In either version this last phrase must mean the 49th parallel up to "the middle of the channel which separates the continent from Vancouver's Island; and thence southerly, through the middle of the said channel, and of Fuca's Straits to the Pacific Ocean". The only geographical features that can bound on this latter line are the waters and submerged lands directly to the north of it. The second use of the word "territories" must necessarily include waters and submerged lands and, unless the word is to have two totally different meanings in the same sentence, so also must the first.

lois de 1858, de 1863 et de 1866 ne désigne que la terre ferme.

Contrairement à l'affaire de la Tasmanie, si on interprétait le mot «territoires» dans les lois constitutives de la Colombie-Britannique comme comprenant aussi bien les terres submergées que la terre ferme, cela n'aurait pas pour effet de donner à la colonie une superficie dépassant de plusieurs fois celle des terres qui la composent, ni d'inclure dans ses limites des eaux constituant en droit international la mer territoriale, sans parler de la haute mer. Les eaux qui seraient ainsi incorporées dans le «territoire» de la Colombie-Britannique ne sont pas délimitées par des lignes de latitude et de longitude comme c'était le cas de la Tasmanie, mais sont plutôt bordées des deux côtés et sur presque toute leur étendue par des terres faisant incontestablement partie de la Colombie-Britannique. De plus, il s'agit d'eaux qui, historiquement comme en témoignent le traité d'Oregon et l'acte de concession à la Compagnie de la Baie d'Hudson de 1849, ont été désignées par le mot «territoires». Finalement, si on examine de près les lois en question, il est difficile de donner au mot «territoires» qui s'y trouve un sens qui n'englobe pas les eaux et les terres submergées. Ce mot figure à deux reprises dans la Loi de 1866 qui porte que la Colombie-Britannique comprend l'ensemble des «territoires» britanniques «qui sont bornés au sud par les territoires des États-Unis d'Amérique». J'ai déjà fait remarquer que la Loi de 1858 fixait comme ligne de démarcation méridionale «la frontière des États-Unis». Dans l'un et l'autre cas, il doit s'agir du 49<sup>e</sup> parallèle jusqu'au milieu du chenal qui sépare le continent et l'île de Vancouver; et de là, vers le sud, au milieu dudit chenal et du détroit de Fuca jusqu'à l'océan Pacifique». Les seuls éléments géographiques qui peuvent être délimités par cette dernière ligne sont les eaux et les terres submergées situées directement au nord de celle-ci. Dans le cas où il est employé pour la seconde fois le mot «territoires» désigne nécessairement des eaux et des terres submergées et, à moins d'avoir deux sens tout à fait distincts dans la même phrase, il doit désigner la même chose dans le premier cas où il est employé.

I conclude from all this that British Columbia is correct on both issues related to the construction of its statutory boundaries. The meaning of "Pacific Ocean" in the 1866 Act and its predecessors is the open sea off Vancouver Island. In these same documents "the Frontier" or "the territories of the United States" is the boundary line that extends through Juan de Fuca's Strait to the Pacific Ocean. Since, according to the 1866 Act, British Columbia consisted of all British "territories" within these borders, and since in this context "territories" is not restricted to dry land, it follows that the subject straits and submerged lands were part of the Colony of British Columbia when it entered Confederation.

(D) *Other Issues*

British Columbia submits that on their true construction the constitutive instruments of the Colony of British Columbia are themselves determinative of the issue before this Court. I agree. When properly construed, the 1866 *Act of Union* is decisive in favour of provincial proprietorship over the lands at issue in the present Reference. I do not, therefore, propose to go on to discuss British Columbia's further submission that, in addition to and apart from the terms of its constitutive documents, the subject waters and submerged lands were also, immediately prior to Confederation, part of the Colony of British Columbia by virtue of being "inland waters" at common law.

I do, however, propose to deal with a final objection to a conclusion of provincial proprietorship over the submerged lands, namely that it is contradicted by the jurisdiction conferred over these lands by the *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* (U.K.), 41-42 Vict., c. 73.

V Admiralty Jurisdiction and the *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878*

In the 1967 *Offshore Reference* this Court held that the terms of the *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* were inconsistent with the notion of

Je conclus de tout cela que la Colombie-Britannique a raison sur les deux points liés à l'interprétation de ses frontières légales. Dans la Loi de 1866 et dans les lois qui l'ont précédée, les mots «océan Pacifique» désignent la haute mer au large de l'île Vancouver. Dans ces mêmes documents, il faut entendre par «la frontière» ou «les territoires des États-Unis» la ligne de démarcation qui traverse le détroit Juan de Fuca jusqu'à l'océan Pacifique. Puisque, aux termes de la Loi de 1866, la Colombie-Britannique était composée de l'ensemble des «territoires» britanniques situés dans ces limites et puisque, dans ce contexte, le mot «territoires» ne signifie pas uniquement la terre ferme, il s'ensuit que les détroits et les terres submergées en cause faisaient partie de la colonie de la Colombie-Britannique au moment de son entrée dans la Confédération.

D) *Les autres questions en litige*

La Colombie-Britannique allègue que, interprétés correctement, les actes constitutifs de la colonie de la Colombie-Britannique sont en soi suffisants pour trancher le présent litige. Je suis d'accord. Pour peu qu'on l'interprète de la bonne façon, l'*Act of Union* de 1866 établit incontestablement le droit de propriété de la province sur les terres présentement en cause. Je n'entends donc pas examiner l'autre argument de la Colombie-Britannique portant que, outre ses actes constitutifs, les eaux et les terres submergées en cause étaient en *common law* des eaux dites *inland waters* qui, à ce titre, faisaient partie de la colonie de la Colombie-Britannique immédiatement avant la Confédération.

Je tiens toutefois à m'arrêter à une dernière objection opposée à la conclusion que les terres submergées appartiennent à la province, savoir que cette conclusion est inconciliable avec la compétence que la *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* (R.-U.), 41-42 Vict., chap. 73, confère sur ces terres.

V La compétence de la Cour d'amirauté et la *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878*

Dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, cette Cour a conclu que la *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* n'admettait

provincial proprietorship over the territorial sea (at p. 805):

The Admiral's jurisdiction was made to extend to all offences committed on the open sea within one marine league of the coast of any part of Her Majesty's Dominions. The term "offence" was defined in the Act as "any act of such a nature that it would, if committed within the body of an English county, be punishable on indictment according to the law of England at the time being in force". What would have happened in 1879 if an offence had been committed within one marine league of the coast of British Columbia? Had the case come up in a British Columbia court, the applicable law would not have been the criminal law of Canada but the law of England for the time being in force. If the territory of British Columbia had extended one marine league from low-water mark, the offence would have occurred within Canada and Canadian criminal law ought to have been applicable, but by the express terms of the *Territorial Waters Jurisdiction Act* it was the law of England that applied. The legislation is inconsistent with any theory that in 1878 the Province of British Columbia possessed as part of its territory the solum of the territorial sea.

Dissenting in the Court of Appeal, McIntyre J.A. expressed a similar view with regard to the effect of this Act on the lands and waters in question in the present Reference. He was of the opinion that the Act applied to the subject waters and had the effect of "excluding" the law of British Columbia in favour of the common law of England, a concept "inconsistent" with provincial ownership (at p. 139):

... the retention of jurisdiction in the admiral, and the continued application of the common law of England in these waters by operation of the *Territorial Waters Jurisdiction Act* is inconsistent with the concept of British Columbia ownership in 1871.

The *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* was passed by the British House following *R. v. Keyn, supra*, which had decided that an English Court could not try an offence committed by a foreigner on a foreign ship, even within three miles of the English coast. The *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* was enacted to give the Admiralty Court the jurisdiction that the common law courts lacked:

aucun droit de propriété provincial sur la mer territoriale (à la p. 805):

[TRADUCTION] On a étendu la compétence de la Cour d'amirauté à toutes les infractions commises en haute mer à moins d'une lieue marine de la côte de n'importe quelle partie des dominions de Sa Majesté. Dans la Loi, le terme «infraction» désignait «tout acte qui, commis à l'intérieur d'un comté anglais, donnerait lieu à des procédures par acte d'accusation selon la loi alors en vigueur en Angleterre». Qu'est-ce qui se serait passé en 1879 dans le cas de la perpétration d'une infraction à moins d'une lieue marine de la côte de la Colombie-Britannique? Si un tribunal de la Colombie-Britannique avait été saisi d'une affaire de ce genre, il lui aurait fallu appliquer non pas le droit criminel du Canada, mais la loi alors en vigueur en Angleterre. Si le territoire de la Colombie-Britannique s'était étendu jusqu'à une lieue marine de la laisse de basse mer, l'infraction aurait eu lieu au Canada, ce qui aurait dû entraîner l'application du droit criminel canadien. Toutefois, la *Territorial Waters Jurisdiction Act* prévoyait expressément l'application du droit anglais. Il s'ensuit donc que cette loi est incompatible avec toute théorie portant qu'en 1878 le lit de la mer territoriale faisait partie du territoire de la province de la Colombie-Britannique.

Le juge McIntyre, dissident en Cour d'appel, a exprimé un avis semblable quant à l'effet de cette même loi sur les terres et les eaux présentement en cause. Selon lui, la Loi s'appliquait auxdites eaux et avait pour effet d'«exclure» la loi de la Colombie-Britannique en faveur de la *common law* d'Angleterre, ce qu'il jugeait [TRADUCTION] «inconciliable» avec l'existence d'un droit de propriété provincial (à la p. 139):

[TRADUCTION] ... le fait que la compétence de la Cour d'amirauté n'a pas été abandonnée et qu'on a, au moyen de la *Territorial Waters Jurisdiction Act*, continué à appliquer la *common law* d'Angleterre dans ces eaux, est inconciliable avec l'idée qu'en 1871 la Colombie-Britannique avait la propriété desdites eaux.

Le Parlement britannique a adopté la *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* à la suite de l'arrêt *R. v. Keyn*, précité, dans lequel il avait été décidé qu'un tribunal anglais ne pouvait connaître d'une infraction commise par un étranger sur un navire étranger, même si cette infraction avait été commise à moins de trois milles des côtes anglaises. La *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* visait à donner à la Cour d'amirauté la compétence que n'avaient pas les tribunaux de *common law*:

2. An offence committed by a person, whether he is or is not a subject of Her Majesty, on the open sea within the territorial waters of Her Majesty's dominions, is an offence within the jurisdiction of the Admiral, although it may have been committed on board or by means of a foreign ship, and the person who committed such offence may be arrested, tried, and punished accordingly.

(Emphasis added.)

The phrase "territorial waters of Her Majesty's dominions" is defined within the statute as follows: "The territorial waters of Her Majesty's dominions" in reference to the sea, means such part of the sea adjacent to the coast of the United Kingdom, or the coast of some other part of Her Majesty's dominions, as is deemed by international law to be within the territorial sovereignty of Her Majesty; and for the purpose of any offence declared by this Act to be within the jurisdiction of the Admiral, any part of the open sea within one marine league of the coast measured from low-water mark shall be deemed to be open sea within the territorial waters of Her Majesty's dominions.

Insofar as the Act gave the Admiral jurisdiction where the common law courts had none, its applicability to a given body of water is indeed a confirmation that these waters were "outside the realm" and its applicability would therefore be inconsistent with a view that the waters in question were within the boundaries of a territorial entity. This was found to be the case with the territorial sea off British Columbia in the *1967 Offshore Reference*. It is important, however, to distinguish between those situations in which the Admiral, either by virtue of the *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* or otherwise had exclusive jurisdiction, and other situations in which his jurisdiction was concurrent with that of the common law. It must be remembered that though Admiralty jurisdiction was exercised "outside territory" (and in that respect was exclusive), it was also exercised "within territory", running as it did *inter alia* in ports, fresh waters and rivers below first bridges, all of which were "within the realm" at common law. In these latter situations the Admiral's jurisdiction was concurrent with that of the local courts. See *R. v. Bruce* (1812), 168 E.R. 782; *R. v. Mannion* (1846), 2 Cox. C.C. 158; *R. v. Kahitaska*

[TRADUCTION] 2. L'infraction commise par une personne, peu importe qu'elle soit ou non sujet de Sa Majesté, en haute mer dans les eaux territoriales des dominions de Sa Majesté, ressortit à la Cour d'amirauté, bien qu'elle ait pu être perpétrée à bord ou au moyen d'un navire étranger, et l'auteur de l'infraction peut être arrêté, jugé et puni en conséquence.

(C'est moi qui souligne.)

La Loi définit ainsi l'expression «eaux territoriales des dominions de Sa Majesté»:

[TRADUCTION] «Les eaux territoriales des dominions de Sa Majesté», en ce qui a trait à la mer, désigne la partie de la mer adjacente aux côtes du Royaume-Uni ou de quelque autre partie des dominions de Sa Majesté, qui est réputée en droit international être assujettie à la souveraineté territoriale de Sa Majesté; et, en ce qui concerne toute infraction qui, aux termes de la présente loi, ressortit à la Cour d'amirauté, toute partie de la haute mer qui se trouve à moins d'une lieue marine de la côte, mesurée à partir de la laisse de basse mer, est réputée faire partie des eaux territoriales des dominions de Sa Majesté.

Dans la mesure où la Loi attribuait à la Cour d'amirauté une compétence que les tribunaux de common law n'avaient pas, son applicabilité à une étendue d'eau donnée confirme vraiment que ces eaux se trouvaient [TRADUCTION] «à l'extérieur du royaume». L'applicabilité de la Loi serait donc inconciliable avec le point de vue selon lequel les eaux en question étaient comprises dans les limites d'une entité territoriale. C'est d'ailleurs ce qu'on a conclu dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins* à l'égard de la mer territoriale au large de la Colombie-Britannique. Il importe toutefois de faire la distinction entre les situations où la Cour d'amirauté possédait une compétence exclusive en vertu de la *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* ou autrement, et les situations où elle exerçait une compétence concurrente avec celle des tribunaux de *common law*. On doit se rappeler que même si la compétence de la Cour d'amirauté s'exerçait [TRADUCTION] «à l'extérieur du territoire» (et, à cet égard, était exclusive), elle s'exerçait également [TRADUCTION] «à l'intérieur du territoire», s'appliquant notamment aux ports, aux cours d'eau douce et aux rivières en aval des premiers ponts qui, en *common law*,

(1906), 8 W.A.L.R. 154; and see *Halsbury's Laws of England*, vol. 11, 4th ed., p. 59. Concurrent Admiralty jurisdiction in this second context would not be inconsistent with the conclusion that the waters over which it was exercised were “with-  
in the realm” and hence within the boundaries of a given county, colony or province.

As all this relates to the present Reference, the first question to be decided is whether the *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* applied to give the Admiralty exclusive jurisdiction over the subject straits. I note that no case cited before us had decided the issue. As McIntyre J.A. mentioned, *R. v. Ford*; *R. v. Gilkey* (1956), 115 C.C.C. 113 (B.C.C.A.) “discussed” the issue, but certainly did not decide it. The issue had also come up in *R. v. Johanson* (1922), 31 B.C.R. 211 (B.C.C.A.) in which two of the three judges found it unnecessary to rule on the question of whether the Act applied to Georgia Strait, while the third, McPhillips J.A., was of the opinion that the Act did not apply because the *locus* in question was “interior waters off the mouth of Vancouver Harbour, not off the coast of British Columbia or within one marine league of the coast” (p. 221).

As I have observed, the *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* was enacted to give the Admiralty Court criminal jurisdiction in waters that *R. v. Keyn* had put beyond the jurisdiction of the common law courts. The question, therefore, of whether the Act applied to given waters depends on whether or not the jurisdiction of the common law extended over these waters—in other words whether or not the waters in question were within the boundaries of a county, colony, state or province. That, of course, is precisely the question in issue in this Reference. What this means is that

étaient tous «à l'intérieur du royaume». Dans ces derniers cas, la Cour d'amirauté et les tribunaux locaux exerçaient une compétence concurrente. Voir les décisions *R. v. Bruce* (1812), 168 E.R. 782; *R. v. Mannion* (1846), 2 Cox. C.C. 158; *R. v. Kahitaska* (1906), 8 W.A.L.R. 154; voir aussi *Halsbury's Laws of England*, t. 11, 4<sup>e</sup> éd, p. 59. Dans ce second contexte, la compétence concurrente de la Cour d'amirauté ne serait pas incompatible avec la conclusion que les eaux soumises à cette compétence étaient «à l'intérieur du royaume» et, partant, dans les limites de tel comté, de telle colonie ou de telle province.

Comme tout cela se rapporte directement à la présente espèce, la première question qui se pose est de savoir si la *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* s'appliquait de manière à conférer à la Cour d'amirauté une compétence exclusive sur les détroits en cause. Je constate qu'aucune décision qu'on nous a citée n'a tranché la question. Comme l'a mentionné le juge McIntyre, elle a été [TRADUCTION] «examinée» dans l'arrêt *R. v. Ford*; *R. v. Gilkey* (1956), 115 C.C.C. 113 (C.A.C.-B.), mais, chose certaine, elle n'y a pas été tranchée. La question avait également été soulevée dans l'arrêt *R. v. Johanson* (1922), 31 B.C.R. 211 (C.A.C.-B.), où, sur trois juges, deux ont estimé qu'ils n'avaient pas à se prononcer sur l'applicabilité de la Loi au détroit de Géorgie, tandis que le troisième, savoir le juge McPhillips, était d'avis qu'elle ne s'appliquait pas parce qu'il s'agissait [TRADUCTION] «d'eaux intérieures au large de l'entrée du port de Vancouver et non pas au large de la côte de la Colombie-Britannique ou à moins d'une lieue marine de la côte» (p. 221).

Comme je l'ai souligné, la *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* a été adoptée en vue de conférer à la Cour d'amirauté compétence en matière criminelle sur les eaux qui, par suite de l'arrêt *R. v. Keyn* échappaient à la compétence des tribunaux de *common law*. Par conséquent, la question de savoir si la Loi s'appliquait à certaines eaux dépend de celle de savoir si ces eaux étaient assujetties à la compétence des tribunaux de *common law* ou, en d'autres termes, si elles étaient situées dans les limites d'un comté, d'une colonie, d'un état ou d'une province. Il va sans dire qu'il

the *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* cannot determine the status of the waters in question; rather the status of the waters in question would have to be determined in order to decide whether or not the Act applied. Since it is my view that the subject waters were within the borders of British Columbia at the time of Confederation, I am clearly of the opinion that the *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* would not have been applicable to give the Admiralty Court exclusive jurisdiction over them.

This is not to say, however, that the Admiralty Court did not have jurisdiction over these waters. As the federal Attorney General points out, in 1858 Letters Patent were issued to a certain Mr. Begbie, appointing him Judge of the Vice Admiralty Court of British Columbia. I note also that in the *Johanson* case, *supra*, MacDonald C.J.A. stated that whether or not the *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* gave the Admiralty jurisdiction (a question which depended on whether or not Georgia Strait was "open sea") he had "no doubt" that these waters were otherwise "within the jurisdiction of the Admiralty" (p. 216). I do not, however, agree that either of these facts indicates that the straits were subject to "an Imperial as distinct from a local jurisdiction". It is my view that the jurisdiction exercised or exercisable by the Admiralty Court over the subject straits was concurrent with local courts rather than exclusive. I note that the Letters Patent appointing a Vice Admiralty Judge for British Columbia purport to confer jurisdiction over "Causes civil and maritime" that are "done . . . in upon or by the Sea or Public Streams, Fresh Waters, Ports, Rivers, Creeks, and places overflowed whatsoever within the ebbing and flowing of the Sea". The Letters Patent also confer jurisdiction over certain "maritime crimes . . . committed . . . upon the High Sea as in all Ports, Rivers, Fresh Waters and Creeks and Shores of the Sea to High Water mark from all First Bridges toward the Sea". This clearly indicates that the jurisdiction thereby granted runs inside territorial boundaries as well as outside. Insofar, therefore, as an Admiralty Court did exercise or could have exercised jurisdiction over the subject straits it is my

s'agit là précisément de la question en litige dans le présent renvoi. Cela signifie que la *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* ne permet pas de déterminer le statut des eaux en cause; au contraire, le statut de ces eaux devrait être déterminé pour décider si la Loi s'applique. Étant donné que j'estime que les eaux en cause faisaient partie de la Colombie-Britannique à l'époque de la Confédération, je suis nettement d'avis que la *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* n'aurait pas été applicable de manière à conférer à la Cour d'amirauté une compétence exclusive à leur égard.

Cela ne veut toutefois pas dire que la Cour d'amirauté n'avait pas compétence sur ces eaux. Comme le fait remarquer le procureur général du Canada, des lettres patentes délivrées à un nommé Begbie en 1858 le désignaient comme juge de la Cour de vice-amirauté de la Colombie-Britannique. Je constate aussi que, dans l'arrêt *Johanson*, précité, le juge en chef MacDonald a déclaré que, peu importe que la *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* attribue ou non compétence à la Cour d'amirauté (la question de savoir si le détroit de Géorgie faisait partie de la «haute mer» étant déterminante à cet égard), il n'y avait [TRADUCTION] «aucun doute» que de toute façon les eaux en question relevaient [TRADUCTION] «de la compétence de la Cour d'amirauté» (p. 216). Je ne suis cependant pas d'accord pour dire qu'il ressort de l'un ou l'autre de ces faits que les détroits étaient assujettis à [TRADUCTION] «une compétence impériale plutôt que locale». J'estime que la compétence que la Cour d'amirauté exerçait ou pouvait exercer sur les détroits en cause n'était pas exclusive, mais concurrente avec celle des tribunaux locaux. Je remarque que les lettres patentes nommant un juge à la Cour de vice-amirauté de la Colombie-Britannique ont pour effet d'attribuer compétence sur les [TRADUCTION] «causes civiles et maritimes» qui résultent d'actes [TRADUCTION] «accomplis . . . en mer ou sur un cours d'eau public, sur un cours d'eau douce, dans un port, sur une rivière, sur une crique et en tout lieu submergé situé entre la laisse de basse mer et la laisse de haute mer, ou près de ces endroits». De plus, les lettres patentes confèrent compétence sur certains [TRADUCTION] «crimes maritimes . . . commis . . . en haute mer ainsi que dans tout port, sur toute

view that it was a jurisdiction "within territory" comparable to its jurisdiction over ports, fresh waters and rivers below first bridges. There is nothing in such a jurisdiction that would be incompatible with a conclusion that the subject waters and submerged lands were within the boundaries of British Columbia.

#### VI Conclusion

I would summarize my conclusions as follows:

(i) The *1967 Offshore Reference* dealt with the status of the territorial sea off British Columbia as that term is understood at international law. It did not settle the question of proprietorship with reference to the lands at issue in the present Reference.

(ii) The 1849 grant to the Hudson's Bay Company established the Colony of Vancouver Island and transferred the lands in the new Colony from the Crown in right of Great Britain to the Crown in right of the Colony. The grant made "the said Island" colonial territory, but did not make the waters between the Island and the mainland colonial territory. As of 1849 these waters and submerged lands were British but not colonial property.

(iii) The words "Pacific Ocean" in the 1866 Imperial Act mean the open Pacific, thus making the western boundary of the United Colony the coastline formed by the several Islands off the coast of mainland British Columbia, including Vancouver Island. The words "territories of the United States" in the same Act made the southern border of British Columbia the mid-channel international border in Juan de Fuca and Georgia Straits. The provision that British Columbia would comprise "all" British "territories" within the stated boundaries referred to British maritime as

rivière, sur tout cours d'eau douce, sur toute crique et sur tout rivage de la mer depuis les premiers ponts jusqu'à la laisse de haute mer». Il s'en dégage nettement que la compétence ainsi conférée s'exerce aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur des frontières territoriales. Donc, dans la mesure où la compétence d'une cour d'amirauté était exercée ou aurait pu l'être sur les détroits en cause, j'estime qu'il s'agissait d'une compétence «à l'intérieur du territoire» comparable à celle qu'elle avait sur les ports, les cours d'eau douce et les rivières en aval des premiers ponts. L'existence d'une pareille compétence n'empêche aucunement de conclure que les eaux et les terres submergées en cause étaient comprises dans les limites de la Colombie-Britannique.

#### VI Conclusion

Voici en résumé mes conclusions:

i) Le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins* traite du statut de la mer territoriale (au sens du droit international) au large de la Colombie-Britannique. Il ne règle pas la question de la propriété des terres présentement en cause.

ii) La concession faite à la Compagnie de la Baie d'Hudson en 1849 a établi la colonie de l'île Vancouver et a eu pour effet de transférer de Sa Majesté du chef de la Grande-Bretagne à Sa Majesté du chef de la colonie les terres de la nouvelle colonie. Suivant l'acte de concession, «ladite île» faisait partie du territoire de la colonie, mais il n'en était pas de même des eaux situées entre l'île et le continent. En 1849, ces eaux ainsi que les terres qu'elles recouvraient continuaient d'appartenir à la Grande-Bretagne.

iii) Les mots «océan Pacifique» employés dans la Loi impériale de 1866 désignaient la haute mer, de sorte que la colonie unie était délimitée à l'ouest par les côtes des différentes îles, y compris l'île Vancouver, situées au large de la Colombie-Britannique. L'expression «territoires des États-Unis» figurant dans la même loi établissait comme frontière sud du territoire continental de la Colombie-Britannique la frontière internationale tracée au milieu du détroit Juan de Fuca et du détroit de Géorgie. Lorsqu'il est dit que la Colombie-Britannique comprendrait «l'ensemble» des «terri-



well as land territories. As of 1866 the waters and submerged lands between Vancouver Island and the mainland were part of the United Colony of British Columbia.

(iv) Nothing related to the *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* or to the regular jurisdiction of the Admiralty Courts contradicts the conclusion of provincial proprietorship over the subject lands and waters.

In view of these conclusions, it is my opinion that the subject waters and submerged lands were part of the Colony of British Columbia when it entered Confederation in 1871. The boundaries of British Columbia have not changed since that date. It follows that the seabed is still within and part of British Columbia today. In my opinion the answer to the question in this Reference is "yes".

I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (*dissenting*)—Canada and British Columbia each claim ownership of the seabed under the waters flowing between mainland British Columbia and Vancouver Island. It is common ground that in order for British Columbia's claim to succeed the waters at issue must have been part of the territory of British Columbia when it entered Confederation in 1871. If this was not the case the waters and the seabed beneath them belong to Canada. See *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792, at p. 801.

This is one of those cases where the resolution of a very contemporary problem depends upon the application of very ancient principles of law. I propose to consider these principles first and then move to their application to the instant case.

toires» britanniques situés à l'intérieur des frontières indiquées, il s'agit aussi bien des possessions terrestres que des possessions maritimes de la Grande-Bretagne. En 1866, les eaux et les terres submergées entre l'île Vancouver et le continent faisaient partie de la colonie unie de la Colombie-Britannique.

(iv) Rien en ce qui concerne la *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* ou la compétence ordinaire des cours d'amirauté n'empêche de conclure que les terres et les eaux en cause appartiennent à la province.

Compte tenu de ces conclusions, j'estime que les eaux et les terres submergées en cause faisaient partie de la colonie de la Colombie-Britannique à son entrée dans la Confédération en 1871. Les frontières de la Colombie-Britannique n'ont pas changé depuis cette date. Il s'ensuit que, de nos jours, le lit de la mer fait encore partie de la Colombie-Britannique. À mon avis, il faut répondre à la question posée en l'espèce par l'affirmative.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (*dissidente*)—Le Canada et la Colombie-Britannique se disputent la propriété du lit de la mer situé entre le territoire continental de la Colombie-Britannique et l'île Vancouver. Il est reconnu de part et d'autre que la Colombie-Britannique ne peut obtenir gain de cause que si les eaux en question faisaient partie de son territoire au moment de son entrée dans la Confédération en 1871. Dans l'hypothèse contraire, le lit de la mer et les eaux surjacentes appartiennent au Canada. Voir *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792 (le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*), à la p. 801.

Nous sommes ici en présence d'un de ces cas où la résolution d'un problème d'actualité dépend de l'application de principes de droit très anciens. Je me propose d'étudier ces principes d'abord et puis de les appliquer à la présente instance.

The Common Law(a) *The low-water mark rule*

The first principle with which we are concerned is stated in *Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., vol. 39, at p. 555:

The term "high seas" includes the whole of the sea below low-water mark and outside the body of a country, for the realm of England only extends to the low-water mark, and all beyond is the high seas.

(Emphasis added.)

The extent to which British territory included the sea was considered by a panel of thirteen judges in *R. v. Keyn* (1876), 2 Ex. D. 63. The case was not primarily concerned with Crown ownership of the seabed which at that time would have been a matter principally of academic interest. Rather the issue was the extent of the criminal law jurisdiction of the English courts. The facts were that a foreigner in command of a foreign ship was accused of manslaughter after the ship, while passing within three miles of the English shore on a voyage to a foreign port, collided with a British ship causing the death by drowning of a passenger on that ship. A bare majority of the court decided that a conviction for manslaughter could not stand because the English courts had no jurisdiction to try the accused under these circumstances. The case is of interest because the common law courts would have exercised jurisdiction over a foreigner only if he were within British territory and it was critical to the reasoning of the majority that the alleged offence did not take place within British territory.

Cockburn C.J. gave the leading judgment with which the other members of the majority were in substantial agreement. At page 162 he said:

By the old common law of England, every offence was triable in the county only in which it had been committed, as from that county alone the "pais," as it was

La common lawa) *La règle de la laisse de basse mer*

Le premier principe qui nous intéresse est formulé dans *Halsbury's Laws of England*, 3<sup>e</sup> éd., vol. 39, à la p. 555:

[TRADUCTION] L'expression «haute mer» comprend toute l'étendue de la mer qui se trouve au-dessous de la laisse de basse mer et à l'extérieur du territoire d'un comté, car le royaume d'Angleterre ne dépasse pas la laisse de basse mer, tout ce qui se trouve au-delà étant la haute mer.

(C'est moi qui souligne.)

Dans l'arrêt *R. v. Keyn* (1876), 2 Ex. D. 63, une formation de treize juges a examiné dans quelle mesure le territoire britannique comprenait la mer. Le litige ne portait pas principalement sur la question de la propriété du lit de la mer qui, à l'époque, n'aurait présenté qu'un intérêt surtout théorique. Il s'agissait plutôt d'établir l'étendue de la compétence en matière criminelle des tribunaux anglais. Dans cette affaire, un capitaine étranger d'un navire étranger en route pour un port étranger a été accusé d'homicide involontaire coupable par suite d'une collision survenue à moins de trois milles de la côte anglaise entre ce navire et un navire britannique, collision qui a entraîné la noyade d'un passager du navire britannique. La cour à la majorité d'une voix a conclu que la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable ne pouvait être maintenue parce que, dans ces circonstances, les tribunaux anglais n'avaient pas compétence pour juger l'accusé. L'importance de cet arrêt provient de ce que les tribunaux de *common law* n'auraient exercé compétence à l'égard d'un étranger que s'il s'était trouvé en territoire britannique et le fait que l'infraction imputée n'a pas été commise en territoire britannique a eu un effet décisif sur le raisonnement de la cour à la majorité.

Le juge en chef Cockburn a rédigé les motifs principaux auxquels ont souscrit, pour l'essentiel, les autres membres de la majorité. À la page 162, il affirme:

[TRADUCTION] Selon l'ancienne *common law* d'Angleterre, une infraction ne pouvait être jugée que dans le comté où elle avait été perpétrée, tout comme le «pais»,

termed—in other words, the jurors by whom the fact was to be ascertained—could come. But only so much of the land of the outer coast as was uncovered by the sea was held to be within the body of the adjoining county. If an offence was committed in a bay, gulf, or estuary, inter fauces terrae, the common law could deal with it, because the parts of the sea so circumstanced were held to be within the body of the adjacent county or counties; but, along the coast, on the external sea, the jurisdiction of the common law extended no further than to low-water mark.

Lord Coleridge C.J. was a member of the minority in *R. v. Keyn*. In *Harris v. Owners of "Franconia"* (1877), 2 C.P.D. 173, which was a civil suit arising out of the same incident which resulted in the criminal charges in *Keyn*, Lord Coleridge considered himself bound by the decision of the majority which he summed up at p. 177 in the following terms:

The ratio decidendi of that judgment is that, for the purpose of jurisdiction (except where under special circumstances and in special Acts parliament has thought fit to extend it), the territory of England and the sovereignty of the Queen stops at low-water mark.

This Court in *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia* accepted the proposition that at common law the territory of the realm ends at low-water mark. At pages 804-05 it adopted with approval the following passage from the judgment of Lush J. (one of the majority) in *Keyn*:

I have already announced that, although I had prepared a separate judgment, I did not feel it necessary to deliver it, because, having since perused the judgment which the Lord Chief Justice has just read, I found that we agreed entirely in our conclusions, and that I agreed in the main with the reasons upon which those conclusions are founded. I wish, however, to guard myself from being supposed to adopt any words or expressions which may seem to imply a doubt as to the competency of Parliament to legislate as it may think fit for these waters. I think that usage and the common consent of nations, which constitute international law, have appropriated these waters to the adjacent State to deal with them as the State may deem expedient for its own interests. They are, therefore, in the language of diplomacy and of international law, termed by a convenient metaphor the territorial waters of Great Britain,

comme on l'appelait—en d'autres termes, le jury chargé de vérifier les faits—ne pouvait être composé que de personnes habitant ce comté. Mais seule la partie du littoral qui n'était pas couverte par la mer était réputée faire corps avec le comté adjacent. Une infraction commise dans une baie, dans un golfe ou dans un estuaire inter fauces terrae, relevait de la *common law* parce qu'on estimait que ces parties de la mer faisaient corps avec le comté ou les comtés adjacents; mais, le long du littoral, sur la mer extérieure, la compétence de *common law* ne dépassait pas la laisse de basse mer.

Le lord juge en chef Coleridge faisait partie de la minorité dans l'arrêt *R. v. Keyn*. Dans la décision *Harris v. Owners of "Franconia"* (1877), 2 C.P.D. 173, où il s'agissait d'une action civile découlant du même incident qui avait été à l'origine des accusations criminelles portées dans l'affaire *Keyn*, lord Coleridge s'est estimé lié par la décision de la cour à la majorité qu'il résume ainsi, à la p. 177:

[TRADUCTION] Cet arrêt établit essentiellement qu'en matière de compétence (sauf dans des circonstances particulières et lorsque le Parlement a jugé opportun d'adopter des lois spéciales visant son extension) le territoire de l'Angleterre et la souveraineté de la Reine ne dépassent pas la laisse de basse mer.

Dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, cette Cour a accepté la proposition selon laquelle, en *common law*, le territoire du royaume ne dépasse pas la laisse de basse mer. Aux pages 804 et 805, elle adopte le passage suivant tiré des motifs du juge Lush (l'un des juges majoritaires) dans l'arrêt *Keyn*:

[TRADUCTION] Comme je l'ai déjà souligné, même si j'ai rédigé des motifs distincts, je n'ai pas cru nécessaire de les rendre parce que, ayant depuis lors pris connaissance des motifs que le lord juge en chef vient de lire, j'ai constaté que nous étions entièrement d'accord quant à nos conclusions et qu'en général je souscrivais aux raisons sur lesquelles se fondent ces conclusions. Il ne faut toutefois pas en déduire que je fais mien quelque mot ou expression qui peut sembler laisser planer des doutes quant à la compétence du Parlement pour légiférer à sa guise relativement à ces eaux. À mon avis, l'usage et le consentement universel des nations, qui constituent le droit international, attribuent lesdites eaux à l'État adjacent pour qu'il en dispose de la façon qu'il juge convenable dans son propre intérêt. C'est pourquoi, dans le langage de la diplomatie et du droit international, on les appelle métaphoriquement les eaux

and the same or equivalent phrases are used in some of our statutes denoting that this belt of sea is under the exclusive dominion of the State. But the dominion is the dominion of Parliament, not the dominion of the common law. That extends no further than the limits of the realm. In the reign of Richard II the realm consisted of the land within the body of the counties. All beyond low-water mark was part of the high seas. At that period the three-mile radius had not been thought of. International law, which, upon this subject at least, has grown up since that period, cannot enlarge the area of our municipal law, nor could treaties with all the nations of the world have that effect. That can only be done by Act of Parliament. As no such Act has been passed, it follows that what was out of the realm then is out of the realm now, and what was part of the high seas then is part of the high seas now; and upon the high seas the Admiralty jurisdiction was confined to British ships. Therefore, although, as between nation and nation, these waters are British territory, as being under the exclusive dominion of Great Britain, in judicial language they are out of the realm, and any exercise of criminal jurisdiction over a foreign ship in these waters must in my judgment be authorized by an Act of Parliament.

(Emphasis added.)

(b) *Ownership and jurisdiction*

It is apparent from the reasoning of Lush J. that it would have been possible for Parliament to exercise jurisdiction over the territorial sea. It is equally clear that it is possible for a state to acquire new territory by an overt act. See *Post Office v. Estuary Radio Ltd.*, [1968] 2 Q.B. 740, at pp. 753-54. It is important, however, to observe that the mere exercise of jurisdiction for limited purposes over a body of water does not necessarily amount to a claim of ownership of the waters and the seabed beneath them.

This issue was dealt with expressly by this Court in *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia, supra*. As the Court pointed out, the decision in *Keyn* caused Parliament to enact the *Territorial Waters Jurisdiction Act*, 1878 (U.K.), 41-42 Vict., c. 73 declaring all offences committed on the open sea within one marine

territoriales de la Grande-Bretagne, et certaines de nos lois reprennent la même expression ou des expressions équivalentes pour indiquer que cette zone de mer est assujettie à la compétence exclusive de l'État. Il s'agit toutefois de la compétence du Parlement et non de la compétence de *common law* qui, elle, ne dépasse pas les limites du royaume. Sous le règne de Richard II, le royaume comprenait les terres situées dans les comtés. Tout ce qui se trouvait au delà de la laisse de basse mer faisait partie de la haute mer. À cette époque, le rayon de trois milles n'avait pas encore été envisagé. Le droit international qui, depuis lors, a beaucoup évolué, du moins dans ce domaine, ne peut pas élargir le champ d'application de notre droit interne, pas plus que ne le pourraient des traités conclus avec toutes les nations du monde. Seule une loi du Parlement peut avoir cet effet. Aucune loi de ce genre n'ayant été adoptée, il s'ensuit que ce qui était alors en dehors du royaume l'est encore maintenant et que ce qui faisait partie de la haute mer à ce moment-là continue à en faire partie aujourd'hui; et sur la haute mer la compétence de la Cour d'amirauté se limitait aux navires britanniques. Par conséquent, bien qu'en droit international ces eaux soient comprises dans le territoire britannique, étant assujetties à la compétence exclusive de la Grande-Bretagne, sur le plan judiciaire elles sont en dehors du royaume et tout exercice de compétence en matière criminelle sur un navire étranger dans lesdites eaux doit, à mon sens, être autorisé par une loi du Parlement.

(C'est moi qui souligne.)

b) *Propriété et compétence*

Il ressort du raisonnement du juge Lush que le Parlement aurait pu exercer compétence sur la mer territoriale. Il est évident aussi qu'un État peut, par un acte manifeste, acquérir de nouveaux territoires. Voir la décision *Post Office v. Estuary Radio Ltd.*, [1968] 2 Q.B. 740, aux pp. 753 et 754. Il est important toutefois de souligner que le simple exercice de compétence, à des fins restreintes, sur une étendue d'eau n'équivaut pas nécessairement à une revendication de la propriété des eaux et du lit de la mer sous-jacent.

Cette Cour a traité expressément cette question dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, précité. Comme l'a fait remarquer la Cour, l'arrêt *Keyn* a incité le Parlement à adopter la *Territorial Waters Jurisdiction Act*, 1878 (R.-U.), 41-42 Vict., chap. 73, qui a eu pour effet d'étendre la compétence de la Cour d'amirauté à

league of the coast of any part of Her Majesty's Dominions to be within the jurisdiction of the Admiral. This Court stated at p. 805:

The Act did no more than deal with what was regarded as a gap in the Admiral's jurisdiction. It did not enlarge the realm of England, nor did it purport to deal with the juridical character of British territorial waters and the sea-bed beneath them.

We have to take it, therefore, that even after the enactment of the *Territorial Waters Jurisdiction Act* the majority opinion in *Regina v. Keyn* that the territory of England ends at low-water mark was undisturbed.

(Emphasis added.)

The distinction between ownership and jurisdiction does not always emerge clearly from the cases. The issue in the present appeal, and in *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, is ownership of the seabed. In the earlier cases, such as *R. v. Keyn*, what is normally at issue is a question of jurisdiction, but because jurisdiction can be conferred by ownership the issue of jurisdiction is often approached by determining first whether or not there is ownership. It is important, therefore, in examining the earlier cases to give careful attention to whether or not the decision turns on the question of ownership.

In *Direct United States Cable Co. v. Anglo-American Telegraph Co.* (1877), 2 App. Cas. 394, the issue before the Privy Council was whether the respondent was entitled to an injunction which would prevent the appellant from laying a telegraph cable along the floor of Conception Bay. The respondent had been granted a monopoly on telegraphic services in Newfoundland by the Newfoundland legislature. The grant of the monopoly, found in s. 14 of *An Act to Incorporate a Company under the style and title of "The New York, Newfoundland, and London Telegraph Company"* 1854 (Nfld.), 17 Vict., c. 2, read in relevant part as follows:

... during the said period of Fifty Years, no other Person or Persons, Body or Bodies Politic or Corporate, shall be permitted to construct, purchase, take, or operate, any Line or Lines of Telegraph on this Island, or to

toute infraction commise en haute mer à moins d'une lieue marine de la côte de n'importe quelle partie des dominions de Sa Majesté. Cette Cour affirme, à la p. 805:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] La Loi visait simplement ce qu'on considérait comme une lacune dans la compétence de la Cour d'amirauté. Elle n'avait ni pour effet d'agrandir le royaume d'Angleterre ni pour objet de statuer sur la nature juridique des eaux territoriales britanniques et du lit de la mer sous-jacent.

<sup>b</sup> Nous tenons donc pour acquis que l'adoption de la *Territorial Waters Jurisdiction Act* n'a rien changé à l'opinion exprimée par la cour à la majorité dans l'arrêt *Regina v. Keyn*, savoir que le territoire de l'Angleterre ne dépasse pas la laisse de basse mer.

(C'est moi qui souligne.)

<sup>d</sup> La distinction entre propriété et compétence ne se dégage pas toujours très clairement de la jurisprudence. Ce qui est en cause dans le présent pourvoi et dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, c'est la propriété du lit de la mer. Dans les affaires antérieures telles que l'arrêt *R. v. Keyn*, le litige porte normalement sur une question de compétence, mais comme celle-ci peut découler de la propriété, on aborde souvent la question de la compétence en commençant par déterminer s'il y a propriété. Il importe donc dans <sup>e</sup> l'étude de cette jurisprudence antérieure d'examiner attentivement si la décision rendue repose sur <sup>f</sup> la question de la propriété.

<sup>g</sup> Dans l'arrêt *Direct United States Cable Co. v. Anglo-American Telegraph Co.* (1877), 2 App. Cas. 394, le Conseil privé était saisi de la question de savoir si l'intimée avait droit à une injonction qui aurait empêché l'appelante de poser un câble télégraphique au fond de la baie Conception. La <sup>h</sup> législature de Terre-Neuve avait accordé à l'intimée le monopole des services télégraphiques dans cette province. L'octroi du monopole est fait à l'art. 14 de *An Act to Incorporate a Company under the style and title of "The New York, Newfoundland, and London Telegraph Company"* 1854 (T.-N.), 17 Vict., chap. 2. L'article 14 dispose notamment:

<sup>i</sup> [TRADUCTION] ... au cours de ladite période de cinquante ans, nulle autre personne, physique ou morale, ni aucun gouvernement ne pourra construire, acheter, exploiter ou s'emparer des lignes télégraphiques sur <sup>j</sup>

extend to, enter upon, or touch any part of this Island, or the Coast thereof, or of the Islands or Places within the jurisdiction of the Government of this Colony, with any Telegraphic Cable, . . . .

(Emphasis added.)

The appellant had laid a telegraph cable more than thirty miles within the headlands of Conception Bay which lies on the east of Newfoundland between two promontories 20 miles apart, the average width of the Bay being 15 miles and the distance of the head of the Bay from the two promontories being respectively 40 and 50 miles. The cable was more than three miles from the shore of the Bay and in laying it care had been taken not to come within three miles of the shore so as to avoid any question as to the territorial dominion over the ocean within three miles of the shore. Lord Blackburn stated that their Lordships were not called upon in this case to express any opinion on the questions discussed in the case of *R. v. Keyn*. He stated the question in this case as follows at p. 416:

The question raised in this case, and to which their Lordships confine their judgment, is as to the territorial dominion over a bay of configuration and dimensions such as those of *Conception Bay* above described.

He seems to be saying that the issue in *Keyn* was the jurisdiction of the Court of Admiralty whereas in this case the issue was territorial dominion over the Bay.

It is interesting to note that on the basis of the terms of s. 14 the respondent was entitled to an injunction, whether or not the cable lay within the territory of Newfoundland, as long as the cable lay somewhere within the jurisdiction of the Newfoundland legislature. Nevertheless the Privy Council appears to have treated the case as turning on whether or not the whole of Conception Bay was part of the territory of Newfoundland.

Lord Blackburn began by considering the common law and said at p. 416:

. . . but this much is obvious, that when it is decided that any bay or estuary of any particular dimensions is or may be a part of an English county, and so completely within the realm of *England*, it is decided that a similar

cette île, ni prolonger un câble télégraphique de manière à ce qu'il traverse ou touche quelque partie de cette île ou de ses côtes, ou des îles ou endroits qui relèvent de la compétence du gouvernement de la présente colonie . . .

<sup>a</sup> (C'est moi qui souligne.)

L'appelante avait posé un câble télégraphique à plus de trente milles à l'intérieur de la baie Conception qui est située à l'est de Terre-Neuve entre deux promontoires séparés par une distance de 20 milles. Large de 15 milles en moyenne, la baie mesure d'un côté 40 milles de long et de l'autre 50 milles. Afin d'éviter qu'il ne se pose des questions relatives à la souveraineté territoriale sur la zone d'océan située à moins de trois milles de la côte, on a pris soin de poser le câble à plus de trois milles du littoral de la baie. Lord Blackburn a déclaré qu'on n'avait pas en l'espèce à se prononcer sur les questions traitées dans l'arrêt *R. v. Keyn*. À la page 416, lord Blackburn formule la question litigieuse de la manière suivante:

<sup>e</sup> [TRADUCTION] La question soulevée en l'espèce, à laquelle nous limitons notre jugement, concerne la souveraineté territoriale sur une baie ayant la configuration et les dimensions de la *baie Conception* décrite plus haut.

<sup>f</sup> Il semble affirmer que l'arrêt *Keyn* portait sur la compétence de la Cour d'amirauté alors que, dans le cas qui l'occupait, il était question de souveraineté territoriale sur la baie.

<sup>g</sup> Il est intéressant de souligner que, suivant l'art. 14, l'intimée avait droit à une injonction peu importe que le câble se trouve ou non à l'intérieur du territoire de Terre-Neuve; il suffisait qu'il soit situé quelque part dans le ressort de la législature de la colonie. Toutefois, le Conseil privé semble avoir considéré que l'objet du litige était de déterminer si l'ensemble de la baie Conception faisait partie du territoire de Terre-Neuve.

Lord Blackburn commence par examiner la *common law* et il affirme, à la p. 416:

<sup>h</sup> [TRADUCTION] . . . mais il est au moins évident que lorsqu'on décide qu'une baie ou un estuaire ayant certaines dimensions fait ou peut faire partie d'un comté anglais et, partant, du royaume d'*Angleterre*, cela impli-

bay or estuary is or may be part of the territorial dominions of the country possessing the adjacent shore.

At page 417 he discussed *R. v. Cunningham* (1859), Bell C. C. 72, pointing out that in that case it became necessary to determine whether a particular spot in the Bristol Channel on which three foreigners on board a foreign ship had committed a crime was within the county of Glamorgan. He described the configuration of the Bristol Channel and concluded at p. 419:

But this much was determined, that a place in the sea, out of any river, and where the sea was more than ten miles wide, was within the county of *Glamorgan*, and consequently, in every sense of the words within the territory of *Great Britain*. It also shews that usage and the manner in which that portion of the sea had been treated as being part of the county was material, and this was clearly Lord *Hale's* opinion, as he says not that a bay is part of the county, but only that it may be.

Lord Blackburn then continued:

Passing from the Common Law of *England* to the general law of nations, as indicated by the text writers on international jurisprudence, we find an universal agreement that harbours, estuaries, and bays landlocked belong to the territory of the nation which possesses the shores round them, but no agreement as to what is the rule to determine what is "bay" for this purpose.

It seems generally agreed that where the configuration and dimensions of the bay are such as to shew that the nation occupying the adjoining coasts also occupies the bay it is part of the territory; and with this idea most of the writers on the subject refer to defensibility from the shore as the test of occupation; some suggesting therefore a width of one cannon shot from shore to shore, or three miles; some a cannon shot from each shore, or six miles; some an arbitrary distance of ten miles. All of these are rules which, if adopted, would exclude *Conception Bay* from the territory of *Newfoundland*, but also would have excluded from the territory of *Great Britain* that part of the *Bristol Channel* which in *Reg. v. Cunningham* was decided to be in the county of *Glamorgan*. On the other hand, the diplomats of the *United States* in 1793 claimed a territorial jurisdiction over much more extensive bays, and Chancellor *Kent*, in his Commentaries, though by no means

que qu'une baie ou un estuaire semblable fait ou peut faire partie des possessions territoriales du pays qui possède le rivage adjacent.

À la page 417, il étudie la décision *R. v. Cunningham* (1859), Bell C. C. 72, soulignant que dans cette affaire il est devenu nécessaire de déterminer si un endroit particulier dans le canal de Bristol, où trois étrangers à bord d'un navire étranger avaient commis un crime, faisait partie du comté de Glamorgan. Il décrit la configuration du canal de Bristol, puis il conclut, à la p. 419:

[TRADUCTION] Mais il a été établi tout au moins qu'un endroit situé hors de tout fleuve dans une étendue de mer ayant plus de dix milles de largeur, se trouve dans le comté de *Glamorgan* et fait donc partie, dans tous les sens de l'expression, du territoire de la *Grande-Bretagne*. Cela montre également l'importance de l'usage et de la façon dont cette partie de la mer avait été considérée comme comprise dans le comté; il est clair que c'était là l'opinion de lord *Hale* puisqu'il dit non pas qu'une baie fait partie du comté, mais seulement qu'elle peut en faire partie.

Lord Blackburn ajoute ensuite:

[TRADUCTION] Passant maintenant de la *common law* d'Angleterre au droit international général, tel qu'il se dégage des ouvrages de doctrine dans ce domaine, nous constatons que tous les auteurs de ces ouvrages s'accordent pour dire que les ports, les estuaires et les baies enclavés font partie du territoire du pays qui possède les rivages qui les entourent; il n'y a toutefois pas de consensus quant à la règle applicable pour déterminer ce qui constitue une «baie» à cette fin.

On semble généralement accepter que lorsque la configuration et les dimensions d'une baie sont de nature à indiquer que le pays qui occupe les côtes adjacentes occupe également la baie, celle-ci fait partie de son territoire; sous ce rapport, la plupart des auteurs qui ont traité ce sujet parlent des possibilités de défense à partir du rivage comme critère de l'occupation; certains proposant par conséquent la portée d'un coup de canon tiré d'un rivage à l'autre, ou trois milles; certains la portée d'un coup de canon tiré de chaque rivage, ou six milles; d'autres une distance arbitraire de dix milles. Toutes ces règles, si elles étaient adoptées, auraient pour effet d'exclure la baie *Conception* du territoire de *Terre-Neuve*, mais elles auraient aussi pour effet d'exclure du territoire de la *Grande-Bretagne* la partie du canal de *Bristol* qui, dans la décision *Reg. v. Cunningham*, a été jugée comme comprise dans le comté de *Glamorgan*. D'autre part, en 1793 les diplomates des *États-Unis*

giving the weight of his authority to this claim, gives some reasons for not considering it altogether unreasonable.

It does not appear to their Lordships that jurists and text writers are agreed what are the rules as to dimensions and configuration, which, apart from other considerations, would lead to the conclusion that a bay is or is not a part of the territory of the state possessing the adjoining coasts; and it has never, that they can find, been made the ground of any judicial determination. If it were necessary in this case to lay down a rule the difficulty of the task would not deter their Lordships from attempting to fulfil it. But in their opinion it is not necessary so to do. It seems to them that, in point of fact, the British Government has for a long period exercised dominion over this bay, and that their claim has been acquiesced in by other nations, so as to shew that the bay has been for a long time occupied exclusively by Great Britain, a circumstance which in the tribunals of any country would be very important. And moreover (which in a British tribunal is conclusive) the British Legislature has by Acts of Parliament declared it to be part of the British territory, and part of the country made subject to the Legislature of Newfoundland.

(Emphasis added.)

At pages 420-21 Lord Blackburn relied on 59 Geo. III, c. 38, and in particular s. 4 of that Act as “an unequivocal assertion of the British Legislature of exclusive dominion over this bay as part of the British territory”. (Emphasis added.) This legislation was passed on June 14, 1819 and was entitled *An Act to enable His Majesty to make Regulations with respect to the taking and curing Fish on certain Parts of the coasts of Newfoundland, Labrador, and His Majesty's other Possessions in North America, according to a Convention made between His Majesty and the United States of America*. Fishing rights off Newfoundland had been given mention in a number of major European treaties including the Treaty of Utrecht (1713), the Treaty of Paris (1763) and the Treaty of Versailles (1783). In fulfilment of Britain's obligations under the last mentioned treaty, in 1788 Parliament had passed 28 Geo. III, c. 35 in

revendiquaient la compétence territoriale sur des baies d'une superficie beaucoup plus considérable et le chancelier *Kent*, dans ses commentaires, bien qu'il n'y prête aucunement son appui, fournit des raisons pour lesquelles cette revendication ne doit pas être tenue pour complètement déraisonnable.

Il nous semble que les juristes et les auteurs d'ouvrages de doctrine ne s'entendent pas sur les règles applicables aux dimensions et à la configuration qui, abstraction faite d'autres considérations, amèneraient à conclure qu'une baie fait ou ne fait pas partie du territoire de l'État qui possède les côtes adjacentes; et, selon ce que nous avons pu constater, il n'y a jamais eu de décision judiciaire sur ce point. S'il était nécessaire en l'espèce de formuler une règle, la difficulté que cela pourrait présenter ne nous empêcherait pas de tenter de le faire. Mais nous estimons qu'il n'est pas nécessaire de le faire. Il nous semble qu'en réalité le gouvernement britannique exerce depuis longtemps sa souveraineté sur cette baie et que sa revendication a reçu l'assentiment d'autres pays, ce qui démontre que depuis longtemps la baie est occupée exclusivement par la Grande-Bretagne, une situation qui, devant les tribunaux de n'importe quel pays revêtirait une importance considérable. Qui plus est (et cela est concluant devant un tribunal britannique), le Parlement britannique a adopté des lois déclarant qu'elle fait partie à la fois du territoire de la Grande-Bretagne et du territoire soumis à la législature de Terre-Neuve.

(C'est moi qui souligne.)

Aux pages 420 et 421, lord Blackburn invoque la loi 59 Geo. III, chap. 38, et en particulier son art. 4, affirmant qu'il s'agit d'une «revendication sans équivoque par le Parlement britannique de la souveraineté exclusive sur cette baie en tant que partie du territoire britannique». (C'est moi qui souligne.) Adoptée le 14 juin 1819, cette loi s'intitulait *An Act to enable His Majesty to make Regulations with respect to the taking and curing Fish on certain Parts of the coasts of Newfoundland, Labrador, and His Majesty's other Possessions in North America, according to a Convention made between His Majesty and the United States of America*. Les droits de pêche au large de Terre-Neuve avaient été mentionnés dans un certain nombre de traités européens importants, dont le traité d'Utrecht (1713), le traité de Paris (1763) et le traité de Versailles (1783). En exécution des obligations que ce dernier traité imposait à la



which powers were granted to the Governor of Newfoundland to ensure that British subjects did not interfere with the fishing rights off Newfoundland's coasts which had been guaranteed to the French. In 1818, after disputes between fishermen from New England and their Newfoundland and Nova Scotian rivals, the British and American governments decided to regularize relations between themselves on the question of fishing rights. As a result of a convention between the two nations, Britain granted certain limited fishing rights to United States citizens along specified parts of the coast of Newfoundland and Labrador. It was in implementation of this convention that the British Parliament passed 59 Geo. III, c. 38.

Section 1 of the Act set out the fishing rights guaranteed to citizens of the United States. Section 2, apparently in contradiction of previous treaty rights as set out in 28 Geo. III, c. 35, provided that only British subjects were allowed to fish within three miles of the coast of any British North American territory. It does so, in relevant part, in the following terms:

And be it further enacted, That from and after the passing of this Act it shall not be lawful for any Person or Persons, not being a natural born Subject of His Majesty, in any Foreign Ship, Vessel or Boat . . . to fish for, or to take, dry or cure any Fish of any Kind whatever, within Three Marine Miles of any Coasts, Bays, Creeks or Harbours whatever, in any part of His Majesty's Dominions in America, . . .

(Emphasis added.)

This claim of exclusive fishing rights in the bays and harbours and within three miles of the coasts of all British territories in North America was reinforced by s. 4, which read in relevant part:

And be it further enacted, That if any Person or Persons, upon Requisition made by the Governor of Newfoundland, or the Person exercising the Office of Governor, or by any Governor or Person exercising the Office of Governor, in any other Parts of His Majesty's Dominions in America as aforesaid, . . . shall refuse to depart from such Bays or Harbours; or if any Person or Persons shall refuse or neglect to conform to any Regulations or Directions which shall be made or given for

Grande-Bretagne, le Parlement avait adopté en 1788 la loi 28 Geo. III, chap. 35, qui habilitait le gouverneur de Terre-Neuve à s'assurer que les sujets britanniques respecteraient les droits de pêche au large de Terre-Neuve garantis aux Français. En 1818, par suite de différends entre les pêcheurs de la Nouvelle-Angleterre et leur rivaux de Terre-Neuve et de la Nouvelle-Écosse, les gouvernements britannique et américain ont décidé de régler entre eux la question des droits de pêche. Dans une convention intervenue entre les deux pays, la Grande-Bretagne a accordé aux citoyens des États-Unis des droits de pêche limités le long de certaines parties des côtes de Terre-Neuve et du Labrador. C'est en application de cette convention que le Parlement britannique a adopté la loi 59 Geo. III, chap. 38.

L'article 1 de la Loi énonçait les droits de pêche garantis aux citoyens des États-Unis. L'article 2, contrairement semble-t-il aux droits accordés par les traités antérieurs et énoncés dans la loi 28 Geo. III, chap. 35, prévoyait que seuls les sujets britanniques pouvaient pêcher à moins de trois milles des côtes de tout territoire britannique en Amérique du Nord. L'article 2 disposait notamment:

[TRADUCTION] Il est édicté en outre que, dès l'adoption de la présente loi, à moins d'être sujet de naissance de Sa Majesté, personne à bord d'un bâtiment, d'un navire ou d'un bateau étranger ne pourra . . . pêcher, prendre, sécher ou préparer quelque espèce de poisson à moins de trois milles marins des côtes, des baies, des anses ou des ports situés dans une partie quelconque des dominions de Sa Majesté en Amérique . . .

(C'est moi qui souligne.)

Cette revendication de droits de pêche exclusifs dans les baies et les ports et à moins de trois milles des côtes de tous les territoires britanniques en Amérique du Nord est renforcée par l'art. 4, dont voici la partie pertinente:

[TRADUCTION] Il est édicté en outre que quiconque, à la demande du gouverneur de Terre-Neuve ou de la personne qui remplit les fonctions du gouverneur ou de toute autre partie des dominions de Sa Majesté en Amérique, tel que mentionné plus haut, . . . refuse de quitter ces baies ou ports, ou quiconque refuse ou néglige de se conformer aux règlements ou aux directives respectivement pris ou données en application de la présente loi, devra payer, en raison de son refus ou en

the Execution of any of the Purposes of this Act; every such Person so refusing or otherwise offending against this Act shall forfeit the Sum of Two hundred Pounds, . . . .

Lord Blackburn treated the exclusion of foreign fishermen from the bays in question, upon penalty of fine, as the exercise of exclusive British jurisdiction over the waters. He said, at p. 421, that "no stronger assertion of exclusive dominion over these bays could well be framed".

This aspect of Lord Blackburn's reasoning, if it is to be applied by this Court, has great significance for the present case. Lord Blackburn appears to be saying that the exercise of exclusive fisheries jurisdiction by Parliament over Newfoundland's bays is the equivalent of a territorial claim to the bays, and will be treated by the courts as conclusive proof that the bays are British territory. This would imply that, in considering whether Britain had laid claim to the waters at issue in this case prior to 1871, this Court should turn its attention to the question of whether Britain had exercised jurisdiction over the waters rather than focussing solely on the question of whether Britain had claimed ownership of the waters.

In my view, such an approach would be inconsistent with the views expressed by this Court in *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*. As I have pointed out, this Court did not believe that the exercise by Britain of criminal law jurisdiction over the territorial sea as a result of the *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878* had the effect of enlarging the realm of England beyond the low-water mark.

In *R. v. Keyn, supra*, Cockburn C.J. dealt expressly with the argument that treaties regulating fishing rights and legislation giving effect to such treaties are evidence of territorial dominion over the waters which are the subject of such treaties. At pages 205-06 he said:

Again, nations, possessing opposite or neighbouring coasts, bordering on a common sea, have sometimes found it expedient to agree that the subjects of each

raison de toute autre infraction à la présente loi, une amende de deux cent livres . . .

<sup>a</sup> D'après lord Blackburn, l'exclusion des pêcheurs étrangers des baies en question, sous peine d'amende, constituait un exercice de compétence britannique exclusive sur ces eaux. Il affirme, à la p. 421, que [TRADUCTION] «on ne saurait formuler d'une manière plus catégorique une revendication de souveraineté exclusive sur ces baies».

<sup>c</sup> Cet aspect du raisonnement de lord Blackburn, pour peu que cette Cour décide de l'appliquer, revêt une importance considérable en l'espèce. Lord Blackburn semble affirmer que l'exercice par le Parlement d'une compétence exclusive en matière de pêche sur les baies de Terre-Neuve <sup>d</sup> équivaut à une revendication territoriale de ces baies et sera considéré par les tribunaux comme une preuve concluante que ces baies sont des territoires britanniques. Cela impliquerait qu'en examinant si les eaux présentement en cause ont fait <sup>e</sup> l'objet d'une revendication britannique avant 1871, cette Cour devrait, plutôt que de se demander uniquement si la Grande-Bretagne en avait revendiqué la propriété, prêter attention à la question de savoir si elle avait exercé compétence sur elles.

<sup>f</sup> Selon moi, cette façon de procéder serait incompatible avec les opinions exprimées par cette Cour dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*. Comme je l'ai déjà souligné, cette <sup>g</sup> Cour n'a pas jugé que l'exercice par la Grande-Bretagne de la compétence en matière de droit criminel sur la mer territoriale, par suite de l'adoption de la *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878*, avait eu pour effet d'étendre le royaume <sup>h</sup> d'Angleterre au delà de la laisse de basse mer.

Dans l'arrêt *R. v. Keyn*, précité, le juge en chef Cockburn a répondu expressément à l'argument portant que les traités qui réglementent les droits de pêche et les lois qui mettent à exécution ces traités constituent une preuve de souveraineté territoriale sur les eaux visées par ces traités. Aux pages 205 et 206, il affirme:

<sup>j</sup> [TRADUCTION] Encore une fois, les pays qui possèdent des côtes opposées ou avoisinantes qui bordent la même étendue de mer ont parfois jugé utile de s'enten-

shall exercise an exclusive right of fishing to a given distance from their own shores, and here also have accepted the three miles as a convenient distance. Such, for instance, are the treaties made between this country and the United States in relation to the fishery off the coast of Newfoundland, and those between this country and France in relation to the fishery on their respective shores; and local laws have been passed to give effect to these engagements.

But in all these treaties this distance is adopted, not as matter of existing rights established by the general law of nations, but as matter of mutual concession and convention. Instead of upholding the doctrine contended for, the fact of these treaties having been entered into has rather the opposite tendency: for it is obvious that, if the territorial right of a nation bordering on the sea to this portion of the adjacent waters had been established by the common assent of nations, these treaty arrangements would have been wholly superfluous. Each nation would have been bound, independently of treaty engagement, to respect the neutrality of the other in these waters as much as in its inland waters. The foreigner invading the rights of the local fisherman would have been amenable, consistently with international law, to local legislation prohibiting such infringement, without any stipulation to that effect by treaty. For what object, then, have treaties been resorted to? Manifestly in order to obviate all questions as to concurrent or conflicting rights arising under the law of nations. Possibly, after these precedents and all that has been written on this subject, it may not be too much to say that, independently of treaty, the three-mile belt of sea might at this day be taken as belonging, for these purposes, to the local state. But it is scarcely logical to infer, from such treaties alone, that, because nations have agreed to treat the littoral sea as belonging to the country it adjoins, for certain specified objects, they have therefore assented to forego all other rights previously enjoyed in common, and have submitted themselves, even to the extent of the right of navigation on a portion of the high seas, and the liability of their subjects therein to the criminal law, to the will of the local sovereign, and the jurisdiction of the local state. Equally illogical is it, as it seems to me, from the adoption of the three-mile distance in these particular instances, to assume, independently of everything else, a recognition, by the common assent of nations, of the principle that the subjects of one state passing in ships within three miles of the coast of another shall be in all respects subject to the law of the latter. It may be that the maritime nations of the world are prepared to acquiesce in the appropriation of the littoral sea; but I cannot think that these treaties help us much towards

dre pour que les citoyens de chacun exercent un droit de pêche exclusif jusqu'à une certaine distance de leurs propres côtes et, là encore, ils ont jugé que la distance de trois milles était appropriée. Il en est ainsi, par exemple, des traités conclus entre ce pays et les États-Unis relativement à la pêche au large des côtes de Terre-Neuve et de ceux intervenus entre ce pays et la France relativement à la pêche le long de leurs côtes respectives; et des lois intérieures ont été adoptées pour mettre à exécution ces engagements.

Mais, dans tous ces traités, cette distance est adoptée non pas à titre de droit préétabli par le droit international général, mais plutôt par suite de concessions et d'ententes mutuelles. Au lieu de confirmer la doctrine invoquée, la conclusion de ces traités a plutôt l'effet contraire, car il est évident que, si le droit territorial d'un pays qui borde la mer sur cette partie des eaux adjacentes avait découlé du consentement universel des nations, ces traités auraient été complètement superflus. Chaque pays aurait été tenu, indépendamment de tout traité, de respecter la neutralité de l'autre dans ces eaux tout comme dans ses eaux intérieures. Même en l'absence de toute stipulation en ce sens dans un traité, les étrangers qui violent les droits des pêcheurs locaux auraient été soumis, conformément au droit international, à la législation intérieure qui interdit cette violation. Pourquoi alors a-t-on eu recours aux traités? Manifestement, pour prévenir toute question quant aux droits concurrents ou opposés qui découlent du droit international. Compte tenu de ces précédents et de tout ce qui a été écrit à ce propos, il n'est peut-être pas exagéré de dire qu'à ces fins et indépendamment de tout traité on peut aujourd'hui considérer la zone de mer de trois milles comme appartenant à l'État qui la longe. Mais il n'est guère logique de conclure, sur la seule foi de ces traités, que les pays, en acceptant à certaines fins précises de considérer cette zone de mer littorale comme appartenant au pays auquel elle est adjacente, ont en conséquence consenti à renoncer à tous les autres droits qu'ils partageaient auparavant, et qu'ils se sont soumis à la volonté du souverain et à la compétence du gouvernement de ce pays, même en ce qui concerne le droit de naviguer sur une partie de la haute mer et l'applicabilité du droit criminel à leurs citoyens qui y naviguent. Il est tout aussi illogique, me semble-t-il, de conclure de l'adoption de la distance de trois milles dans ces cas particuliers, indépendamment de tout autre facteur, à la reconnaissance, avec le consentement universel des nations, du principe voulant que les citoyens d'un État qui, alors qu'ils voyagent à bord d'un navire, passent à moins de trois milles de la côte d'un autre État, soient à tous points de vue assujettis aux lois de ce dernier. Il est possible que les pays maritimes soient prêts à consentir à

arriving at the conclusion that this appropriation has actually taken place. At all events, the question remains, whether judicially we can infer that the nations who have been parties to these treaties, and still further those who have not, have thereby assented to the application of the criminal law of other nations to their subjects on the waters in question, and on the strength of such inference so apply the criminal law of this country.

(Emphasis added.)

Cockburn C.J. also considered the argument that the fact that Parliament had extended the application of some types of its legislation to foreigners within the territorial sea was evidence that Parliament treated the sea within three miles of the coast as British territory. At page 219 he gave this response:

These being the instances in which alone the legislature has applied the principle of the three-mile jurisdiction, it is apparent that, with the exception of the penalties imposed for violation of neutral duties or breaches of the revenue or fishery laws, there has been no assertion of legislative authority in the general application of the penal law to foreigners within the three-mile zone. The legislature has omitted to adopt the alleged sovereignty over the littoral sea, to the extent of making our penal law applicable generally to foreigners passing through it for the purpose of navigation. Can a court of justice take upon itself, in such a matter, to do what the legislature has not thought fit to do—that is, make the whole body of our penal law applicable to foreign vessels within three miles of our coasts? It is further apparent from these instances of specific legislation that, when asserting its power to legislate with reference to the foreigner within the three-mile zone, Parliament has deemed it necessary, wherever it was thought right to subject him to our law, expressly to enact that he should be so. We must take this, I think, as an exposition of the opinion of Parliament that specific legislation is here necessary, and consequently, that without it the foreigner in a foreign vessel will not come within the general law of this country in respect of matters arising on the sea.

(Emphasis added.)

l'appropriation de la zone de mer littorale, mais je ne puis croire que ces traités nous aident beaucoup à conclure que cette appropriation a effectivement eu lieu. Quoi qu'il en soit, il reste à savoir si, sur le plan juridique, nous pouvons déduire que les pays signataires de ces traités, voire même ceux qui ne les ont pas signés, ont ainsi consenti à ce que le droit criminel d'autres pays s'applique à leurs citoyens qui naviguent sur les eaux en question, et si, sur la foi de cette déduction, le droit criminel de notre pays s'applique de la même manière.

(C'est moi qui souligne.)

Le juge en chef Cockburn a également examiné l'argument portant que le fait que le Parlement a étendu l'application de certaines de ses lois aux étrangers qui se trouvent dans les limites de la mer territoriale constitue une preuve qu'il considérait que la zone de mer située à moins de trois milles de la côte faisait partie du territoire britannique. À la page 219, il répond ainsi à cet argument:

[TRADUCTION] Comme il s'agit là des seuls cas où le législateur a appliqué le principe de la zone de compétence de trois milles, il appert que, abstraction faite des peines imposées pour le manquement aux obligations de neutralité ou pour la violation des lois en matière fiscale ou halieutique, il n'a jamais revendiqué la compétence législative pour appliquer de manière générale le droit pénal aux étrangers qui se trouvent à l'intérieur de la zone de trois milles. Le législateur a omis d'adopter la prétendue souveraineté sur la zone de mer littorale, de manière à rendre notre droit pénal généralement applicable aux étrangers qui y naviguent. Dans un tel cas, une cour de justice peut-elle se permettre de faire ce que le législateur n'a pas jugé bon de faire, c'est-à-dire rendre l'ensemble de notre droit pénal applicable aux navires étrangers qui passent à moins de trois milles de nos côtes? Il ressort en outre de ces cas où il est question de certaines lois précises qu'en revendiquant son pouvoir de légiférer à l'égard des étrangers qui se trouvent à l'intérieur de la zone de trois milles, le Parlement a jugé nécessaire, chaque fois qu'on a estimé qu'il y avait lieu d'assujettir un étranger à nos lois, d'adopter des dispositions expresses en ce sens. Selon moi, il faut considérer cela comme une expression de l'opinion du Parlement que des dispositions législatives précises sont nécessaires en l'espèce, à défaut de quoi le droit général de ce pays ne s'appliquera pas à un étranger à bord d'un navire étranger, relativement aux affaires qui prennent naissance sur la mer.

(C'est moi qui souligne.)

The High Court of Australia considered the territorial limits of Australia in *Bonser v. La Macchia* (1969), 122 C.L.R. 177. Chief Justice Barwick at p. 185 discussed the effect of international conventions settling jurisdiction over territorial waters on the question of the ownership by British colonies of the territorial sea surrounding their coasts:

I think it is essential to bear in mind that when colonies were formed all that relevantly occurred was that a specified land mass was placed at the outset under governorship, and later, under the control of a legislature. The instruments setting up the colonies did not in terms include as territory and subject to colonial governorship any part of the bed of the sea or the superincumbent waters. The progression was from the condition of governorship with near absolute powers to a state of self-government with plenary powers to make laws for the peace, order and good government of that land mass. This was the utmost to which the colonies were attained. The colonies were never at any stage international personae nor sovereign and the States still are not. Thus any concession or convention made between nations as to the use which might be made of the bed of the sea or of the waters above it applied and still applies, in my opinion, only as between nations and, in the case of conventions, as between nations parties to the convention. The plenary nature of the legislative power granted over and with respect to described territory cannot, in my opinion, be a basis for regarding that territory as itself extended to those places in which laws made under such a power may validly have effect. Apart from legislation or prerogative or statutory instrument of the United Kingdom, any seeming accession to the realm or to jurisdiction over the sea by reason of international arrangements accrued, in my opinion, only to Great Britain and not to her colonies or her dominions or their territories in their own right.

(Emphasis added.)

Chief Justice Barwick went on at pp. 187-88 to consider the effect of the *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878*. He said:

But the terms of the *Territorial Waters Jurisdiction Act*, in my opinion, suggest that the Parliament of the United Kingdom was intending in passing it to take

Dans l'arrêt *Bonser v. La Macchia* (1969), 122 C.L.R. 177, la Haute Cour de l'Australie a examiné la question des limites du territoire australien. À la page 185, le juge en chef Barwick parle des conventions internationales attributives de compétence sur les eaux territoriales et de leur effet sur la question de la propriété par les colonies britanniques de la mer territoriale qui longe leurs côtes:

[TRADUCTION] J'estime qu'il est essentiel de se rappeler que tout ce qui se produisait essentiellement lors de la fondation des colonies, c'est qu'une étendue de terre déterminée était placée d'abord sous l'autorité d'un gouverneur et, ultérieurement, sous celle d'une législature. Les actes constitutifs des colonies n'incluaient expressément aucune partie du lit de la mer ou des eaux surjacentes comme territoire assujetti au gouverneur de la colonie. La colonie passait progressivement de l'état d'entité soumise à un gouverneur qui détenait des pouvoirs quasi absolus à celui d'entité autonome jouissant du pouvoir absolu d'adopter des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement de son territoire. C'était là le summum que pouvaient atteindre les colonies. À aucune de ces étapes, les colonies n'avaient la personnalité juridique sur le plan international ni ne possédaient la souveraineté, et la situation des États demeure inchangée à cet égard. Ainsi, toute concession ou convention entre pays relativement à l'utilisation qui pourrait être faite du lit de la mer ou des eaux surjacentes s'appliquait et continue de s'appliquer, selon moi, seulement aux pays en question et, dans le cas d'une convention, seulement aux pays parties à la convention. À mon avis, le caractère absolu du pouvoir législatif conféré à l'égard du territoire décrit ne peut permettre de considérer qu'en soi ce territoire comprend tous les endroits où des lois adoptées en vertu d'un tel pouvoir peuvent valablement s'appliquer. Selon moi, en l'absence d'une loi, d'une prérogative ou d'un texte réglementaire du Royaume-Uni, toute entrée en possession de la mer ou de la compétence sur elle, par voie de traité international, revenait uniquement à la Grande-Bretagne et non pas à ses colonies, à ses dominions ou à leurs propres territoires.

(C'est moi qui souligne.)

Puis, aux pages 187 et 188, le juge en chef Barwick examine l'effet de la *Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878*. Il affirme:

[TRADUCTION] Mais, à mon avis, il se dégage de la *Territorial Waters Jurisdiction Act* que le Parlement du Royaume-Uni l'a adoptée dans l'intention de profiter de

advantage of international comity, rather than to assert and implement a territorial claim to the bed of the sea. The "sovereignty" of the United Kingdom over such waters was that which might internationally be recognized.

The purport of these authorities seems to me to be that we should be extremely reluctant to construe an exercise of legislative jurisdiction over a body of water as a claim of ownership of the waters and the seabed beneath them. To the extent that Lord Blackburn's reasoning in *Direct United States Cable Co.* can be construed as representing a different approach, I do not think it should be followed. The Court in *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia, supra*, considered the Privy Council decision in *Direct United States Cable Co.* and concluded that the case turned on the fact that "... there was legislation of the Imperial Legislature, 59 Geo. III, c. 38, which asserted exclusive dominion over the Bay" (at p. 809). The Court appears to have relied on the headnote of the decision which is to the same effect, and I do not think this statement should be taken as an approval of the principle that the exercise of jurisdiction will ordinarily be treated as the equivalent of a claim of ownership.

(c) *Inland waters*

As Cockburn C.J. pointed out in *R. v. Keyn, supra*, the common law recognized an exception to the rule that the realm of England ended at the low-water mark. At common law "a bay, gulf, or estuary, *inter fauces terrae*" was "within the body of the adjacent county or counties" (at p. 162). It is common ground that if the waters at issue would have been considered *inter fauces terrae* by the common law in 1871, the seabed beneath them belongs to British Columbia.

The term *inter fauces terrae*, literally translated as "between the jaws of the land", is one of great antiquity but little precision of meaning. In *Mortensen v. Peters* (1906), 14 S.L.T. 227, Lord Dunedin, Lord Justice-General of Scotland, said at p. 231: "Now, I cannot say that there is any definition of what *fauces terrae* exactly are". As Hill J.

la courtoisie internationale plutôt que dans le dessein de formuler et de mettre à exécution une revendication territoriale du lit de la mer. La «souveraineté» du Royaume-Uni sur ces eaux était celle qui pourrait être reconnue internationalement.

D'après moi, ces arrêts semblent signifier que l'on doit hésiter énormément à voir dans l'exercice d'une compétence législative sur une étendue d'eau une revendication de la propriété de ces eaux et du lit de la mer sous-jacent. Dans la mesure où le raisonnement de lord Blackburn dans l'arrêt *Direct United States Cable Co.* peut être interprété comme l'expression d'un point de vue différent, j'estime qu'il ne doit pas être suivi. Dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, précité, cette Cour, a examiné l'arrêt du Conseil privé *Direct United States Cable Co.* et a conclu qu'il reposait sur le fait que [TRADUCTION] «... il y avait une loi impériale, 59 Geo. III, chap. 38, où l'on revendiquait la souveraineté exclusive sur la baie» (à la p. 809). La Cour semble s'être fondée sur le sommaire de l'arrêt qui va dans le même sens, et j'estime qu'il faut se garder de considérer cette affirmation comme l'approbation du principe selon lequel on considère normalement que l'exercice de compétence équivaut à une revendication du droit de propriété.

f) *Les eaux intérieures dites inland waters*

Comme le juge en chef Cockburn le fait remarquer dans l'arrêt *R. v. Keyn*, précité, la *common law* reconnaissait une exception à la règle voulant que le royaume d'Angleterre ne dépasse pas la laisse de basse mer. En effet, selon la *common law*, «une baie, ... un golfe ou ... un estuaire *inter fauces terrae* ... faisaient corps avec le comté ou les comtés adjacents» (à la p. 162). Les parties reconnaissent que, si, selon la *common law* en 1871, les eaux en question étaient *inter fauces terrae*, le lit de la mer sous-jacent appartient à la Colombie-Britannique.

L'expression *inter fauces terrae*, qui signifie littéralement «entre les mâchoires de la terre», est très ancienne, mais son sens est peu précis. Dans la décision *Mortensen v. Peters* (1906), 14 S.L.T. 227, lord Dunedin, le Lord Justice-General d'Écosse, affirme, à la p. 231: [TRADUCTION] «Or, je ne puis affirmer qu'il existe une définition de ce

asked himself in *The "Fagernes"*, [1926] P. 185, at p. 189 "What are bays, gulfs, or estuaries inter fauces terrae? What is the metaphor, the open mouth of a man or of a crocodile?"

In seeking to ascribe meaning to the phrase *inter fauces terrae* it is useful to turn to its origins. The earliest reference which I have been able to trace is the expression of an opinion by Staunton J. in 1315. Lord Coke's *Fourth Institute*, first published in 1641, gives the following rendition of this passage at p. 140:

8 E. 2. tit. coron. 399. It is no part of the sea, where one may see what is done of the one part of the water, and of the other, as to see from one land to the other, that the coroner shall exercise his office in this case, and of this the country may have knowledge; whereby it appeareth that things done there are triable by the country (that is, by jury) and consequently not in the admirall court.

At page 141, lord Coke also cites the opinion of Sir William Staunford from his text *Les Pleees del Coron*, written in 1557:

Stanford, lib. 1. pl. cor. fo. 51.b. If one be slaine upon any arme of the sea, where a man may see the land of the one part and of the other, the coroner shall inquire of this, and not the admirall, because the country may take conusance of it, and doth vouch the said authority of 8 E.2. . . .

Lord Coke relies on the same authorities in his discussion of admiralty jurisdiction in the *Admiralty Case* (1611), 12 Co. Rep. 79 at p. 81.

Lord Hale, writing in the mid-17th century, describes common law jurisdiction over inland waters in the following passage from his treatise *De Jure Maris*:

That arm or branch of the sea which lies within the *fauces terrae*, where a man may reasonably discern between shore and shore, is or at least may be within the

qu'on entend exactement par l'expression *fauces terrae*. Comme le juge Hill s'est demandé dans la décision *The «Fagernes»*, [1926] P. 185, à la p. 189, [TRADUCTION] «Qu'entend-on par les baies, les golfes ou les estuaires inter fauces terrae? Quelle métaphore convient le mieux, la bouche ouverte d'un homme ou la gueule ouverte d'un crocodile?»

<sup>b</sup> Pour mieux cerner le sens de l'expression *inter fauces terrae*, il est utile de remonter à ses origines. La mention la plus ancienne que j'ai pu relever se trouve dans un avis exprimé par le juge Staunton en 1315. Dans son ouvrage intitulé *Fourth Institute*, paru pour la première fois en 1641, lord Coke reprend ainsi cet avis, à la p. 140:

[TRADUCTION] 8 E. 2. tit. coron. 399. Ce n'est pas une partie de la mer lorsqu'on peut voir ce qui se passe d'un côté comme de l'autre, c'est-à-dire d'un rivage à l'autre; dans ces circonstances, le coroner peut exercer sa compétence et les gens du pays peuvent en avoir connaissance; il semble donc que les actes commis à cet endroit peuvent faire l'objet d'un procès devant un jury <sup>e</sup> (qui représente les gens du pays) et non pas devant la Cour d'amirauté.

À la page 141, lord Coke cite également une opinion de sir William Staunford, tirée de son ouvrage *Les Pleees del Coron*, écrit en 1557:

[TRADUCTION] Stanford, lib. 1. pl. cor. fo. 51.b. Si un homicide a lieu sur un bras de mer à un endroit d'où l'on peut voir le rivage d'un côté comme de l'autre, le coroner peut connaître de l'affaire et non pas la Cour d'amirauté parce que les gens du pays peuvent en avoir connaissance, ce qui confirme le point de vue exprimé à 8 E. 2. . . .

Par ailleurs, lord Coke s'appuie sur ces mêmes avis lorsqu'il traite de la compétence de la Cour d'amirauté dans l'affaire de l'*Amirauté* (1611), 12 Co. Rep. 79, à la p. 81.

Dans le passage suivant tiré de son traité *De Jure Maris* qu'il a écrit au milieu du dix-septième siècle, lord Hale parle de la compétence reconnue par la *common law* sur les eaux intérieures dites *inland waters*:

<sup>j</sup> [TRADUCTION] Le bras ou la branche de la mer qui se trouve entre les *fauces terrae* où un homme peut raisonnablement discerner ce qui se passe entre les rivages, fait

body of a county, and therefore within the jurisdiction of the sheriff or coroner. (8 E. 2 Corone 399).

Hawkins, in Book II of *A Treatise of the Pleas of the Crown*, published in 1721, gives the following statement of the rule at pp. 44-45:

... it is laid down as a general Rule by some, That he [the coroner] may inquire of a Felony committed on the Arms of the Sea, where a Man may see from the one Side to the other; but by others, who seem to be more accurate, his Power is confined to such Parts of the Sea, where a Man standing on the one Side, may see what is done on the other . . . .

East, writing in 1803, makes reference to the views expressed by both Lord Hale and Hawkins. He prefers the narrower test proposed by Hawkins. He says in *Pleas of the Crown*, vol. II, at p. 804:

Hawkins, however, considers the line more accurately confined by other authorities to such parts of the sea where a man standing on the side of the land *may see what is done on the other*, and the reason assigned by Lord Coke in the Admiralty case in support of the county coroner's jurisdiction, where a man is killed in such places, *because that the county may well know it*, seems rather to support the more limited construction. But, at least where there is any doubt, the jurisdiction of the common law ought to have the preference.

As Lord Blackburn pointed out in his analysis of the common law in *Direct United States Cable Co.*, *supra*, at p. 417, the visual tests proposed by the early commentators were vague and indefinite and we are hampered in our understanding of them by the absence of examples of their application to particular locations. Moreover, the proper scope of the *inter fauces terrae* rule is further confused by the existence of other principles under which jurisdiction over the seas surrounding the coasts of England were asserted. In the 17th century English jurists such as Lord Selden and Sir Leoline Jenkins asserted English jurisdiction over the "narrow seas" surrounding the British Isles, claims which Cockburn C.J. in *Keyn* dismissed as "extravagant". In 1604 James I set out to define, by means of drawing straight lines from headland

ou à tout le moins peut faire corps avec un comté et, par conséquent, relève ou peut relever de la compétence du shérif ou du coroner. (8 E. 2 Corone 399).

Hawkins, aux pages 44 et 45 du livre II de son ouvrage *A Treatise of the Pleas of the Crown*, publié en 1721, énonce la règle de la manière suivante:

[TRADUCTION] ... certains posent comme règle générale qu'il [le coroner] peut connaître d'une infraction majeure (*felony*) commise sur un bras de mer où un homme peut voir d'un rivage à l'autre; mais d'autres estiment, et ce point de vue semble plus exact, que sa compétence se limite aux parties de la mer où un homme qui se tient sur un rivage peut voir ce qui se passe sur l'autre rivage . . .

Dans *Pleas of the Crown*, vol. II, qu'il a écrit en 1803, East mentionne les points de vue exprimés par lord Hale et Hawkins, en disant qu'il préfère le critère plus restreint proposé par Hawkins. Il affirme, à la p. 804:

[TRADUCTION] Hawkins, par contre, considère comme plus exacte l'opinion émise par d'autres autorités qui posent comme limite les parties de la mer où un homme qui se tient sur un rivage *peut voir ce qui se passe sur l'autre rivage*; et lorsque lord Coke affirme, dans l'affaire de l'Amirauté, qu'un homicide survenu en pareil endroit ressortit au coroner du comté *parce que les gens du pays peuvent bien en avoir connaissance*, cela semble plutôt appuyer l'interprétation plus restreinte. Toutefois, du moins lorsqu'il peut y avoir des doutes, c'est la compétence de *common law* qui doit primer.

En analysant la *common law* dans l'arrêt *Direct United States Cable Co.*, précité, à la p. 417, lord Blackburn souligne le caractère vague et imprécis des critères visuels proposés par ces premiers glossateurs et ajoute que notre compréhension de ces critères est rendue difficile par l'absence d'exemples de leur application à des endroits particuliers. De plus, l'existence d'autres principes invoqués pour revendiquer la compétence sur les mers qui entourent les côtes de l'Angleterre ne fait qu'accroître l'incertitude quant à la véritable portée de la règle *inter fauces terrae*. Au dix-septième siècle, des juristes anglais comme lord Selden et sir Leoline Jenkins prétendaient que l'Angleterre avait compétence sur les [TRADUCTION] «étendues de mer étroites» entourant les îles Britanniques, lesquelles prétentions ont été rejetées comme étant



to headland, the bays along the coast of England within which the hostile actions of foreign belligerents were prohibited. The original claim over these waters, known as the "King's Chambers", was one of neutrality rather than ownership and twentieth century judges and commentators have tended to treat the claim as one that was abandoned or allowed to die out: see *The "Fagernes"*, [1927] P. 311, at pp. 328-29, *per* Lawrence L.J.; Fulton, *The Sovereignty of the Sea* (1911) at pp. 118-24, 576-80; O'Connell, *International Law*, vol. 1, 1970, at pp. 488-89. Nevertheless, the persistence of the assertion of British claims to the "King's Chambers" in the writings of nineteenth century commentators on international law seems to have influenced some of the decisions as to whether or not particular bodies of water were *inter fauces terrae*.

In *Mahler v. Norwich and New York Transportation Co.*, 35 N.Y. 352 (1866), the issue was whether a fatal collision between two ships took place within the jurisdiction of the State of New York. The collision had taken place in Long Island Sound. The boundaries of the State were set out in a statute and the statute was susceptible of two interpretations. One interpretation would have placed the boundary along the low-water mark of Long Island, excluding the Sound. The other interpretation would have run the boundary through the waters of the Sound with the result that the place where the collision took place was within the State. Porter J., writing for the majority of the Court, preferred the latter interpretation because he believed that New York State was entitled to the waters of the Sound as part of its territory, and it was to be presumed that in setting the State's boundaries the legislature would not have given up territory to which the State was entitled. At pages 355-56, Porter J. said:

[TRADUCTION] «extravagantes» par le juge en chef Cockburn dans l'arrêt *Keyn*. En 1604, Jacques 1<sup>er</sup> a entrepris de délimiter, au moyen de lignes droites tracées d'une pointe de terre à l'autre, les baies le long des côtes de l'Angleterre où étaient interdites les actions hostiles de belligérants étrangers. Au début, ce qu'on réclamait à l'égard de ces eaux dites «*King's Chambers*» c'était un statut de neutralité plutôt qu'un droit de propriété et, au vingtième siècle, les juges et les glossateurs ont eu tendance à considérer que cette réclamation a été abandonnée ou est simplement tombée en désuétude: voir la décision *The "Fagernes"*, [1927] P. 311, aux pp. 328 et 329, le lord juge Lawrence; Fulton, *The Sovereignty of the Sea* (1911), aux pp. 118 à 124, 576 à 580; O'Connell, *International Law*, vol. 1, 1970, aux pp. 488 et 489. Néanmoins, la persistance avec laquelle les glossateurs du dix-neuvième siècle ont appuyé, dans leurs écrits sur le droit international, les revendications britanniques relatives aux eaux dites «*King's Chambers*» semble avoir influencé certaines décisions portant sur la question de savoir si certaines étendues d'eau étaient *inter fauces terrae*.

Dans l'arrêt *Mahler v. Norwich and New York Transportation Co.*, 35 N.Y. 352 (1866), la question était de savoir si une collision mortelle entre deux navires dans le détroit de Long Island avait eu lieu dans le ressort de l'État de New York. Les frontières de l'État étaient fixées par une loi et cette loi était susceptible d'être interprétée de deux façons. Suivant l'une de ces interprétations, la frontière se serait située le long de la laisse de basse mer de Long Island, ce qui aurait eu pour effet d'exclure le détroit. Suivant l'autre interprétation, la frontière se serait étendue dans les eaux du détroit, auquel cas la collision serait survenue dans les limites de l'État. Le juge Porter, qui a rédigé les motifs de la cour à la majorité, a retenu cette dernière interprétation parce qu'il a estimé que l'État de New York avait droit à ce que les eaux du détroit soient comprises dans son territoire et parce que, selon lui, il fallait présumer que le législateur, en fixant les frontières de l'État, n'avait pas renoncé à du territoire auquel ce dernier avait droit. Aux pages 355 et 356, le juge Porter affirme:

That Long Island Sound was included within the territorial dominions of the British Empire, at the date of the charter from Charles the Second to the Duke of York, is a proposition too plain for argument. It was an inland arm of the sea, washing no shores but those of the provinces, and with no opening to the ocean, except by passing between British headlands less than five miles apart. The right of the King depended on none of the vexed questions involved in the claims of dominion, by the English over the waters of the Channel, by the Turks over those of the Black Sea, by the Venetians over those of the Adriatic, or the Romans over those of the Mediterranean. It rested on clear and fundamental principles of international law. The rule is one of universal recognition, that a bay, strait, sound or arm of the sea, lying wholly within the domain of a sovereign, and admitting no ingress from the ocean, except by a channel between contiguous headlands which he can command with his cannon on either side, is the subject of territorial dominion. (Wheaton's International Law, 320; Vattel's Laws of Nations, 130; Hautefeuille Droits des Nations, 2d ed., 89; *Church v. Hubbard*, 2 Cranch, 187.) It is an immemorial rule of the common law, and has been asserted by the kings and courts of England from the earliest period of our ancestral history. (Halleck's International Law, 134, and the authorities there cited.) Within this rule, the islands at the eastern extremity of Long Island Sound are the *fauces terrae*, which define the limits of territorial authority, and mark the line of separation between the open ocean and the inland sea. (*United States v. Grush*, 5 Mason, 290; Marten's Law of Nations, 171; Wheaton's id., 322; Vattel, 130.)

(Emphasis added.)

It is not clear whether Porter J. was applying the traditional common law test for waters *inter fauces terrae* or whether he was applying a broader principle that states are entitled to territorial jurisdiction over waters separated from the open sea by clearly marked headlands, such a principle being derived from the seventeenth century English claim to the "King's Chambers". Porter J.'s citation of the American text writer Halleck seems to indicate that he was relying on the latter principle. In Chapter 6, s. 16 of the first edition of his

[TRADUCTION] Il est indéniable qu'au moment où Charles II a octroyé la charte au duc de York, le détroit de Long Island était compris dans les possessions territoriales de l'Empire britannique. Le détroit était un bras de mer intérieur qui ne baignait que les côtes des provinces et qui ne donnait aucun accès à l'océan, si ce n'était entre deux pointes de terre britanniques séparées par une distance de moins de cinq milles. Le droit qu'avait le Roi dans ce cas n'était subordonné à aucune des questions controversées qui étaient soulevées dans les revendications de souveraineté des Anglais à l'égard des eaux de la Manche, des Turcs à l'égard de celles de la mer Noire, des Vénitiens à l'égard de celles de l'Adriatique ou des Romains à l'égard de celles de la Méditerranée. Il reposait sur des principes clairs et fondamentaux du droit international. La règle qui s'applique est universellement reconnue et porte qu'une baie, un détroit ou un bras de mer qui se trouvent entièrement dans le territoire d'un souverain et qui sont inaccessibles du côté de l'océan, si ce n'est par un chenal entre des pointes de terre contiguës dont l'accès peut être contrôlé des deux côtés par les canons du souverain, sont soumis à la souveraineté territoriale. (Wheaton's International Law, 320; Vattel's Laws of Nations, 130; Hautefeuille, Droits des nations, 2<sup>e</sup> éd., 89; *Church v. Hubbard*, 2 Cranch, 187.) Il s'agit là d'une règle de common law immémoriale préconisée par les rois et les cours d'Angleterre depuis le tout début de notre histoire. (Halleck's International Law, 134, ainsi que les sources y citées.) Suivant cette règle, les îles à l'extrémité orientale du détroit de Long Island sont les *fauces terrae* qui définissent les limites de la compétence territoriale et constituent la ligne de démarcation entre la haute mer et la mer intérieure (*United States v. Grush*, 5 Mason, 290; Marten's Law of Nations, 171; Wheaton's id., 322; Vattel, 130.)

(C'est moi qui souligne.)

Il n'est pas certain si le juge Porter appliquait alors le critère de *common law* traditionnel pour déterminer quelles sont les eaux *inter fauces terrae* ou s'il a eu recours à un principe de portée plus large, dérivé de la revendication faite par les Anglais au dix-septième siècle relativement aux eaux dites «*King's Chambers*», selon lequel les États ont droit à la compétence territoriale sur les eaux séparées de la haute mer par des pointes de terre bien définies. Vu qu'il cite l'auteur américain Halleck, il semble que le juge Porter se soit fondé sur ce dernier principe. À l'alinéa 16 du chapitre 6 de la première édition de son ouvrage *Interna-*

text *International Law* (1861), Halleck sets out the following principle:

The exclusive right of domain, and territorial jurisdiction, of the British crown, have immemorially extended to the bays or portions of the sea cut off by lines drawn from one promontory to another, along the coasts of the island of Great Britain. They are commonly called the *king's chambers*. A similar jurisdiction, or right of domain, is also asserted by the United States over the Delaware Bay, and other bays and estuaries, as forming portions of their territory. Other nations have claimed a right of territory over bays, gulfs, straits, mouths of rivers, and estuaries which are enclosed by capes and headlands along their respective coasts and the principle would seem to be pretty well established as a rule of international law.

Other American cases adopt a much narrower view of what is meant by the phrase *inter fauces terrae*. In *United States v. Grush*, 5 Mason 290 (1829), Story J. considered the meaning of the *inter fauces terrae* rule in determining whether there was federal criminal jurisdiction over an accused who had allegedly committed a crime in Boston Harbour. At pages 300-01 he examined the various tests proposed by Coke, Hale, Hawkins and East and came to the conclusion that only "such parts of the sea, where a man standing on the one side may see what is done on the other" can be considered to be *inter fauces terrae*. Chief Justice Shaw adopted a similar statement of the *inter fauces terrae* rule in *Commonwealth v. Peters*, 53 Mass. 387 (1847), at p. 392. In *Dunham v. Lamphere*, 69 Mass. 268 (1855), at p. 270, Chief Justice Shaw wrote that "when the inlet is so narrow that persons and objects can be discerned across it by the naked eye, the line of territorial jurisdiction stretches across from one headland to the other of such inlet". Porter J. cites Story J.'s judgment in *Grush* but, as Welles J. points out in *Manley v. The People*, 7 N.Y. 295 (1852), at p. 300, the eastern entrance of Long Island Sound would appear to be too wide to enable the waters of the Sound to come within this definition of *inter fauces terrae*.

*tional Law* (1861), Halleck énonce le principe suivant:

[TRADUCTION] De temps immémorial, le droit de propriété exclusif et la compétence territoriale de la Couronne britannique s'exercent sur les baies ou les étendues de mer délimitées par des lignes tirées d'un promontoire à l'autre le long des côtes de l'île de la Grande-Bretagne. Ces eaux s'appellent communément *king's chambers*. De même, les États-Unis prétendent que la baie de la Delaware et d'autres baies et estuaires font partie de leur territoire et ils réclament en conséquence à leur égard une compétence ou un droit de propriété analogues. D'autres pays ont revendiqué un droit de propriété sur les baies, les golfes, les détroits, les embouchures de fleuves et les estuaires situés entre des caps et des pointes de terre le long de leurs côtes respectives, au point que ce principe semble assez bien établi comme règle de droit international.

D'autres arrêts américains interprètent de façon beaucoup plus restrictive l'expression *inter fauces terrae*. Dans la décision *United States v. Grush*, 5 Mason 290 (1829), le juge Story a examiné le sens de la règle *inter fauces terrae* pour déterminer si la compétence fédérale en matière criminelle s'appliquait à un accusé qui aurait commis un crime dans le port de Boston. Aux pages 300 et 301, il étudie les différents critères formulés par Coke, Hale, Hawkins et East, puis arrive à la conclusion que seules [TRADUCTION] «les parties de la mer où un homme qui se tient sur un rivage peut voir ce qui se passe sur l'autre rivage» peuvent être considérées comme *inter fauces terrae*. Le juge en chef Shaw a adopté, dans la décision *Commonwealth v. Peters*, 53 Mass. 387 (1847), à la p. 392, une formulation semblable de la règle *inter fauces terrae*. Dans la décision *Dunham v. Lamphere*, 69 Mass. 268 (1855), à la p. 270, le juge en chef Shaw affirme que [TRADUCTION] «lorsqu'un bras de mer est à ce point étroit qu'il est possible de distinguer à l'oeil nu des personnes et des objets sur le rivage opposé, la ligne de démarcation de la compétence territoriale s'étend d'une pointe de terre à l'autre de ce bras de mer». Le juge Porter cite les motifs rendus par le juge Story dans la décision *Grush*, mais, comme le souligne le juge Welles dans *Manley v. The People*, 7 N.Y. 295 (1852), à la p. 300, l'entrée orientale du détroit de Long Island semblerait trop large pour que cette définition de l'expression *inter fauces terrae* soit applicable aux eaux du détroit.

I am not confident that Porter J.'s decision in *Mahler* gives a reliable indication of the state of the *inter fauces terrae* rule in 1871. A much more important case for our purposes is *R. v. Cunningham*, *supra*. *Cunningham* has special significance because it was a decision of Cockburn C.J. concerning the exercise of English criminal jurisdiction over foreigners who had allegedly committed an offence on board a foreign ship moored in the Bristol Channel. Presumably when Cockburn C.J. made reference to the *inter fauces terrae* rule in *Keyn* his understanding of the rule was shaped by his application of it in *Cunningham*. *Cunningham* therefore might give us considerable insight into what Cockburn C.J. understood the rule to be when he prepared his judgment in *Keyn* in 1876.

Regrettably the judgment in *Cunningham*, *supra*, is very short. In relevant part it reads (at p. 86):

We are of opinion that, looking at the local situation of this sea, it must be taken to belong to the counties respectively by the shores of which it is bounded; and the fact of the *Holms*, between which and the shore of the county of *Glamorgan* the place in question is situated, having always been treated as part of the parish of *Cardiff* and as part of the county of *Glamorgan*, is a strong illustration of the principle on which we proceed, namely, that the whole of this inland sea between the counties of *Somerset* and *Glamorgan* is to be considered as within the counties by the shores of which its several parts are respectively bounded. We are therefore of opinion that the place in question is within the body of the county of *Glamorgan*.

No reference is made to the traditional visual tests for determining whether a particular body of water is *inter fauces terrae* although these tests were recited by counsel in argument: see (1859) Bell C. C. at pp. 77, 80, 82-83. On the other hand, Cockburn C.J.'s decision in *Cunningham* is consistent at least with the broader visual test proposed by Lord Hale. In *The "Fagernes"*, [1926] P. 185, Hill J. had occasion to consider the width of the Bristol Channel at various points. He observed at p. 191 that the Channel's greatest

Je ne suis pas convaincue que la décision du juge Porter dans l'affaire *Mahler* traduise fidèlement l'état de la règle *inter fauces terrae* en 1871. Une affaire beaucoup plus importante aux fins de la présente analyse est *R. v. Cunningham*, précitée. L'affaire *Cunningham* revêt une importance particulière parce qu'il s'agit d'un arrêt du juge en chef Cockburn portant sur l'exercice de la compétence anglaise en matière criminelle sur des étrangers qui auraient commis une infraction à bord d'un navire étranger qui mouillait dans le canal de Bristol. Il est probable que, lorsque le juge en chef Cockburn a mentionné la règle *inter fauces terrae* dans l'arrêt *Keyn*, son interprétation de la règle était influencée par la façon dont il l'avait appliquée dans la décision *Cunningham*. Cette dernière décision pourrait donc nous éclairer considérablement sur la façon dont le juge en chef Cockburn a interprété ladite règle au moment où il a rédigé ses motifs dans l'arrêt *Keyn* en 1876.

Malheureusement, la décision *Cunningham*, précitée, est très brève. Le passage qui nous intéresse est le suivant (à la p. 86):

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis, compte tenu de sa situation géographique, qu'il faut conclure que cette mer appartient aux comtés qui la bordent respectivement; et le fait que l'endroit en cause soit situé entre le rivage du comté de *Glamorgan* et des îles qui ont toujours été considérées comme faisant partie de la paroisse de *Cardiff* et du comté de *Glamorgan* illustre très nettement le principe sur lequel nous nous fondons, savoir que l'ensemble de cette mer intérieure située entre les comtés de *Somerset* et de *Glamorgan* doit être considérée comme comprise dans les comtés qui bordent respectivement ses diverses parties. Nous sommes donc d'avis que l'endroit en question fait corps avec le comté de *Glamorgan*.

Aucune mention n'est faite des critères visuels traditionnels qui servent à déterminer si une étendue d'eau donnée est *inter fauces terrae*, même si ces critères ont été énoncés par l'avocat au cours de sa plaidoirie: voir (1859) Bell C. C., aux pp. 77, 80, 82 et 83. D'autre part, la décision rendue par le juge en chef Cockburn dans l'affaire *Cunningham* est à tout le moins compatible avec le critère visuel plus large proposé par lord Hale. Dans la décision *The "Fagernes"*, [1926] P. 185, le juge Hill a eu l'occasion d'examiner la largeur du canal de Bris-

width between Somerset and Glamorgan Counties is about 12 nautical miles. He also added that on a clear day one could undoubtedly see Worm's Head from Bull Point, both locations being closer to the mouth of the Channel and a distance of 23 miles apart. It may be, therefore, that the *Cunningham* decision stands for the proposition that waters which satisfy Lord Hale's visual test are *inter fauces terrae*, at least where historical factors indicate that the waters have been treated as forming part of the county or counties by which they are bounded.

(d) *Conclusion*

The preceding analysis of the relevant case law and texts leads me to conclude that there are two ways in which British Columbia can try to establish ownership of the submerged lands. First, it can try to demonstrate that its boundaries as a colony were expressly extended beyond the low-water mark so as to encompass the waters between Vancouver Island and the mainland. Such an extension, however, must amount to an assertion of ownership. The mere exercise of jurisdiction over the waters will not ordinarily be treated as an assertion of ownership. Second, British Columbia can try to demonstrate that the waters between Vancouver Island and the mainland would have been treated as inland waters at common law in 1871. Keeping these two avenues in mind, we may now turn to the facts of the case.

I. Was the shoreline extended?

(a) *The Colony of Vancouver Island*

Vancouver Island was granted in 1849 to the Hudson's Bay Company for colonization purposes and the subject of the grant is described as follows: ... all that the said Island called Vancouver Island, together with all royalties of the seas upon these coasts within the limits aforesaid, and all mines royal thereto belonging.

tol à divers endroits. Il fait remarquer à la p. 191 qu'entre les comtés de Somerset et de Glamorgan le canal a une largeur maximale d'environ 12 milles marins. Il ajoute que par temps clair il serait sans doute possible de voir Worm's Head à partir de Bull Point, ces deux endroits étant plus près de l'entrée du canal et séparés par une distance de 23 milles. Il se peut donc que la décision *Cunningham* établisse que les eaux qui satisfont au critère visuel de lord Hale sont *inter fauces terrae*, du moins lorsque des facteurs historiques révèlent que ces eaux ont été considérées comme faisant partie du comté ou des comtés qui les bordent.

c) *Conclusion*

L'analyse qui vient d'être faite de la jurisprudence et de la doctrine pertinentes m'amène à la conclusion qu'il existe deux façons dont la Colombie-Britannique peut tenter d'établir que les terres submergées présentement en cause lui appartiennent. En premier lieu, elle peut tenter de démontrer qu'à l'époque où elle constituait encore une colonie ses frontières ont été expressément étendues au delà de la laisse de basse mer de manière à englober les eaux situées entre l'île Vancouver et le continent. Cette extension doit toutefois équivaloir à une revendication du droit de propriété. Le simple exercice de compétence sur des eaux n'est pas considéré habituellement comme une revendication du droit de propriété. En second lieu, la Colombie-Britannique peut tenter de démontrer qu'en 1871 les eaux entre l'île Vancouver et le continent auraient été considérées en *common law* comme des eaux intérieures dites *inland waters*. Ayant ces deux possibilités à l'esprit, nous pouvons maintenant passer aux faits de l'espèce.

I. Y a-t-il eu extension des limites côtières?

a) *La colonie de l'île Vancouver*

En 1849, l'île Vancouver a été concédée à la Compagnie de la Baie d'Hudson à des fins de colonisation. L'objet de la cession est ainsi décrit:

[TRADUCTION] ... l'ensemble de ladite île appelée île Vancouver, ainsi que tous les droits royaux relatifs aux mers baignant ces côtes dans les limites susmentionnées et toutes les mines royales qui s'y trouvent.

The grant then goes on to constitute the Hudson's Bay Company "the true and absolute lords and proprietors of the said territories, limits, and places" to have and to hold them at the yearly rent of seven shillings

Provided always ... that this present grant is made to the intent that the said ... Company shall establish ... settlements of resident colonists ... from Our United Kingdom ... and shall dispose of the land there ... for the purposes of colonization ... at a reasonable price ... and that all moneys which shall be received ... for the purchase of such land, and also from all payments which may be made ... for ... coal or other minerals ... shall, after deduction of ... profit as shall not exceed ... ten per cent ... be applied toward the colonization and improvement of the island;

It seems to me that there is absolutely nothing in the description of the subject matter of the grant to negate the position at common law that the territory granted ended at the low-water mark. Indeed, if anything, the language confirms that what was being granted was the body of land constituting the Island. There is a specific addition of the royalties of the seas surrounding the Island and any minerals found on the Island. This is completely consistent with the proviso which makes it clear that the purpose of the grant was colonization. Vancouver Island was to be settled by immigrants from the United Kingdom to whom land grants were to be made at reasonable prices and the money used for the improvement of the colony.

In 1849 it would not, in my opinion, have occurred to the government of the United Kingdom to include the seabed around the Island in a grant of land to the Hudson's Bay Company for colonization purposes. For one thing, the economic potential of the seabed would not at that time have been recognized. It is only in comparatively recent years that the exploitation of mineral wealth lying under the high seas has become a scientifically and economically viable proposition. It seems to me therefore that the document must be taken at its face value. It describes the subject of the grant in straightforward terms and it is difficult, in my opinion, to read into it now something which was

Puis, l'acte de concession constitue la Compagnie de la Baie d'Hudson [TRADUCTION] «maîtresse[...] et propriétaire[...] véritable[...] et absolue[...] desdits territoires, desdites limites, desdits lieux» de manière à en avoir la possession et la jouissance moyennant un loyer annuel de sept shillings.

[TRADUCTION] Toutefois ... la présente concession est faite avec l'intention que ... ladite Compagnie ... établisse ... des colonies peuplées de colons ... de Notre Royaume-Uni ... et dispose[...] ... des terres qui s'y trouvent ... à des fins de colonisation ... à un prix raisonnable ... et que toutes les recettes provenant ... de la vente de ces terres et aussi de tous les paiements qui peuvent être faits ... en échange ... du charbon ou des autres minéraux ... soient, après déduction ... [d'un] profit ne dépassant pas ... dix pour cent ..., affectées à la colonisation et à l'amélioration de l'île;

Il me semble qu'il n'y a absolument rien dans la description de l'objet de la concession qui déroge au point de vue, reconnu en *common law*, que le territoire concédé ne dépasse pas la laisse de basse mer. Bien au contraire, le texte confirme ce qui était concédé c'était la masse de terre constituant l'île. On ajoute expressément les droits royaux relatifs aux mers entourant l'île ainsi que tous les minéraux qui s'y trouvent. Cela est parfaitement compatible avec la réserve qui stipule clairement que la concession était faite à des fins de colonisation. L'île Vancouver devait être colonisée par des immigrants venus du Royaume-Uni, auxquels des terres seraient concédées à des prix raisonnables, les fonds ainsi recueillis devant servir à l'amélioration de la colonie.

À mon avis, en 1849, le gouvernement du Royaume-Uni n'aurait pas eu l'idée d'inclure le lit de la mer autour de l'île Vancouver dans une concession de terres faite à la Compagnie de la Baie d'Hudson à des fins de colonisation. Premièrement, le potentiel économique du lit de la mer n'aurait pas été reconnu à cette époque. Ce n'est qu'assez récemment que l'exploitation des richesses minérales gisant sous la haute mer est devenue scientifiquement et économiquement possible. Il me semble donc qu'il faut prendre le document tel qu'il se présente. Il décrit sans ambages l'objet de la concession et, selon moi, on peut difficilement l'interpréter de manière à y introduire quelque

clearly not thought of at the time simply because in light of modern technology ownership of the seabed has assumed considerable economic significance. Moreover, the grant was clearly for colonization purposes. The Island was to be colonized by United Kingdom settlers and there is no reason to think that in the mind of the Imperial Parliament the submerged land was considered as having any role to play in the establishment of the new colony.

It was strongly urged upon us, however, by counsel for British Columbia that we should interpret the subject matter of the grant in light of the recitals in the grant and in particular the recitals referring to the Oregon Treaty entered into by Great Britain and the United States in 1846. The thrust of this submission, as I understand it, is that since Great Britain and the United States established the boundary between their "territories" in that Treaty by a continuous line which passed through the water as well as the land, the seabed under the water on the Canadian side of the boundary thereby became part of the "territories" of Great Britain and thereafter must be taken to have been included in any grant of land thereafter made by Great Britain including the grant of Vancouver Island to the Hudson's Bay Company in 1849.

With respect, I think there are a number of flaws in this argument. First, it seems to me that it by no means follows that because, in settling a boundary dispute between Great Britain and the United States, the line was drawn through water as well as land, this somehow had the effect of extending Great Britain's ownership of the land on the Canadian side of that boundary beyond the low-water mark and out into the seabed.

Great Britain was, of course, free to cede any land it owned to the United States if it wished to do so. It was also free to settle a dispute about navigational rights in the waters around its territories. What, in my opinion, however, it seems wholly unrealistic to assume is that by a treaty with the United States Great Britain intended to extend as a matter of municipal law the boundaries of its own territories on its own side of the

chose qui n'avait manifestement pas été envisagé à l'époque, simplement parce que, grâce à la technologie moderne, la propriété du lit de la mer a acquis une importance considérable sur le plan économique. D'ailleurs, il est évident que la concession visait des fins de colonisation. L'île serait peuplée de colons immigrés du Royaume-Uni et il n'y a aucune raison de croire que, dans l'esprit du Parlement impérial, les terres submergées avaient un rôle à jouer dans l'établissement de la nouvelle colonie.

Cependant, l'avocat de la Colombie-Britannique a soutenu énergiquement que nous devrions interpréter l'objet de la concession en fonction des considérants de l'acte de concession et, en particulier, de celui où il est question du traité d'Oregon conclu en 1846 par la Grande-Bretagne et les États-Unis. Si je comprends bien, cet argument porte essentiellement qu'étant donné que, par ce traité, la Grande-Bretagne et les États-Unis ont établi comme frontière entre leurs «territoires» une ligne continue tracée sur mer et sur terre, le lit de la mer situé du côté canadien de cette frontière est ainsi devenu partie des «territoires» de la Grande-Bretagne et on doit donc considérer qu'il a été inclus dans toute concession de terres faite, par la suite, par la Grande-Bretagne, y compris la concession de l'île Vancouver à la Compagnie de la Baie d'Hudson en 1849.

Avec égards, j'estime que cet argument comporte un certain nombre de failles. Tout d'abord, j'estime que ce n'est pas parce que, en réglant un différend entre la Grande-Bretagne et les États-Unis relativement à leurs frontières, la ligne a été tracée sur mer aussi bien que sur terre que la Grande-Bretagne a acquis un droit de propriété sur les terres situées au delà de la laisse de basse mer du côté canadien de la frontière.

Bien entendu, la Grande-Bretagne était libre de céder aux États-Unis toute terre lui appartenant si elle souhaitait le faire. Il lui était loisible également de régler un différend portant sur les droits de navigation dans les eaux entourant ses territoires. Il me semble cependant tout à fait irréaliste de supposer que la Grande-Bretagne, par un traité avec les États-Unis, ait voulu, aux fins de l'application de son droit intérieur, étendre les limites des

line. If it owned the land under the water on the Canadian side of the line beyond the low-water mark prior to the Oregon Treaty then it presumably continued to own it after the Treaty, but if it did not own such land before the Treaty because under the common law its ownership ended at the low-water mark, I cannot see that it acquired such ownership as a result of the treaty with the United States.

I believe that the history of the negotiations leading up to the Oregon Treaty bears out this interpretation. The British and Americans had settled upon a 49th parallel border east of the Rocky Mountains. The Americans sought to extend the 49th parallel border west of the Rockies, which would have severed Vancouver Island, leaving both headlands of the Strait of Juan de Fuca in American hands. In addition the Americans did not want to grant the Hudson's Bay Company navigational rights on the Columbia River through American territory. The British would have preferred a Columbia River boundary west of the Rockies but they realized that the flow of American immigration into the Oregon Territory was likely to be heavier than the flow of British settlers into the area and that there was a significant degree of American sentiment favouring a 54° 40' border. The Americans were willing to give up the southern tip of Vancouver Island, which was of little use to them, thereby allowing for joint access to the Strait of Juan de Fuca, which was of great importance to the British.

In the Oregon Treaty itself it was agreed that "navigation of the whole of the said channel and straits, south of the 49th parallel of north latitude, remain free and open to both parties". Of this provision, Mr. McLane, one of the American negotiators, writing to Secretary of State Buchanan on May 18, 1846, said it confirmed "to the United States—what indeed they would possess without any special confirmation—the right freely

territoires situés de son côté de la ligne. Si les terres submergées situées au delà de la laisse de basse mer du côté canadien de la frontière lui appartenaient avant le traité d'Oregon, alors elles ont probablement continué de lui appartenir après la signature de ce traité; mais si elle n'était pas propriétaire de ces terres avant la signature du traité parce que, selon la *common law*, son droit de propriété ne dépassait pas la laisse de basse mer, je ne puis voir comment elle a pu en acquérir la propriété par suite du traité signé avec les États-Unis.

J'estime que cette interprétation est confirmée par l'historique des négociations qui ont abouti au traité d'Oregon. La Grande-Bretagne et les États-Unis s'étaient entendus pour que la frontière suive le 49° parallèle à l'est des montagnes Rocheuses. Du côté américain, on voulait que cette frontière soit prolongée à l'ouest des Rocheuses, ce qui aurait eu pour effet de diviser l'île Vancouver et de laisser en la possession des États-Unis les deux pointes de terre du détroit Juan de Fuca. De plus, les Américains ne voulaient pas accorder à la Compagnie de la Baie d'Hudson des droits de navigation sur le fleuve Columbia en territoire américain. Les Britanniques auraient préféré que la frontière à l'ouest des Rocheuses suive le fleuve Columbia, mais ils se rendaient compte que les Américains afflueraient probablement en plus grand nombre que les sujets britanniques dans le territoire d'Oregon et que l'opinion américaine était dans une large mesure en faveur de la ligne 54°40' comme frontière. Les Américains étaient prêts à renoncer à l'extrémité sud de l'île Vancouver, qui leur était de toute façon de peu d'utilité, permettant ainsi l'accès commun au détroit Juan de Fuca, ce qui revêtait une importance capitale pour les Britanniques.

Le traité d'Oregon lui-même prévoit que [TRADUCTION] «les deux parties pourront naviguer librement partout dans lesdits chenal et détroits au sud du 49° parallèle de latitude nord». Dans une lettre adressée le 18 mai 1846 au secrétaire d'État Buchanan, M. McLane, l'un des négociateurs américains, affirme relativement à cette disposition qu'elle confirme [TRADUCTION] «le droit des Américains de naviguer librement partout dans le



to use and navigate the strait [of Juan de Fuca] throughout its extent”.

It seems to me that the British in negotiating the Oregon Treaty were interested in gaining three things which the Americans ultimately conceded in order to obtain a 49th parallel border on the mainland: 1) ownership of all of Vancouver Island; 2) unimpeded navigational access in the Strait of Juan de Fuca; and 3) navigational rights, for a limited time period at least, for the Hudson's Bay Company along the entire length of the Columbia River. In my view a mid-channel boundary was adopted in the Oregon Treaty merely for the sake of convenience and implied at most a claim of jurisdiction, not a claim of ownership by Britain of the waters and seabed north of the boundary.

I cannot, in other words, view the Oregon Treaty as an instrument by which Great Britain sought to extend the shores of its own territories beyond the common law low-water mark. There was no reason for it to do so. Ownership of the seabed was not in issue between it and the United States. I agree that Great Britain through the Oregon Treaty claimed navigational rights over these waters as a matter of international law. I cannot agree, however, that in claiming navigational rights in these waters as against the United States and in settling the dispute with the United States over these navigational rights, the submerged land on the Canadian side of the agreed-upon line thenceforth became part of the land owned by Great Britain. The Oregon Treaty, in my view, cannot be looked to to negate the common law rule that ownership of the realm ends at the low-water mark.

Counsel for British Columbia submits, in effect, that since the recital to the grant to Vancouver Island refers to the Oregon Treaty as having settled the boundary line between the “territories” of Great Britain and the United States and since the boundary line goes through the waters, the submerged land must be treated as having been added by the Imperial Parliament to its “territories” so

détroit [Juan de Fuca], droit qu'ils posséderaient d'ailleurs indépendamment de toute confirmation spéciale.

Il me semble qu'en négociant le traité d'Oregon, les Britanniques étaient intéressés à obtenir trois choses que les Américains leur ont finalement concédées pour que la frontière continentale suive le 49<sup>e</sup> parallèle: 1) la propriété de toute l'île Vancouver, 2) la possibilité de naviguer librement dans le détroit Juan de Fuca et 3) des droits de navigation pour la Compagnie de la Baie d'Hudson, du moins pendant un certain temps, sur toute la longueur du fleuve Columbia. Selon moi, la frontière au milieu du chenal a été adoptée simplement pour des motifs de commodité dans le traité d'Oregon et elle sous-entendait tout au plus une revendication par la Grande-Bretagne de la compétence et non du droit de propriété sur les eaux et le lit de la mer situés au nord de cette frontière.

En d'autres termes, je ne puis considérer le traité d'Oregon comme un moyen par lequel la Grande-Bretagne a cherché à étendre ses propres territoires au delà de la limite prévue par la *common law*, savoir la laisse de basse mer. Elle n'avait aucune raison de le faire. La propriété du lit de la mer ne faisait pas l'objet d'un différend entre elle et les États-Unis. Je reconnais qu'aux fins du droit international la Grande-Bretagne revendiquait dans le traité d'Oregon des droits de navigation sur les eaux en cause. Je ne puis accepter toutefois qu'en opposant aux États-Unis des droits de navigation sur ces eaux et en réglant le différend avec les États-Unis au sujet de ces droits, les terres submergées du côté canadien de la ligne convenue sont dès lors devenues partie des territoires de la Grande-Bretagne. À mon avis, on ne saurait invoquer le traité d'Oregon pour déroger à la règle de *common law* selon laquelle le royaume ne dépasse pas la laisse de basse mer.

L'avocat de la Colombie-Britannique soutient en fait que, puisque le préambule de l'acte de concession de l'île Vancouver mentionne le traité d'Oregon comme ayant fixé la frontière entre les «territoires» de la Grande-Bretagne et ceux des États-Unis et puisque cette frontière traverse les eaux, on doit considérer que le Parlement impérial a ajouté les terres submergées à ses «territoires» de

as to displace the common law rule. This, in my view, does not follow. The Treaty was dealing with two different things—ownership of land and navigational rights over water. There is no dispute that the Oregon Treaty settled the boundary line between the territories of Great Britain and the territories of the United States. It did more. It also settled navigational rights. But this does not mean that the submerged land became part of the “territories” for municipal law purposes.

In *R. v. Burt* (1932), 5 M.P.R. 112, the New Brunswick Court of Appeal considered whether a ship carrying a cargo of liquor, which had been seized in the Bay of Fundy approximately one and three-quarter miles from Chance Harbour, was within the province of New Brunswick for purposes of *The Intoxicating Liquor Act*. The Court noted at p. 117 that:

By the Royal Instructions issued to Governor Carleton upon the separation of what is now the Province of New Brunswick from the Province of Nova Scotia, the southern boundary of the new Province was defined as “a line in the centre of the Bay of Fundy from the River Saint Croix aforesaid to the mouth of the Musquat (Missiquash) River” clearly indicating the claim of Great Britain at that time to the whole of the Bay of Fundy as a portion of her territory.

This statement was approved by this Court in *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia, supra*, at p. 809.

I do not believe that this case stands for the principle that where a boundary separating two countries passes through a body of water, each country will be considered, as a matter of municipal law, to have asserted ownership of the seabed on its side of the boundary. The decision of the New Brunswick Court of Appeal in *Burt* seems rather to have been premised on Great Britain’s assertion of title to the whole of the Bay of Fundy prior to 1784 so that in subsequently dividing the old colony of Nova Scotia into two separate colonies it divided the waters of the Bay which it believed it already owned as well as the land mass.

telle sorte que la règle de *common law* est inapplicable. Selon moi, cette conclusion est erronée. Le traité porte sur deux choses distinctes, savoir le droit de propriété sur des terres et les droits de navigation sur des eaux. Sans conteste, le traité d’Oregon a réglé la question de la frontière entre les territoires de la Grande-Bretagne et ceux des États-Unis. Mais ce n’est pas tout. Il a aussi résolu la question des droits de navigation. Toutefois, cela ne signifie pas que les terres submergées sont devenues partie des «territoires» aux fins du droit intérieur.

Dans l’arrêt *R. v. Burt* (1932), 5 M.P.R. 112, la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick a examiné si un navire chargé de spiritueux, qui avait été saisi dans la baie de Fundy à environ un mille et trois quarts de Chance Harbour, se trouvait dans la province du Nouveau-Brunswick aux fins de *The Intoxicating Liquor Act*. La cour fait remarquer, à la p. 117:

[TRADUCTION] Suivant les directives royales délivrées au gouverneur Carleton au moment de la séparation de ce qui est maintenant la province du Nouveau-Brunswick d’avec la province de la Nouvelle-Écosse, la frontière méridionale de la nouvelle province est définie comme «une ligne tracée au milieu de la baie de Fundy à partir de la susdite rivière Ste-Croix jusqu’à l’embouchure de la rivière Musquat (Missiquash)», ce qui indique clairement qu’à cette époque la Grande-Bretagne revendiquait l’ensemble de la baie de Fundy comme partie de son territoire.

Cette affirmation a été approuvée par cette Cour dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, précité, à la p. 809.

Selon moi, cet arrêt ne signifie pas en principe que, lorsque la frontière qui sépare deux pays traverse une étendue d’eau, chacun de ces pays est censé, aux fins du droit intérieur, avoir revendiqué la propriété du lit de la mer situé de son côté de la frontière. L’arrêt *Burt* de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick semble plutôt reposer sur la revendication de la propriété de l’ensemble de la baie de Fundy que la Grande-Bretagne avait faite avant 1784, de sorte qu’en divisant par la suite l’ancienne colonie de la Nouvelle-Écosse en deux colonies distinctes elle partageait non seulement la terre ferme mais aussi les eaux de la baie dont elle

The adoption of a maritime boundary between the two new colonies in these circumstances did not have the effect of acquiring new territory for Britain. This, in my view, is very different from the present case, in which British Columbia submits that by establishing a maritime boundary in the Oregon Treaty, Great Britain added to its territory in the Pacific Northwest by claiming ownership of the seabed on its side of the boundary.

It should be noted also that it is not the "territories" of Vancouver Island which are granted in the granting clause establishing the Colony of Vancouver Island but "all that the said Island called Vancouver Island". This is consonant with the concept of a grant of land for colonization purposes. In my view, the Colony of Vancouver Island extended only to the low-water mark.

(b) *The Colony of British Columbia*

The Colony of British Columbia was created by Imperial Statute in 1858 (*Act to provide for the Government of British Columbia\**, 1858 (U.K.), 21-22 Vict., c. 99) and its boundaries are defined in the Act as follows:

1. British Columbia shall, for the Purposes of this Act, be held to comprise all such Territories within the Dominions of Her Majesty as are bounded to the South by the Frontier of the United States of America, to the East by the main Chain of the Rocky Mountains, to the North by Simpson's River and the Finlay Branch of the Peace River, and to the West by the Pacific Ocean, and shall include Queen Charlotte's Island, and all other Islands adjacent to the said Territories, except as hereinafter excepted.

The exception reads as follows:

6. No Part of the Colony of Vancouver's Island, as at present established, shall be comprised within British Columbia for the Purpose of this Act; but it shall be lawful for Her Majesty, Her Heirs and Successors, on receiving at any Time during the Continuance of this Act a joint Address from the Two Houses of the Legislature of Vancouver's Island, praying for the Incorporation

\* This Act is reproduced in the *Revised Statutes of British Columbia, 1979*, vol. 7 (Appendices).

se croyait déjà propriétaire. Dans ces circonstances, l'établissement d'une frontière maritime entre les deux nouvelles colonies n'a pas eu pour effet de permettre à la Grande-Bretagne d'acquérir un nouveau territoire. Il me semble que cela est bien différent du présent cas où la Colombie-Britannique fait valoir que, par l'établissement d'une frontière maritime dans le traité d'Oregon, la Grande-Bretagne a augmenté son territoire sur la côte nord-ouest du Pacifique en revendiquant la propriété du lit de la mer situé de son côté de la frontière.

Il est à noter également que ce ne sont pas les «territoires» de l'île Vancouver qui sont concédés dans la clause de concession qui crée la colonie de l'île Vancouver, mais bien «l'ensemble de ladite île appelée île Vancouver». Cela est compatible avec le concept d'une concession de terres à des fins de colonisation. Selon moi, la colonie de l'île Vancouver s'étendait seulement jusqu'à la laisse de basse mer.

b) *La colonie de la Colombie-Britannique*

La colonie de la Colombie-Britannique a été constituée par une loi impériale en 1858 (*Act to provide for the Government of British Columbia\**, 1858 (R.-U.), 21-22 Vict., chap. 99) et ses frontières sont décrites ainsi dans la Loi:

[TRADUCTION] 1. Aux fins de la présente loi, la Colombie-Britannique sera réputée comprendre l'ensemble des territoires faisant partie des dominions de Sa Majesté qui sont bornés au sud par la frontière des États-Unis d'Amérique, à l'est par la chaîne principale des montagnes Rocheuses, au nord par la rivière Simpson et la branche Finlay de la rivière de la Paix, et à l'ouest par l'océan Pacifique, et comprendra l'île de la Reine-Charlotte ainsi que toutes les autres îles adjacentes auxdits territoires, sauf l'exception énoncée ci-après.

L'exception est ainsi formulée:

[TRADUCTION] 6. Aucune partie de la colonie de l'île de Vancouver, telle qu'elle existe actuellement, ne sera comprise dans la Colombie-Britannique aux fins de la présente loi; mais, à la réception, à n'importe quel moment pendant la période où la présente loi sera en vigueur, d'une adresse conjointe de la part des deux chambres de la législature de l'île de Vancouver, deman-

\* Cette loi est publiée dans les *Revised Statutes of British Columbia, 1979*, vol. 7 (Appendices).

tion of that Island with British Columbia, by Order to be made as aforesaid, with the Advice of Her Privy Council, to annex the said Island to British Columbia, subject to such Conditions and Regulations as to Her Majesty shall seem expedient; and thereupon and from the Date of the Publication of such Order in the said Island, or such other Date as may be fixed in such Order, the Provisions of this Act shall be held to apply to Vancouver's Island.

Counsel for British Columbia submits that since the southern boundary of the colony was defined by the United States frontier and the western boundary by the Pacific Ocean, the waters between the mainland of the new colony and the Colony of Vancouver Island must have been included in "all such Territories". He submits, in other words, that everything that had been the subject of the Oregon Treaty, land and waters, other than that which had already been granted to the Hudson's Bay Company to form the Colony of Vancouver Island, was included in the Colony of British Columbia. The frontier of the United States, according to counsel, is the frontier as defined by the Oregon Treaty, *i.e.* the line which runs through the waters lying between the two colonies as well as through the land. Everything north of that line and lying between the identified boundaries on the east, west, north and south became part of the new colony. Counsel relies heavily on the designation of the Pacific Ocean as the western boundary of the colony.

I should note at the outset that the use of the word "Territories" in the grant itself connotes land rather than water. The *Shorter Oxford English Dictionary* (3rd ed., 1965) gives the following definitions for the word "territory": "The land or district lying round a city or town and under its jurisdiction . . . The land or country belonging to or under the dominion of a ruler or state . . . A tract of land, or district of undefined boundaries; a region . . .". Older dictionaries similarly demonstrate that the principal meaning of the word "territory" refers to land. Thus the 1907 Edition of *Webster's International Dictionary* defines "territory" as: "A large extent or tract of land; a region; a country; a district . . . The extent of land

dant l'annexion de ladite île à la Colombie-Britannique, il sera loisible à Sa Majesté, à Ses Héritiers et à Ses Successeurs, par décret pris de la manière susmentionnée, avec l'avis de Son Conseil privé, d'annexer ladite île à la Colombie-Britannique, sous réserve des conditions et des règlements que Sa Majesté pourra juger opportuns; et les dispositions de la présente loi seront, dès lors et à partir de la date de publication de ce décret dans ladite île, ou à partir de toute autre date que le décret pourra fixer, réputées applicables à l'île de Vancouver.

L'avocat de la Colombie-Britannique soutient que, puisque la colonie était délimitée au sud par la frontière des États-Unis et à l'ouest par l'océan Pacifique, il s'ensuit que l'expression «l'ensemble des territoires» devait comprendre les eaux situées entre la colonie de l'île Vancouver et le territoire continental de la nouvelle colonie. Autrement dit, il soutient que, abstraction faite de ce qui avait déjà été concédé à la Compagnie de la Baie d'Hudson pour former la colonie de l'île Vancouver, tout ce qui était visé par le traité d'Oregon, aussi bien les eaux que les terres, était compris dans la colonie de la Colombie-Britannique. Toujours selon l'avocat, la frontière des États-Unis est celle définie par le traité d'Oregon, *c.-à-d.* la ligne qui traverse non seulement la terre ferme mais aussi les eaux situées entre les deux colonies. Tout ce qui se trouvait au nord de cette ligne entre les frontières fixées à l'est, à l'ouest, au nord et au sud est devenu partie de la nouvelle colonie. L'avocat s'appuie fortement sur la désignation de l'océan Pacifique comme frontière occidentale de la colonie.

Soulignons dès maintenant que le mot «territoires» employé dans l'acte de concession connote la terre ferme plutôt que les eaux. Le *Shorter Oxford English Dictionary* (3<sup>e</sup> éd., 1965) définit ainsi le mot «territory» (territoire): [TRADUCTION] «Les terres ou le district qui entourent une ville et qui en relèvent . . . Les terres ou le pays qui appartiennent à un souverain ou à un État, ou qui sont soumis à son autorité . . . Une étendue de terre ou un district dont les frontières sont indéterminées; une région . . .» La consultation de dictionnaires plus anciens démontre pareillement que le mot «territoire» désigne surtout la terre ferme. Ainsi, dans l'édition de 1907 du *Webster's International Dictionary*, le mot «territory» (territoire) est ainsi

belonging to, or under the dominion of, a prince, state, or other form of government; often, a tract of land lying at a distance from the parent country or from the seat of government . . .". Courts in Australia, interpreting Imperial legislation from the same period, have applied the principle that the word "territories" referred to land rather than water: *Bonser v. La Macchia, supra; New South Wales v. Commonwealth of Australia* (1975), 135 C.L.R. 337. In my view, therefore, it is incumbent upon British Columbia to rebut a presumption that the inclusion of "all such Territories" in the granting statute referred only to land and not to the waters at issue in this case.

I do not intend to repeat what I have said concerning resort to the Oregon Treaty for purposes of determining the municipal boundary of the Colony of Vancouver Island, but the same reasoning applies to using the Treaty to establish the municipal boundary of the Colony of British Columbia. I intend rather to focus on the argument based on the designation of the Pacific Ocean as the western boundary of the colony. This, it seems to me, is the strongest argument counsel for British Columbia has put forward in support of the Province's claim.

*Prima facie* the Pacific Ocean refers to the waters off the west coast of Vancouver Island. The Colony of Vancouver Island, however, was already in being. It seems to me strange, therefore, to place the western boundary of the new colony in the same location as the western boundary of the Colony of Vancouver Island and then except Vancouver Island. As Mr. Justice Seaton said in the course of his reasons in the court below (1 B.C.L.R. 97 at p. 121):

One reason that does not involve more than a look at the geography is that it would not be reasonable to think that the Colony of British Columbia enveloped the Colony of Vancouver Island.

défini: [TRADUCTION] «Une grande étendue de terre; une région; un pays; un district . . . L'étendue de terre qui appartient ou est soumise à l'autorité d'un prince, d'un État ou d'une autre forme de gouvernement; souvent, une étendue de terre éloignée de la mère patrie ou du siège du gouvernement . . . » Lorsque les tribunaux australiens ont eu à interpréter des lois impériales de la même époque, ils ont appliqué le principe que le mot «territoires» vise la terre ferme plutôt que les eaux: *Bonser v. La Macchia, précité; New South Wales v. Commonwealth of Australia* (1975), 135 C.L.R. 337. J'estime donc qu'il incombe à la Colombie-Britannique de réfuter la présomption que l'expression «l'ensemble des territoires» qui figure dans la loi effectuant la concession désigne uniquement la terre ferme et non pas les eaux présentement en cause.

Je n'entends pas répéter ici ce que j'ai déjà affirmé au sujet du recours au traité d'Oregon pour déterminer, aux fins du droit intérieur, les frontières de la colonie de l'île Vancouver, mais le même raisonnement s'applique à l'utilisation de ce traité pour déterminer les frontières de la colonie de la Colombie-Britannique aux fins du droit intérieur. Je me propose plutôt de diriger mon attention sur l'argument fondé sur la désignation de l'océan Pacifique comme frontière occidentale de la colonie. C'est là, me semble-t-il, l'argument le plus solide que l'avocat de la Colombie-Britannique a invoqué à l'appui des prétentions de la province.

À première vue, l'océan Pacifique désigne les eaux au large de la côte ouest de l'île Vancouver. Toutefois, la colonie de l'île Vancouver existait déjà. Il me semble donc étrange de situer la frontière occidentale de la nouvelle colonie au même endroit que la frontière occidentale de la colonie de l'île Vancouver, pour ensuite exclure l'île Vancouver. Comme l'a affirmé le juge Seaton de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans les motifs qu'il a rédigés en l'espèce (1 B.C.L.R. 97 à la p. 121):

[TRADUCTION] Une raison d'ordre simplement géographique est qu'il serait absurde de croire que la colonie de la Colombie-Britannique englobait la colonie de l'île Vancouver.

Counsel submits, however, that Great Britain followed the route of making the western boundary of the Colony of British Columbia the Pacific Ocean and then excepting whatever was encompassed by the Colony of Vancouver Island from the new colony so that the submerged lands between the two became part of the Colony of British Columbia.

My colleague has found this submission persuasive, substantially on the basis that the Imperial Parliament, in establishing the Colony of British Columbia, was looking ahead to the subsequent union of the two colonies. The Pacific Ocean would upon union become the western boundary of the united colony and the terms of the statute constituting the Colony of British Columbia clearly contemplated this. Moreover, the waters between mainland British Columbia and Vancouver Island were never referred to historically as the Pacific Ocean. Why would the Pacific Ocean be identified as the western boundary of the new colony unless it was in order to include the waters separating the colony's mainland from Vancouver Island?

I have two difficulties with counsel's submission. The first is that, if everything between the west coast of mainland British Columbia and the waters off the west coast of Vancouver Island was included in the Colony of British Columbia, what "other Islands adjacent to the said Territories" are covered by the specific inclusion of "Queen Charlotte's Island, and all other Islands adjacent to the said Territories"? There are no other islands adjacent to the territories seaward from the west coast of Vancouver Island except the Queen Charlotte Islands. The other islands adjacent to the territories lie to the east of that coast and there would be no need to include them by express reference. They would be automatically included. Indeed, they would be surrounded on all sides by the submerged lands. However, their specific inclusion would be necessary if the reference to the Pacific Ocean was to the waters off the west coast of mainland British Columbia. These islands would not have formed part of the colony otherwise.

L'avocat soutient toutefois que la Grande-Bretagne a choisi de désigner l'océan Pacifique comme frontière occidentale de la colonie de la Colombie-Britannique, pour ensuite exclure de la nouvelle colonie tout ce qui était compris dans la colonie de l'île Vancouver, de sorte que les terres submergées situées entre les deux sont devenues partie de la colonie de la Colombie-Britannique.

Mon collègue a jugé que cet argument était convaincant surtout parce que le Parlement impérial, lorsqu'il a établi la colonie de la Colombie-Britannique, avait en vue l'union ultérieure de deux colonies. Lors de l'union, l'océan Pacifique deviendrait la frontière occidentale de la colonie unie, ce qu'envisageait manifestement la loi constitutive de la colonie de la Colombie-Britannique. En outre, les eaux situées entre le territoire continental de la Colombie-Britannique et l'île Vancouver n'ont jamais été désignées comme océan Pacifique. Alors, pourquoi l'océan Pacifique a-t-il été désigné comme frontière occidentale de la nouvelle colonie si ce n'était en vue d'inclure les eaux qui séparent l'île Vancouver du territoire continental de la colonie?

À mon sens, l'argument de l'avocat soulève deux difficultés. La première est que, si tout ce qui se trouve entre la côte ouest du territoire continental de la Colombie-Britannique et les eaux situées au large de la côte ouest de l'île Vancouver était compris dans la colonie de la Colombie-Britannique, quelles sont «les autres îles adjacentes auxdits territoires» qui sont visées par l'inclusion expresse de «l'île de la Reine-Charlotte ainsi que toutes les autres îles adjacentes auxdits territoires»? Il n'y a que les îles de la Reine-Charlotte qui se trouvent adjacentes aux territoires au large de la côte ouest de l'île Vancouver. Les autres îles adjacentes aux territoires sont situées à l'est de cette côte de sorte qu'il n'était pas nécessaire de les inclure de manière expresse. Elles étaient incluses automatiquement. En fait, elles étaient complètement entourées par les terres submergées. Toutefois, il aurait été nécessaire de les inclure expressément si, par les mots océan Pacifique, on avait voulu désigner les eaux au large de la côte ouest du territoire continental de la Colombie-Britannique. Sans cela, ces îles n'auraient pas fait partie de la colonie.

My second concern stems from this Court's decision in *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*. In that case the first question put to the Court was:

In respect of the lands, including the mineral and other natural resources, of the sea bed and subsoil seaward from the ordinary low-water mark on the coast of the mainland and the several islands of British Columbia, outside the harbours, bays, estuaries and other similar inland waters, to the outer limit of the territorial sea of Canada, as defined in the Territorial Sea and Fishing Zones Act, Statutes of Canada 1964, Chapter 22, as between Canada and British Columbia,

- (a) Are the said lands the property of Canada or British Columbia?
- (b) Has Canada or British Columbia the right to explore and exploit the said lands?
- (c) Has Canada or British Columbia legislative jurisdiction in relation to the said lands?

(Emphasis added.)

The answer given to each of these questions was "Canada".

Counsel for Canada submits that that question specifically addressed the issue before us on this appeal, namely the ownership of land under the waters "seaward from the ordinary low-water mark on the coast of the mainland and the several islands of British Columbia . . . to the outer limit of the territorial sea of Canada". While it excluded "harbours, bays, estuaries and other similar inland waters", counsel argued that the question clearly included the submerged land between Vancouver Island and mainland British Columbia. Counsel further argued that the materials filed with this Court in *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia* made it clear that these waters were covered by the question.

Mr. Justice Seaton in his dissent in the Court of Appeal addressed this point specifically. He said (at p. 112):

There are other reasons to think that the Supreme Court was dealing with these straits when it talked

La seconde difficulté découle de l'arrêt rendu par cette Cour dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*. Dans cette affaire, la première question soumise à la Cour était la suivante:

[TRADUCTION] En ce qui concerne les terres, y compris les ressources minérales et les autres ressources naturelles, du lit de la mer et du sous-sol à partir de la laisse de basse mer ordinaire des côtes du territoire continental et des différentes îles de la Colombie-Britannique, à l'extérieur des ports, des baies, des estuaires et des autres eaux intérieures de même nature, jusqu'à la limite extérieure de la mer territoriale du Canada, suivant la définition qui figure dans la Loi sur la mer territoriale et les zones de pêche, Statuts du Canada 1964, chapitre 22,

- a) lesdites terres appartiennent-elles au Canada ou à la Colombie-Britannique?
- b) Qui, du Canada ou de la Colombie-Britannique, a le droit d'explorer et d'exploiter lesdites terres?
- c) Qui, du Canada ou de la Colombie-Britannique, a compétence législative sur lesdites terres?

(C'est moi qui souligne.)

La réponse à chacune de ces questions a été «le Canada».

L'avocat du Canada soutient que cette question, tout comme celle dont nous sommes saisis en l'espèce, porte sur la propriété de terres submergées «à partir de la laisse de basse mer ordinaire des côtes du territoire continental et des différentes îles de la Colombie-Britannique . . . jusqu'à la limite extérieure de la mer territoriale du Canada». Malgré l'exclusion «des ports, des baies, des estuaires et des autres eaux intérieures de même nature», l'avocat fait valoir que la question englobe manifestement les terres submergées situées entre l'île Vancouver et le territoire continental de la Colombie-Britannique. Il allègue en outre que les pièces déposées auprès de cette Cour dans le cadre du *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins* montrent clairement que la question formulée vise ces eaux.

Le juge Seaton, dissident en Cour d'appel, aborde directement ce point. Il affirme (à la p. 112):

[TRADUCTION] Il y a d'autres motifs de croire que la Cour suprême avait ces détroits à l'esprit lorsqu'elle

about territorial sea. A set of the maps that was an exhibit on the *Offshore Reference* had been filed here. Maps 10 and 21 are the Canada Oil and Gas Lands Regulations index to grid areas. They show the area then under permit to include ten permit areas within the Strait of Georgia. Also within the area with which we are concerned are open grid areas in Queen Charlotte Strait and the more northerly parts of Johnstone Strait. On the outside of Vancouver Island the grid shows ungranted areas down to approximately 48° 30' north latitude, overlapping the area now claimed by British Columbia in the Strait of Juan de Fuca. Other maps in the exhibit also show markings within the waters we are dealing with. It is clear that the area with which we are concerned was shown on maps placed before the Supreme Court of Canada as an area claimed by Canada. It is not reasonable to think that the Supreme Court of Canada failed to appreciate the significance of the exhibit.

Whether counsel for Canada is right or wrong in saying that *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia, supra*, actually disposed of the issue in this case, the law espoused and applied on that Reference clearly has important implications for this case. The Court in 1967 adopted *Keyn* as setting forth the appropriate legal principle and found that there had been no extension of the boundaries of British Columbia beyond the low-water mark. I have already made reference to this Court's statement concerning the *Territorial Waters Jurisdiction Act* of 1878 to the effect that even after the enactment of that statute "the majority opinion in *Reg. v. Keyn* that the territory of England ends at low-water mark was undisturbed". And later the Court said at p. 805:

What would have happened in 1879 if an offence had been committed within one marine league of the coast of British Columbia? Had the case come up in a British Columbia court, the applicable law would not have been the criminal law of Canada but the law of England for the time being in force. If the territory of British Columbia had extended one marine league from low-water mark, the offence would have occurred within

parlait de la mer territoriale. On a déposé en l'espèce les cartes produites comme pièce dans le *Renvoi sur les droits miniers sous-marins*. Les cartes 10 et 21 constituent l'index des étendues quadrillées dont il est question dans le Règlement sur les terres pétrolifères et gazifères du Canada. D'après ces cartes, parmi les étendues détenues en vertu d'un permis il y en a dix qui se trouvent dans le détroit de Géorgie. Se trouvent également dans la région qui nous intéresse en l'espèce des étendues quadrillées dans le détroit de la Reine-Charlotte et à l'extrémité nord du détroit de Johnstone. De plus, les cartes révèlent, à l'extérieur de l'île Vancouver, des étendues qui n'ont pas fait l'objet d'une concession, celles-ci se prolongeant jusqu'à environ 48°30' de latitude nord et chevauchant la zone réclamée maintenant par la Colombie-Britannique dans le détroit Juan de Fuca. D'autres cartes comprises dans les pièces produites montrent elles aussi des marques sur les eaux que nous sommes à examiner. Il est donc évident que, d'après les cartes soumises à la Cour suprême du Canada, la zone présentement en cause était réclamée par le Canada. Il n'est pas raisonnable de croire que la Cour suprême du Canada n'a pas compris l'importance de ces pièces.

Peu importe que l'avocat du Canada ait raison ou tort d'affirmer que le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-marins*, précité, a pour effet de trancher la question dont nous sommes présentement saisis, il n'en reste pas moins que les règles de droit adoptées et appliquées dans ce renvoi ont des répercussions importantes en l'espèce. En 1967, la Cour a jugé que l'arrêt *Keyn* énonçait le principe de droit approprié et qu'il n'y avait pas eu extension des frontières de la Colombie-Britannique au delà de la laisse basse mer. J'ai déjà mentionné que cette Cour a affirmé, au sujet de la *Territorial Waters Jurisdiction Act* de 1878, que l'adoption de cette loi «n'a rien changé à l'opinion exprimée par la cour à la majorité dans l'arrêt *Reg. v. Keyn*, savoir que le territoire de l'Angleterre ne dépasse pas la laisse de basse mer». Puis la Cour ajoute, à la p. 805:

[TRADUCTION] Qu'est-ce qui se serait passé en 1879 dans le cas de la perpétration d'une infraction à moins d'une lieue marine de la côte de la Colombie-Britannique? Si un tribunal de la Colombie-Britannique avait été saisi d'une affaire de ce genre, il lui aurait fallu appliquer non pas le droit criminel du Canada, mais la loi alors en vigueur en Angleterre. Si le territoire de la Colombie-Britannique s'était étendu jusqu'à une lieue



Canada and Canadian criminal law ought to have been applicable, but by the express terms of the *Territorial Waters Jurisdiction Act* it was the law of England that applied. The legislation is inconsistent with any theory that in 1878 the Province of British Columbia possessed as part of its territory the solum of the territorial sea.

(Emphasis added.)

While in this passage the Court may have been directing its attention to the ownership of the *solum* of the territorial sea off the west coast of Vancouver Island, it seems to me that the common law principle of ownership up to the low-water mark was being espoused and relied upon in 1967 in relation to the boundaries of the Province of British Columbia.

*Prima facie* it seems to me that the words "seaward from the ordinary low-water mark on the coast of the mainland and the several islands of British Columbia . . . to the outer limit of the territorial sea of Canada" would encompass the seabed under the waters in issue on this appeal unless it is excepted by the words "outside the harbours, bays, estuaries and other similar inland waters". I find it hard to think that it is excepted by the latter words. Even if these waters can be described as "inland waters" at common law, are they "similar inland waters" *i.e.* inland waters *ejusdem generis* with harbours, bays and estuaries? It seems to me that they are not. If the seabed under these waters is "seaward from the ordinary low-water mark on the coast of the mainland" it is the main seabed covered by the question and it is inconceivable to me that the land under these waters would then be removed from the ambit of the question by a reference to "other similar inland waters" on a par with harbours, bays and estuaries. However, be that as it may, I think there is no evidence in the reasons for judgment of the Court that it specifically applied its mind to the waters in issue on this appeal. It appears, rightly or wrongly, to have treated the question as referring only to the seabed under the territorial sea off the west coast of Vancouver Island. Accordingly, I do not think it can be said that the issue on this appeal

marine de la laisse de basse mer, l'infraction aurait eu lieu au Canada, ce qui aurait dû entraîner l'application du droit criminel canadien. Toutefois, la *Territorial Waters Jurisdiction Act* prévoyait expressément l'application du droit anglais. Il s'ensuit donc que cette loi est incompatible avec toute théorie portant qu'en 1878 le lit de la mer territoriale faisait partie du territoire de la province de la Colombie-Britannique.

*b* (C'est moi qui souligne.)

Même s'il est possible que, dans ce passage, la Cour ait prêté attention à la propriété du lit de la mer territoriale au large de la côte ouest de l'île Vancouver, il me semble qu'en 1967 on a retenu, relativement aux frontières de la province de la Colombie-Britannique, le principe de la propriété jusqu'à la laisse de basse mer reconnu en *common law*.

À première vue, il me semble que les mots «à partir de la laisse de basse mer ordinaire des côtes du territoire continental et des différentes îles de la Colombie-Britannique . . . jusqu'à la limite extérieure de la mer territoriale du Canada» engloberaient le lit des eaux présentement en cause, à moins qu'il ne soit exclu par les mots «à l'extérieur des ports, des baies, des estuaires et des autres eaux intérieures de même nature». Il m'est difficile de croire qu'il est exclu par ces derniers mots. Même si les eaux en question peuvent être décrites comme des «eaux intérieures» (*inland waters*) en *common law*, s'agit-il d'«eaux intérieures de même nature», c.-à-d. de la même nature que les ports, les baies et les estuaires? Il me semble que non. Si le lit de la mer sous-jacent à ces eaux s'étend «à partir de la laisse de basse mer ordinaire des côtes du territoire continental», il s'agit là du lit de mer principalement visé par la question et il me paraît inconcevable que les terres sous-jacentes à ces eaux ne soient pas visées par la question en raison de la mention des «autres eaux intérieures de même nature» que les ports, les baies et les estuaires. Cependant, quoi qu'il en soit, j'estime que rien dans les motifs de jugement de la Cour n'indique qu'elle a prêté attention de façon particulière aux eaux présentement en cause. Elle semble, à tort ou à raison, avoir considéré que la question portait uniquement sur le lit de la mer territoriale au large

was disposed of in *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*.

In sum, then, even although I am not satisfied that the issue in this appeal was disposed of in *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, I am satisfied that that decision affirms the law that is applicable in this case. This Court in that case affirmed in 1967 that the realm of British Columbia ends at low-water mark. There is accordingly a very heavy onus on British Columbia to establish that Parliament intended to expand the territory of the colony so as to include the waters at issue here. Because the reference to the Pacific Ocean in the Imperial Statute creating the Colony of British Columbia is equivocal as to whether it was directed to the waters off the west coast of mainland British Columbia or to the waters off the west coast of Vancouver Island, I do not think it provides the evidence needed either to negate the common law rule that the realm ends at the low-water mark or to rebut the presumption that the word "Territories" refers only to land.

(c) *The union of the Colonies:*

Counsel for British Columbia does not submit that the union of the two colonies brought anything into the united colony not previously forming part of one or other of the separate colonies. He simply traces the ownership of the separate colonies forward into the union and subsequently into the Province at Confederation. Accordingly, if he is wrong in his interpretation of the constitutive documents of the separate colonies, the claim of the Province is not assisted by their subsequent union to form one colony.

I am not persuaded that in entering into the Oregon Treaty in 1846 or in constituting the Colonies of Vancouver Island and British Columbia in 1849 and 1858 respectively, the Imperial Parliament intended to extend its realm beyond the low-water mark. I am equally of the view, there-

de la côte ouest de l'île Vancouver. Par conséquent, je ne crois pas qu'on puisse affirmer que la question soulevée en l'espèce a été tranchée dans le *Renvoi de 1967 sur les droits miniers sous-*  
*a marins.*

En somme, même si je ne suis pas convaincue que la question dont nous sommes saisis en l'espèce a été tranchée dans le *Renvoi de 1967 sur les*  
*b droits miniers sous-marins*, je suis persuadée que cet arrêt confirme la règle de droit applicable en l'espèce. Dans cet arrêt de 1967, la Cour a confirmé que le territoire de la Colombie-Britannique ne dépasse pas la laisse de basse mer. La  
*c Colombie-Britannique a donc la très lourde obligation d'établir que le Parlement a voulu étendre le territoire de la colonie de manière à inclure les eaux présentement en cause. Vu l'incertitude*  
*d quant à savoir si la mention de l'océan Pacifique, que l'on trouve dans la loi impériale constitutive de la colonie de la Colombie-Britannique, vise les eaux au large de la côte ouest du territoire continental de la Colombie-Britannique ou celles au*  
*e large de la côte ouest de l'île Vancouver, je ne crois pas qu'elle permet d'écarter la règle de common law portant que le royaume ne dépasse pas la laisse de basse mer ou de réfuter la présomption selon laquelle le mot «territoires» désigne unique-*  
*f ment la terre ferme.*

c) *L'union des colonies:*

L'avocat de la Colombie-Britannique ne prétend pas que l'union des deux colonies a apporté à la colonie unie quelque chose qui ne faisait pas déjà partie de l'une ou l'autre des colonies distinctes. Selon lui, ce qui appartenait à ces dernières est devenu la propriété de la colonie unie, pour ensuite devenir la propriété de la province au moment de la Confédération. Il s'ensuit que, s'il a mal interprété les actes constitutifs des colonies distinctes, leur union subséquente n'est d'aucun secours en ce qui concerne la revendication de la province.

Je ne suis pas convaincue qu'en concluant le traité d'Oregon en 1846 ou en créant les colonies de l'île Vancouver et de la Colombie-Britannique en 1849 et en 1858 respectivement, le Parlement impérial a voulu étendre son territoire au delà de la laisse de basse mer. J'estime donc également

fore, that the submerged lands had not been expressly included in British Columbia's territory when it entered Confederation in 1871.

## II. Are the waters in issue "inland waters"?

If I am right that there was no extension of British territory beyond the low-water mark, then British Columbia's case for ownership of the seabed must rest on the waters being inland waters at common law.

As I have indicated above, it is not easy to reach any firm conclusion about what would have been considered waters *inter fauces terrae* at common law in 1871. Rather than attempt such a definition counsel for Canada has, I think wisely, approached this case by trying to establish that there are certain geographical features which prevent the waters at issue from being characterized as *inter fauces terrae*. First, he argues that because the waters are straits, they could not be *inter fauces terrae* within the meaning of the common law. Second, he argues that because the straits have international headlands they are excluded from the common law definition of *inter fauces terrae*.

### (a) *Straits*

Counsel for Canada argues that in order for waters to be "between the jaws of land" the "jaws" must have a hinge. In other words, bays, estuaries and other indentations into the coast may be *inter fauces terrae* but straits separating an island from the mainland may not. In my view, the use of the metaphor of jaws is now conclusive of the physical characteristic which a body of water must have in order to be an inland water. I note, for example, that the ancient passage from Staunton J. quoted by Lord Coke makes no mention of "jaws". All that is necessary is that "one may see what is done of the one part of the water, and of the other, as to see from one land to the other . . ." (Coke's *Fourth Institute*, at p. 140). This test could be satisfied as easily by a strait separating an island from the nearby shore as by a

que les terres submergées n'ont pas été expressément incluses dans le territoire de la Colombie-Britannique lorsque celle-ci est entrée dans la Confédération en 1871.

## <sup>a</sup> II. Les eaux en cause sont-elles des «eaux intérieures»?

<sup>b</sup> Si j'ai raison de conclure qu'il n'y a pas eu d'extension du territoire britannique au delà de la laisse de basse mer, il faut, pour que la Colombie-Britannique soit propriétaire du lit de la mer, que les eaux en cause soient des eaux intérieures en *common law*.

<sup>c</sup> Comme je l'ai déjà souligné, il est difficile de définir avec exactitude ce qui en 1871 aurait été considéré en *common law* comme des eaux *inter fauces terrae*. Plutôt que de tenter de le faire, <sup>d</sup> l'avocat du Canada a eu la sagesse, selon moi, d'essayer d'établir qu'en raison de certaines particularités géographiques les eaux en cause ne peuvent être considérées comme *inter fauces terrae*. En premier lieu, il fait valoir que, parce que ces <sup>e</sup> eaux sont des détroits, elles ne peuvent être *inter fauces terrae* au sens de la *common law*. En second lieu, il soutient que la définition que donne la *common law* de l'expression *inter fauces terrae* ne s'applique pas à ces détroits parce qu'ils <sup>f</sup> comportent des pointes de terre internationales, c.-à-d. non situées dans le même pays.

### a) *Les détroits*

<sup>g</sup> Selon l'avocat du Canada, pour que des eaux soient «entre les mâchoires de la terre», les «mâchoires» doivent être d'un seul tenant. En d'autres termes, les baies, estuaires et autres échancrures de la côte peuvent être *inter fauces terrae*, mais <sup>h</sup> non pas les détroits qui séparent une île du continent. À mon avis, la métaphore des mâchoires n'est pas concluante quant aux particularités physiques que doit présenter une étendue d'eau pour être comprise dans la catégorie des eaux intérieures. Je constate, par exemple, que le vieux passage du juge Staunton cité par lord Coke ne fait aucune mention de «mâchoires». Si «on peut voir ce qui se passe d'un côté comme de l'autre, c'est-à-dire d'un rivage à l'autre . . . » (Coke, *Fourth Institute*, à la <sup>i</sup> p. 140), cela suffit. Aussi bien un détroit qui <sup>j</sup> sépare une île de la côte avoisinante qu'une baie

narrow bay. Lord Hale, who uses the term *fauces terrae* in his definition, relies on the authority of this passage and there is nothing to suggest that in employing the term *fauces terrae* he intended to change the test to exclude straits.

Counsel for Canada submits, however, that there is high authority for the proposition that a strait cannot be an inland water at common law. In particular, he relies on the Privy Council decision in *The "Saxonia"* (1862) Lush. 410. The issue in that case was whether the *Merchant Shipping Act, 1854* applied to a collision which occurred between a German steamship, the *Saxonia*, and a British sailing vessel, the *Eclipse*. The collision took place in the Solent, a strait which separates the Isle of Wight from the mainland. At pages 421-22 of the report the Court states:

In our opinion the statute cannot be considered to have any local application to the Solent, so as to affect foreign as well as British vessels navigating within the limits of that channel; and that even if the statute were binding on all vessels navigating within a tidal river, which, however, the case of *The "Fyenoord"* (Swab. 377) discountenances, we think that it could not be locally binding within the water of the Isle of Wight and the mainland, and that the circumstance that the Isle of Wight is by local and territorial designation to be deemed a portion of the country of Southampton does not in any degree affect this question.

We are of opinion that this collision must be considered to have taken place on the high seas, in a place where a foreign vessel has a right of sailing without being bound by any of the provisions of the statutes enacted to govern British ships. This being so, it follows that the *Merchant Shipping Act* has no application to this case, as it has been fully determined that where a British and a foreign ship meet on the high seas the statute is not binding on either. The principle, therefore, by which this case must be decided must be found in the ordinary rules of the sea.

The court obviously was of the opinion that the Solent was part of the high seas but it is not apparent from the reasons for judgment why this was so. In particular, it is far from clear that the Privy Council was articulating a principle that straits could never be considered to be *inter fauces*

étroite pourraient satisfaire à ce critère. Lord Hale, qui emploie l'expression *fauces terrae* dans sa définition, se fonde sur le passage susmentionné et rien n'indique qu'en employant l'expression *a fauces terrae* il a voulu modifier le critère de manière à exclure les détroits.

L'avocat du Canada fait toutefois valoir que d'importantes décisions appuient la thèse que les détroits ne peuvent pas être des eaux intérieures en *common law*. Il s'appuie particulièrement sur l'arrêt du Conseil privé *The «Saxonia»* (1862) Lush. 410. La question dans cette affaire était de savoir si la *Merchant Shipping Act, 1854* s'appliquait dans le cas d'une collision survenue entre un vapeur allemand, le *Saxonia*, et un voilier britannique, l'*Eclipse*. La collision était survenue dans le Solent, un détroit qui sépare l'île de Wight de l'Angleterre. Aux pages 421 et 422 du recueil, la Cour déclare:

[TRADUCTION] Selon nous, la Loi n'a pas d'application locale au Solent et ne touche donc ni les navires étrangers ni les navires britanniques qui naviguent dans ce chenal; et même si cette loi s'appliquait à tous les navires qui naviguent sur une rivière ayant des marées, ce qui a toutefois été écarté par la décision *The «Fyenoord»* (Swab. 377), nous sommes d'avis qu'elle ne pourrait s'appliquer localement dans les eaux situées entre l'île de Wight et la côte d'Angleterre; nous estimons en outre que le fait que l'île de Wight doit, de par sa désignation locale et territoriale, être réputée faire partie du comté de Southampton, n'a pas la moindre incidence sur cette question.

À notre avis, on doit considérer que cette collision est survenue en haute mer, à un endroit où un navire étranger a le droit de naviguer sans être soumis aux dispositions des lois qui régissent les bâtiments britanniques. Il s'ensuit donc que la *Merchant Shipping Act* ne s'applique pas en l'espèce, car il a été parfaitement établi que, lorsqu'un navire britannique et un navire étranger se rencontrent en haute mer, la Loi ne s'applique ni à l'un ni à l'autre. Par conséquent, c'est dans les règles maritimes ordinaires qu'il faut chercher le principe qui permettra de régler le présent litige.

Il est évident que la cour a estimé que le Solent faisait partie de la haute mer, mais les motifs de jugement n'expliquent pas pourquoi il en a été ainsi. En particulier, il est loin d'être clair que le Conseil privé a énoncé le principe que les détroits ne peuvent jamais être considérés comme *inter*

*terrae* at common law. In his judgment in *The "Public Opinion"* (1832), 2 Hag. Adm. 398, Sir Christopher Robinson makes reference at p. 402 to a decision of the Court of King's Bench in the case of the *Lord of the Isles*.

Since the statutes of *Ric. 2.* and of *Hen. 4.* it has been strictly held, that the Court of Admiralty cannot exercise jurisdiction, in civil cases, on causes of action arising *infra corpus comitatus*; and in a very recent case the Court of King's Bench has issued a prohibition in a case of collision, in which the *Lord of the Isles*, a steam boat, was charged with damage to a merchantman in the *Solent Sea*, running between the *Isle of Wight* and the *Hampshire* coast. That place is, then, nearer to the main sea, and has more the appearance and general character of sea than the present.

Unfortunately the *Lord of the Isles* does not appear to have been reported, but from the short description of the case given by Sir Christopher Robinson it seems that the Court of King's Bench was of the view that the *Solent* was *inter fauces terrae*. There is no indication that the case was brought to the attention of the Privy Council in *The "Saxonia"*.

I would not be prepared to say that the waters at issue could not be considered to be *inter fauces terrae* at common law solely on the basis that they are straits. Fortunately, it is not necessary to determine whether the straits at issue in this case satisfy the common law test for waters *inter fauces terrae* since Canada's submission on the international headlands issue is decisive of the case.

#### (b) *International headlands*

Counsel for Canada also submits that the waters at issue cannot be *inter fauces terrae* because the "jaws" of the land are not situated in the same country. Counsel adopts the following passage from the reasons of McIntyre J.A. (as he then was) dissenting in the Court of Appeal (at p. 140):

It is my opinion that these waters are not *inter fauces terrae*. I reach that conclusion upon the following considerations. These waters were not, in my view, granted

*fauces terrae* en common law. Dans l'affaire *The "Public Opinion"* (1832), 2 Hag. Adm. 398, sir Christopher Robinson mentionne, à la p. 402, la décision rendue par la Cour du Banc du Roi dans l'affaire *Lord of the Isles*:

[TRADUCTION] Depuis l'adoption des lois *Ric. 2* et *Hen. 4*, les tribunaux ont conclu sans exception qu'en matière civile la Cour d'amirauté ne peut connaître de causes d'action qui prennent naissance *infra corpus comitatus*; et, dans une décision très récente, la Cour du Banc du Roi a délivré un bref de prohibition dans le cas d'une collision par suite de laquelle on a imputé au bateau à vapeur *Lord of the Isles* les dommages subis par un navire marchand dans le *Solent* entre l'île de *Wight* et la côte du *Hampshire*. Cet endroit est plus proche de la haute mer et, par son apparence et son aspect général, il ressemble davantage à la mer que l'étendue d'eau dont il est question en l'espèce.

Malheureusement, l'affaire *Lord of the Isles* ne semble pas avoir été publiée, mais, d'après la brève description qu'en donne sir Christopher Robinson, la Cour du Banc du Roi semble avoir estimé que le *Solent* se trouvait *inter fauces terrae*. Rien ne nous porte à croire que cette affaire a été invoquée devant le Conseil privé dans l'affaire *The "Saxonia"*.

Je ne serais pas prête à affirmer que les eaux en cause ne peuvent être considérées comme *inter fauces terrae* en common law pour le simple motif qu'il s'agit de détroits. Heureusement, il n'est pas nécessaire de déterminer si les détroits dont il est question en l'espèce satisfont au critère qui, en common law, sert à établir ce qui constitue des eaux *inter fauces terrae*, puisque l'argument mis de l'avant par le Canada sur la question des pointes de terre internationales est déterminant.

#### *b) Les pointes de terre internationales*

L'avocat du Canada soutient en outre que les eaux en cause ne peuvent être *inter fauces terrae* parce que les «mâchoires» de la terre ne sont pas situées dans le même pays. L'avocat adopte le passage suivant tiré des motifs du juge McIntyre (maintenant juge puîné de cette Cour), dissident en Cour d'appel (à la p. 140):

[TRADUCTION] À mon avis, ces eaux ne sont pas *inter fauces terrae*. Ma conclusion se fonde sur les considérations suivantes. Selon moi, ces eaux n'ont pas été concé-

to the separate Colonies of Vancouver Island and British Columbia. It could be said, however, that the union of the two colonies created the jaws which enclosed the waters and thus incorporated them into the new realm resulting from the union of the two colonies. In my opinion the joinder of the two separate colonies had no such result. A reference to the map will indicate that from the 49th parallel of latitude upon the mainland coast of North America to the south, American territory forms part of the enclosing jaw. It is impossible to say, then, that the jaws by enclosing the waters make them part of the realm, when no one realm encloses the waters in their totality.

I agree with McIntyre J. A. that the existence of international headlands is fatal to British Columbia's case that the waters at issue were inland waters at common law in 1871. It is apparent from *R. v. Cunningham* that for waters to be *inter fauces terrae* it was not necessary that their shores lie in the same county. I do not, however, think that the *inter fauces terrae* rule could have been stretched to encompass waters whose shores were governed by two different sovereigns.

The *inter fauces terrae* rule is, I have pointed out, one derived from the common law of England. Prior to the *Act of Union* in 1707 England and Scotland were separate countries and part of the shores of the Solway Firth lay in each country. It would be of some interest, therefore, to know whether at common law the county of Cumberland would have extended to mid-channel in the Solway Firth. Unfortunately there is no decision on this point, but we do have the observation of Hill J. in *The "Fagernes"*, [1926] P. 185, at p. 187, where he said: "I am not faced with a further difficulty which might arise as to the respective limits of two jurisdictions if the collision were, for example, in the Solway Firth". This statement is, of course, inconclusive but it does suggest that the question of whether the same sovereign governs both shores of a body of water is significant for purposes of determining whether the body of water is *inter fauces terrae*.

dées aux colonies distinctes de l'île Vancouver et de la Colombie-Britannique. On pourrait toutefois affirmer que l'union des deux colonies a créé les mâchoires qui ont enfermé lesdites eaux, les incorporant ainsi au nouveau territoire résultant de l'union des deux colonies. Or, j'estime que tel n'a pas été l'effet de cette union. La carte révèle qu'au sud, à partir du 49<sup>e</sup> parallèle de latitude sur la côte du continent de l'Amérique du Nord, le territoire américain constitue une partie des mâchoires. Il est donc impossible d'affirmer que les mâchoires, en enfermant les eaux, en font une partie du territoire alors qu'elles ne sont pas entourées en totalité par le territoire d'un seul État.

Je suis d'accord avec le juge McIntyre pour affirmer que l'existence de pointes de terre internationales porte un coup fatal à l'argument de la Colombie-Britannique selon lequel, en 1871, les eaux en cause étaient des eaux intérieures en *common law*. Il ressort de la décision *R. v. Cunningham* que, pour que des eaux soient *inter fauces terrae*, il n'est pas nécessaire que leurs rivages se trouvent dans le même comté. J'estime toutefois que la règle n'aurait pas pu être élargie de manière à englober les eaux dont les rivages sont sous l'autorité de deux souverains différents.

Comme je l'ai déjà fait remarquer, la règle *inter fauces terrae* dérive de la *common law* d'Angleterre. Avant l'*Act of Union* de 1707, l'Angleterre et l'Écosse étaient deux pays distincts et comprenaient chacun une partie des rivages du golfe de Solway. Il serait donc intéressant jusqu'à un certain point de savoir si, en *common law*, le comté de Cumberland se serait étendu jusqu'au milieu du golfe de Solway. Malheureusement, il n'y a aucune décision sur ce point, mais il y a tout de même l'observation du juge Hill dans la décision *The "Fagernes"*, [1926] P. 185, à la p. 187, où il affirme: [TRADUCTION] «Je ne suis pas confronté à l'autre difficulté qui pourrait surgir quant aux limites respectives de deux ressorts si la collision était survenue, par exemple, dans le golfe de Solway». Cette affirmation n'est évidemment pas concluante, mais elle laisse entendre que la question de savoir si les deux rivages d'une étendue d'eau sont sous l'autorité d'un même souverain est importante lorsqu'il s'agit de déterminer si cette étendue d'eau est *inter fauces terrae*.

It is, of course, to the common law that we must turn to determine whether a body of water with international headlands would be considered to be *inter fauces terrae*. In the absence of compelling common law authority, however, it is interesting to note that international law in the nineteenth century would not have recognized a bay whose shores were shared by two countries as being the territorial water of either country.

The *Schooner "Washington" Case*, reported in Scott, *Cases on International Law* (1922), at p. 229, was adjudicated by the American and British Claims Commission in 1855. The case arose out of the seizure by British naval officers of an American schooner fishing in the Bay of Fundy ten miles from the shores of Nova Scotia. The British claimed that the schooner had violated the 1818 Fisheries Convention between the two countries by fishing within three miles of a British bay. The Americans claimed that the Bay of Fundy was not a British bay and that the vessel had not violated the Convention because it had been more than three miles from shore.

The Commission decided in favour of the American submission on the following basis:

It was urged on behalf of the British government, that by coasts, bays, etc., is understood an imaginary line, drawn along the coast from headland to headland, and that the jurisdiction of her Majesty extends three marine miles outside of this line; thus closing all the bays on the coast or shore, and that great body of water called the Bay of Fundy against Americans and others, making the latter a British bay. This doctrine of headlands is new, and has received a proper limit in the convention between France and Great Britain of 2d August, 1839, in which "it is agreed that the distance of three miles fixed as the general limit for the exclusive right of fishery upon the coasts of the two countries shall, with respect to bays, the mouths of which do not exceed ten miles in width, be measured from a straight line drawn from headland to headland."

The Bay of Fundy is from 65 to 75 miles wide, and 130 to 140 miles long, it has several bays on its coasts; thus the word bay, as applied to this great body of

Il faut évidemment avoir recours à la *common law* pour déterminer si une étendue d'eau ayant des pointes de terre internationales serait considérée comme *inter fauces terrae*. Toutefois, vu l'incertitude de la *common law* sur ce point, il est intéressant de noter que, selon le droit international du dix-neuvième siècle, une baie dont les rivages sont partagés par deux pays n'aurait fait partie des eaux territoriales de ni l'un ni l'autre pays.

L'affaire *Schooner «Washington»*, publiée dans Scott, *Cases on International Law* (1922), à la p. 229, a fait l'objet d'un arbitrage en 1855 devant l'American and British Claims Commission. Le litige résultait de la saisie par des officiers de marine britanniques d'un schooner américain qui pêchait dans la baie de Fundy à dix milles des côtes de la Nouvelle-Écosse. Les Britanniques soutenaient que le schooner avait violé la convention relative aux pêcheries intervenue entre les deux pays en 1818, en pêchant à moins de trois milles d'une baie britannique. Quant aux Américains, ils prétendaient que la baie de Fundy n'était pas une baie britannique et que, de toute façon, il n'y avait pas eu violation de la convention parce que le schooner se trouvait à plus de trois milles des côtes.

La Commission, qui a retenu le point de vue américain, motive ainsi sa décision:

[TRADUCTION] On a soutenu énergiquement pour le compte du gouvernement britannique que, par côtes, baies, etc., il faut entendre une ligne imaginaire tracée le long de la côte d'une pointe de terre à l'autre, et que la compétence de Sa Majesté s'étend jusqu'à trois milles marins au delà de cette ligne, ce qui a pour effet d'interdire aux Américains et autres ressortissants l'accès à toutes les baies qui longent la côte, y compris la grande étendue d'eau qui s'appelle la baie de Fundy, et de faire de ladite baie de Fundy une baie britannique. Cette doctrine des pointes de terre est nouvelle et sa portée est précisée dans la convention en date du 2 août 1839 intervenue entre la France et la Grande-Bretagne, dans laquelle «il est entendu, que le rayon de trois milles fixé comme limite générale du droit exclusif de pêche le long des côtes des deux pays, sera mesuré, pour les baies dont l'entrée n'excède pas dix milles de largeur, à partir d'une ligne droite tirée d'une pointe de terre à l'autre.»

Les rivages de la baie de Fundy dont la largeur varie entre 65 et 75 milles et la longueur entre 130 et 140 milles, comportent plusieurs baies; ainsi, appliqué à cette

water, has the same meaning as that applied to the Bay of Biscay, the Bay of Bengal, over which no nation can have the right to assume the sovereignty. One of the headlands of the Bay of Fundy is in the United States, and ships bound to Passamaquoddy must sail through a large space of it. The island of Grand Menan (British) and Little Menan (American) are situated nearly on a line from headland to headland. These islands, as represented in all geographies, are situate in the Atlantic Ocean. The conclusion is, therefore, in my mind irresistible, that the Bay of Fundy is not a British bay, nor a bay within the meaning of the word, as used in the treaties of 1783 and 1818.

(Emphasis added.)

The United States Supreme Court in *Manchester v. Massachusetts*, 139 U.S. 240 (1891), took the view at p. 258 that international law of the day recognized the territorial claim of a nation to "bays wholly within its territory not exceeding two marine leagues in width at the mouth ...". (Emphasis added.) Sir Cecil Hurst, in his essay "The Territoriality of Bays", in the *British Year Book of International Law* (1922-23), p. 42, states the rule to be derived from the North Sea Fisheries Convention of 1882 that a territorial bay was "a defined inlet, penetrating into the land, moderate in size and with both shores subject to the same sovereign" (at p. 54). (Emphasis added.)

I take it from these authorities that in the latter half of the nineteenth century international law would not have considered the waters of a bay whose shores were governed by different sovereigns to have been the territory of either sovereign. I believe that the common law would have adopted the same principle with respect to inland waters. Counsel for British Columbia, however, points to two authorities which, he argues, contradict this position: *Annakumar Pillai v. Muthupayal* (1904), 27 I.L.R. Madras 551, and *A.M.S.S.V.M. & Co. v. State of Madras* (1954), A.I.R. Madras 291. Both cases dealt with proprietary rights to the chank fishery in Palk's Bay and the Gulf of Manaar, bodies of water separating what is now

grande étendue d'eau, le mot baie a le même sens que le terme golfe dans le cas du golfe de Gascogne et du golfe du Bengale sur lesquels aucun pays n'a le droit de s'arroger la souveraineté. L'une des pointes de terre de la baie de Fundy est située aux États-Unis et les navires qui font voile sur Passamaquoddy doivent traverser une grande partie de cette baie. Les îles Grand Menan (britannique) et Little Menan (américaine) se trouvent presque alignées entre les deux pointes de terre. Tous les livres de géographie situent ces îles dans l'océan Atlantique. Cela m'amène donc irrésistiblement à conclure que la baie de Fundy n'est ni une baie britannique ni une baie au sens des traités de 1783 et de 1818.

(C'est moi qui souligne.)

À la page 258 de l'arrêt *Manchester v. Massachusetts*, 139 U.S. 240 (1891), la Cour suprême des États-Unis a adopté le point de vue qu'à cette époque le droit international reconnaissait les revendications territoriales d'un pays sur [TRADUCTION] «les baies sises entièrement dans son territoire lorsqu'elles n'[avaient] pas plus de deux lieues marines de large à leur entrée ...». (C'est moi qui souligne.) Dans son article intitulé «The Territoriality of Bays» que l'on trouve dans le *British Year Book of International Law* (1922-23), à la p. 42, sir Cecil Hurst affirme que la règle qui découle de la convention de 1882 sur la pêche dans la mer du Nord est qu'une baie territoriale constitue [TRADUCTION] «une échancrure bien définie de la terre, de dimensions moyennes, dont les deux rivages relèvent du même souverain» (à la p. 54). (C'est moi qui souligne.)

J'en conclus qu'au cours de la dernière moitié du dix-neuvième siècle les eaux d'une baie dont les rivages étaient sous l'autorité de deux souverains différents n'auraient pas été considérées en droit international comme le territoire de l'un ou l'autre souverain. J'estime que la *common law* aurait adopté le même principe à l'égard des eaux intérieures. L'avocat de la Colombie-Britannique invoque toutefois deux affaires qui, selon lui, contredisent ce point de vue: *Annakumar Pillai v. Muthupayal* (1904), 27 I.L.R. Madras 551 et *A.M.S.S.V.M. & Co. v. State of Madras* (1954), A.I.R. Madras 291. L'une et l'autre portent sur la propriété des bancs de turbinelles dans la baie de Palk et dans le golfe de Manaar, lesquelles éten-



Sri Lanka from the State of Madras in southern India.

*Annakumar Pillai v. Muthupayal* was initially heard by two judges, Sir Subrahmania Ayyar C.J. and Russell J., who took opposite views on the question of whether chanks which had allegedly been stolen were taken on the high seas beyond the jurisdiction of the courts. The Chief Justice relied on Lord Blackburn's judgment in *Direct United States Cable Co.* and the fact of centuries of occupation of the waters at issue for exploitation of the chank and pearl fisheries in concluding that the alleged offence had not occurred on the high seas. Russell J. reached the opposite conclusion, relying on the low-water mark rule articulated in *R. v. Keyn*. The case was then referred to the Appellate Criminal Court which agreed with the conclusions of the Chief Justice. The Court said at p. 572:

We do not think that Palk's Bay can be regarded as being in any sense the open sea and therefore outside the territorial jurisdiction of His Majesty. We regard it rather as an integral part of His Majesty's dominions, the portions adjacent to India being within the jurisdiction of the Indian authorities, and the portions adjacent to Ceylon being within the jurisdiction of the authorities of that place.

The Court then discussed Cockburn C.J.'s judgment in *Cunningham* and Lord Blackburn's judgment in *Direct United States Cable Co.* and said at p. 573:

Applying these considerations to the present case and comparing the configuration and dimensions of Palk's Bay with those of the Bristol Channel and of Conception Bay, and considering the evidence that exists as to the occupation of Palk's Bay by the British with the acquiescence of other nations, we have no hesitation in holding that it is just as much an integral part of His Majesty's dominions as are the Bristol Channel and Conception Bay and that the chank beds where the alleged offence was committed, which are five miles off the coast of Ramnad at Mudiampatnam are part of the territories of British India.

The Court did not discuss the significance, if any, of the fact that one shore of Palk's Bay lay in

dues d'eau séparent l'État de Madras en Inde du Sud de ce qui constitue maintenant le Sri Lanka.

L'affaire *Annakumar Pillai v. Muthupayal* a été entendue d'abord par deux juges, le juge en chef sir Subrahmania Ayyar et le juge Russell, qui ont adopté des points de vue différents sur la question de savoir si les turbinelles qui auraient été volées avaient été capturées en haute mer et, par tant, hors du ressort des tribunaux. Le juge en chef, s'appuyant sur les motifs de lord Blackburn dans l'arrêt *Direct United States Cable Co.* et sur le fait que les eaux en cause étaient occupées depuis des siècles pour la pêche de turbinelles et de perles, a conclu que l'infraction reprochée n'avait pas été commise en haute mer. Quant au juge Russell, il s'est fondé sur la règle relative à la laisse de basse mer énoncée dans l'arrêt *R. v. Keyn* pour en arriver à la conclusion contraire. L'affaire a été ensuite renvoyée à l'Appellate Criminal Court qui a retenu les conclusions du juge en chef. La cour affirme, à la p. 572:

[TRADUCTION] Nous ne croyons pas que la baie de Palk puisse être considérée en aucune façon comme faisant partie de la haute mer et qu'elle échappe ainsi à la compétence territoriale de Sa Majesté. Au contraire, nous considérons qu'elle fait partie intégrante des dominions de Sa Majesté, que ses parties adjacentes à l'Inde relèvent des autorités indiennes et que ses parties adjacentes au Ceylan relèvent des autorités ceylanaises.

Puis, la cour a examiné les motifs du juge en chef Cockburn dans la décision *Cunningham* ainsi que ceux de lord Blackburn dans l'arrêt *Direct United States Cable Co.*, avant d'ajouter, à la p. 573:

[TRADUCTION] ... Si nous appliquons ces considérations à la présente espèce et que nous comparions la configuration et les dimensions de la baie de Palk avec celles du canal de Bristol et de la baie Conception et si nous tenons compte de la preuve de l'occupation de la baie de Palk par les Britanniques avec l'acquiescement d'autres pays, nous concluons sans aucune hésitation que celle-ci fait tout autant partie intégrante des dominions de Sa Majesté que le canal de Bristol et la baie Conception et que les bancs de turbinelles où l'infraction aurait été commise, qui se trouvent à cinq milles de la côte de Ramnad à Mudiampatnam, font partie des territoires de l'Inde britannique.

La cour n'a pas discuté de l'importance que pouvait avoir le fait qu'un rivage de la baie de Palk

India and the other shore lay in what was then called Ceylon. It may be that because both India and Ceylon were "part of His Majesty's dominions" the distinction was treated as being of no more significance than the distinction between two counties in Britain or two provinces in Canada. I do not think that this decision can be said to establish the proposition that at common law waters separating two independent sovereign states could be considered to be *inter fauces terrae*.

Of greater potential significance to British Columbia is *A.M.S.S.V.M. & Co. v. State of Madras* since it was decided in 1954, by which time India and Ceylon had each gained independence. The issue in that case was the constitutional validity of legislation passed by the State of Madras governing the chank fishery in beds off the coast of Madras in Palk's Bay and in the northern part of the Gulf of Manaar. Venkatarama Aiyar J. ruled in favour of the validity of the legislation, rejecting the argument that the legislation extended outside the territorial jurisdiction of the state.

The Court decided that the state was entitled to exercise fisheries jurisdiction over a territorial sea and then addressed the question of how broad a belt of sea the state was entitled to. At page 299 the Court discussed international law and noted that "when bays are bounded by the territory of the same State on both sides" territorial bays were ordinarily limited to six miles in width. On the other hand, the Court observed that in the view of international law text writers:

... this rule is subject to the exception that on historical or prescriptive grounds, or for reasons based on the special characteristics of a bay, the territorial State is entitled to claim a wider belt of marginal waters, provided that it can show affirmatively that such a claim has been accepted expressly or tacitly by the great majority of other nations.

The Court then relied on the historical evidence of occupation of the waters at issue to support the

était situé en Inde alors que l'autre était situé dans ce qui était alors le Ceylan. Il est possible que, parce que l'Inde et le Ceylan faisaient tous les deux «partie ... des dominions de Sa Majesté», l'on ait considéré que cette distinction n'était pas plus importante que celle entre deux comtés de Grande-Bretagne ou deux provinces canadiennes. Je ne crois pas que l'on puisse affirmer que cette affaire établit qu'en *common law* les eaux qui séparent deux États souverains indépendants peuvent être considérées comme *inter fauces terrae*.

La décision *A.M.S.S.V.M. & Co. v. State of Madras* est susceptible de revêtir une plus grande importance pour la Colombie-Britannique puisqu'elle date de 1954 et qu'à cette époque l'Inde et le Ceylan avaient tous les deux accédé à l'indépendance. Cette décision porte sur la constitutionnalité d'une loi, adoptée par l'État de Madras, qui régissait la pêche des turbinelles sur les bancs au large de la côte de Madras dans la baie de Palk et à l'extrémité nord du golfe de Manaar. Le juge Venkatarama Aiyar a conclu à la validité de la loi en cause et il a rejeté l'argument portant que cette loi excédait la compétence territoriale de l'État.

Après avoir conclu que l'État pouvait exercer compétence en matière de pêche sur une mer territoriale, la cour s'est penchée sur la question de la largeur de la zone maritime à laquelle avait droit l'État. À la page 299, dans le cadre d'un examen du droit international, elle fait remarquer qu'ordinairement [TRADUCTION] «lorsqu'une baie est bordée des deux côtés par le territoire d'un même État», elle ne fait partie du territoire de celui-ci que si elle n'a pas plus de six milles de large. Par ailleurs, la cour souligne que, d'après les auteurs de doctrine en matière de droit international:

[TRADUCTION] ... cette règle souffre une exception, savoir qu'un État peut, pour des motifs d'ordre historique ou pour cause de prescription ou en raison des caractéristiques particulières d'une baie, revendiquer une zone plus large d'eaux territoriales, pourvu toutefois qu'il puisse établir clairement que sa revendication a été acceptée expressément ou tacitement par la grande majorité des autres pays.

Puis, se fondant sur la preuve d'une occupation historique des eaux en cause, la cour a retenu la

proposition that they formed part of the State of Madras. At no point, however, does the Court make reference to the fact that the shores of Palk's Bay and the northern part of the Gulf of Manaar are occupied by two different nations.

I do not think that either this case or the *Pillai* case is conclusive of the question whether the common law in 1871 would have recognized as *inter fauces terrae* waters bounded by two sovereign states. In neither case does the Court give any express consideration, either as a matter of international law or as a matter of common law, to the relevance of the fact that the waters of Palk's Bay and the Gulf of Manaar were bordered by both India and Ceylon. In my view the matter remains to be decided as a matter of principle. I believe it is more consistent with the rationale of the common law rule that waters with international headlands cannot be viewed as *inter fauces terrae* or at the least would not have been viewed as such by the common law in 1871.

Counsel for British Columbia also relies on another line of cases, which include *The "Fame"*, 8 Fed. Cas. 984 (1822), and *The "Grace"* (1894), 4 Ex. C.R. 283. These cases stand for the proposition that countries separated by bodies of water may have mid-channel jurisdiction out to the edge of their mid-channel boundaries. None of them deals expressly with the common law rule of *inter fauces terrae*.

In *The "Fame"* Story J. had to decide whether the ship which was seized in Passamaquoddy Bay was in American waters for purposes of the *Coasting Act* of 1793 and the *Revenue Act* of 1799. Since the boundary between Maine and New Brunswick had not yet been fixed by treaty, Story J. turned to international law to determine that the boundary ran down the middle of the channel. The ship being on the American side of the boundary, it was held to be in American waters. In *The "Grace"* the issue before McDougall J. was whether an American ship which had been fishing north of the international boundary in Lake Erie but more than three miles from the Canadian shore had violated Canadian fisheries

thèse qu'elles faisaient partie de l'État de Madras. Cependant, elle ne mentionne nulle part le fait que les rivages de la baie de Palk et de l'extrémité nord du golfe de Manaar sont occupés par deux pays différents.

À mon avis, ni cette décision ni l'affaire *Pillai* ne sont concluantes quant à la question de savoir si, selon la *common law* en 1871, les eaux bordées par deux États souverains auraient été considérées comme *inter fauces terrae*. Dans ni l'un ni l'autre cas, la cour ne considère expressément, que ce soit du point de vue du droit international ou du point de vue de la *common law*, l'importance du fait que les eaux de la baie de Palk et du golfe de Manaar sont bordées à la fois par l'Inde et le Ceylan. Selon moi, cette question de principe reste entière. J'estime qu'il est plus compatible avec la raison d'être de la règle de *common law* de conclure que des eaux situées entre des pointes de terres internationales ne peuvent pas être considérées comme *inter fauces terrae* ou, à tout le moins, qu'elles n'auraient pas été considérées ainsi selon la *common law* en 1871.

L'avocat de la Colombie-Britannique invoque aussi un autre courant de jurisprudence dont les décisions *The "Fame"*, 8 Fed. Cas. 984 (1822), et *The "Grace"* (1894), 4 Ex. C.R. 283. Cette jurisprudence établit que les pays séparés par des étendues d'eau peuvent avoir compétence jusqu'à leurs frontières respectives tracées au milieu de celles-ci, mais elle ne traite pas expressément de la règle de *common law* relative aux eaux *inter fauces terrae*.

Dans l'affaire *The "Fame"*, le juge Story était appelé à décider si un navire saisi dans la baie de Passamaquoddy se trouvait dans des eaux américaines aux fins de la *Coasting Act* de 1793 et de la *Revenue Act* de 1799. Comme la frontière entre le Maine et le Nouveau-Brunswick n'avait pas encore été fixée par traité, le juge Story s'est fondé sur le droit international pour conclure que la frontière se trouvait au milieu du chenal. Puisque le navire se trouvait du côté américain de cette frontière, on a conclu qu'il se trouvait dans des eaux américaines. Dans l'affaire *The "Grace"*, la question dont était saisi le juge McDougall était de savoir si un navire américain avait violé la loi canadienne en matière de pêche du fait d'avoir pêché dans les

law. He found that it had since in his view Canadian waters on the Great Lakes ran to the international boundary in mid-channel, and the three mile territorial limit was relevant only on the country's external coasts. I do not see how either of these cases assist us in coming to grips with the question of whether the common law in 1871 would have recognized as *inter fauces terrae* waters separating two countries. I must conclude, therefore, that the existence of international headlands of the waters at issue is fatal to British Columbia's submission that the waters were inland waters at common law.

### Conclusions

I would summarize the conclusions which I have reached as follows:

1. British Columbia's claim of ownership of the seabed at issue can only succeed if the seabed was part of the territory of British Columbia when it entered Confederation in 1871. *Prima facie* the territory of the Colony of British Columbia in 1871 ended at the low-water mark. British Columbia must therefore show either

- i) that its boundaries as a colony were expressly extended beyond the low-water mark so as to encompass the waters between Vancouver Island and the mainland; or
- ii) that the waters between Vancouver Island and the mainland would have been treated as inland waters at common law in 1871.

2. I do not think that the constitutive documents setting up the Colony of Vancouver Island and the Colony of British Columbia demonstrate that Great Britain had claimed ownership of the waters between Vancouver Island and the mainland and had made those waters part of the territory of either colony. In particular I do not think that the establishment in the Oregon Treaty of a mid-channel boundary with the United States amounted to a claim by Britain of

eaux du lac Érié au nord de la frontière internationale, mais à plus de trois milles de la côte canadienne. Il a répondu par l'affirmative parce que, selon lui, les eaux canadiennes des Grands Lacs s'étendaient jusqu'à la frontière internationale au milieu du lac et parce que la limite territoriale de trois milles ne s'appliquait qu'aux côtes maritimes. Je ne vois pas en quoi ces deux décisions peuvent nous aider à résoudre la question de savoir si, selon la *common law* en 1871, les eaux qui séparent deux pays auraient été considérées comme *inter fauces terrae*. Par conséquent, du fait que les eaux en cause se trouvent entre deux pays, je dois rejeter l'argument de la Colombie-Britannique portant qu'il s'agit d'eaux intérieures en *common law*.

### Conclusions

Voici en résumé les conclusions que j'ai tirées:

1. La Colombie-Britannique ne peut avoir gain de cause dans sa revendication de la propriété du lit de la mer en cause que s'il faisait partie de son territoire au moment de son entrée dans la Confédération en 1871. À première vue, le territoire de la colonie de la Colombie-Britannique ne dépassait pas la laisse de basse mer en 1871. Il incombe donc à la Colombie-Britannique de démontrer

- i) soit qu'à l'époque où elle était une colonie ses frontières ont été prolongées au delà de la laisse de basse mer de manière à englober les eaux situées entre l'île Vancouver et le continent;
- ii) soit que, selon la *common law* en 1871, les eaux entre l'île Vancouver et le continent auraient été considérées comme des eaux intérieures.

2. Selon moi, il ne ressort aucunement des actes constitutifs des colonies de l'île Vancouver et de la colonie de la Colombie-Britannique que la Grande-Bretagne avait alors revendiqué la propriété des eaux situées entre l'île Vancouver et le continent et les avaient désignées comme partie du territoire de l'une ou l'autre colonie. En particulier, je ne crois pas que l'établissement, dans le traité d'Oregon, d'une frontière avec les États-Unis tracée au milieu du chenal équivalait

ownership of the seabed north of the boundary. Furthermore, I do not believe that the identification of the western boundary of the new Colony of British Columbia as the "Pacific Ocean" should be construed as an inclusion of the waters at issue within the territory of the colony.

3. Finally, I do not believe that the common law in 1871 would have recognized the waters at issue as inland waters because the waters were not enclosed by the territory of only one country.

In sum, British Columbia has not, in my opinion, succeeded in negating the rule of the common law that the territory of the colony in 1871 ended at the low-water mark.

For these reasons I would allow the appeal. I would answer the question posed in this Reference in the negative and hold that the submerged lands belong to Her Majesty in right of Canada.

*Appeal dismissed, RITCHIE and WILSON JJ. dissenting. The question is answered in the affirmative.*

*Solicitor for the appellant: R. Tassé, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Cumming, Richards, Underhill, Fraser & Skillings, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for the Province of New Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Ross W. Paisley, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: James J. Greene, St. John's.*

à une revendication par la Grande-Bretagne de la propriété du lit de la mer situé au nord de cette frontière. De plus, je ne crois pas que la désignation de l'«océan Pacifique» comme frontière occidentale de la nouvelle colonie de la Colombie-Britannique puisse s'interpréter comme l'inclusion des eaux en cause dans le territoire de la colonie.

3. Enfin, je ne crois pas que, selon la *common law* en 1871, les eaux en cause auraient été considérées comme des eaux intérieures, étant donné qu'elles n'étaient pas enfermées par le territoire d'un seul pays.

En somme, la Colombie-Britannique n'a pas, selon moi, réussi à démontrer l'inapplicabilité de la règle de *common law* selon laquelle le territoire de la colonie en 1871 ne dépassait pas la laisse de basse mer.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Je répondrais par la négative à la question posée dans ce renvoi et je conclurais que les terres submergées appartiennent à Sa Majesté du chef du Canada.

*Pourvoi rejeté, les juges RITCHIE et WILSON sont dissidents. La question reçoit une réponse affirmative.*

*Procureur de l'appelant: R. Tassé, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé: Cumming, Richards, Underhill, Fraser & Skillings, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le procureur général de la province du Nouveau-Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Ross W. Paisley, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: James J. Greene, St. John's.*

**Lise Langlois, Commission de la fonction publique** *Appellants;*

and

**Ministère de la Justice du Gouvernement du Québec, Marc-André Bédard, Roger Labelle** *Respondents;*

and

**Ronald Lapointe** *Mis en cause;*

and

**Ministre de la Fonction publique** *Mis en cause.*

File No.: 16908.

1984: March 14; 1984: June 7.

Present: Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Administrative law — Civil service — Discipline — Assignment — Appeal to Commission de la fonction publique — Jurisdiction of the Commission — Whether assignment or transfer of a civil servant may constitute disciplinary action — Civil Service Act, 1978 (Que.), c. 15, ss. 29, 80, 93, 97.*

A civil servant, a supervisor and section chief in a house of detention, was assigned to another house of detention where he would be doing the same work. He alleged that this decision was in fact an unjustified disciplinary action as to him, and appealed to the Commission de la fonction publique. The Commission first refused and then agreed to hear the appeal to determine whether the facts indicated that there had been disciplinary action, which would give it jurisdiction to hear the case on the merits. Respondents, arguing that the Commission had no jurisdiction to hear an appeal from an administrative decision such as an assignment or transfer, applied to the Superior Court for a writ of evocation. The Superior Court dismissed their motion, but the Court of Appeal reversed the judgment and authorized that the writ be issued. This appeal is to determine whether, under the *Civil Service Act*, the assignment or transfer of a civil servant can constitute disciplinary action and so be a basis for the right of appeal to the Commission de la fonction publique conferred by that Act.

**Lise Langlois, Commission de la fonction publique** *Appelantes;*

et

<sup>a</sup> **Ministère de la Justice du gouvernement du Québec, Marc-André Bédard, Roger Labelle** *Intimés;*

et

<sup>b</sup> **Ronald Lapointe** *Mis en cause;*

et

<sup>c</sup> **Ministre de la Fonction publique** *Mis en cause.*

N° du greffe: 16908.

1984: 14 mars; 1984: 7 juin.

<sup>d</sup> Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

<sup>e</sup> *Droit administratif — Fonction publique — Discipline — Affectation — Appel à la Commission de la fonction publique — Compétence de la Commission — L'affectation ou la mutation d'un fonctionnaire peut-elle constituer une sanction disciplinaire? — Loi sur la fonction publique, 1978 (Qué.), chap. 15, art. 29, 80, 93, 97.*

Un fonctionnaire, surveillant chef de section dans un établissement de détention, a été affecté dans un nouvel établissement pour y effectuer le même travail. Alléguant que cette décision était en fait une sanction disciplinaire injustifiée à son endroit, il a porté cette décision en appel devant la Commission de la fonction publique. Après un refus, la Commission a finalement accepté de l'entendre afin de déterminer si les faits permettent de conclure à l'existence d'une sanction disciplinaire lui donnant ainsi compétence pour entendre l'affaire au fond. Invoquant que la Commission n'a pas compétence pour entendre un appel à l'encontre d'une décision administrative que constitue une affectation ou une mutation, les intimés se sont adressés à la Cour supérieure pour obtenir la délivrance d'un bref d'évocation. La Cour supérieure a rejeté leur requête mais la Cour d'appel a infirmé le jugement et autorisé la délivrance du bref. D'où ce pourvoi pour déterminer si dans le cadre de la *Loi sur la fonction publique*, l'affectation ou la mutation d'un fonctionnaire peut constituer une sanction disciplinaire et partant, donner ouverture au droit d'appel conféré par cette loi auprès de la Commission de la fonction publique.

*Held:* The appeal should be allowed.

Under section 97 of the *Civil Service Act*, the Commission had jurisdiction to hear and decide any appeal brought by a civil servant in respect of whom disciplinary action other than dismissal or suspension was taken. The phrase "disciplinary action" in s. 97 is wide, not limited in any way and must include any measure which actually constituted disciplinary action, whatever it might be. When it is alleged that an assignment constituted disciplinary action, it was essential for the Commission to hear the evidence and determine whether such a measure in fact constituted disciplinary action, in which case the Commission had jurisdiction to hear the appeal on the merits, or whether it constituted merely an administrative action, in which case the Commission had no jurisdiction to proceed. An employer cannot deprive a civil servant of his right of appeal by labelling a disciplinary action an assignment or transfer. In the case at bar, the Commission did not exceed its jurisdiction and the writ of evocation should be denied.

*Jacmain v. Attorney General of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 15, applied; *Re Religious Hospitallers of Hotel-Dieu of St. Joseph of the Diocese of London and Service Employees' Union, Local 210* (1974), 7 L.A.C. (2d) 280; *Entreprises de nettoyage d'édifices Ltée v. Union des employés de service local 298, C.T.C.-F.T.Q.*, [1974] S.A.G. 2139, referred to.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal<sup>1</sup>, which reversed a judgment of the Superior Court<sup>2</sup> denying a writ of evocation. Appeal allowed.

*François Aquin*, for the appellants.

*Jean-Yves Bernard*, for the respondents and the mis en cause the ministre de la Fonction publique.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—The question is whether under the *Civil Service Act*, 1978 (Que.), c. 15, the assignment of a civil servant can, depending on the circumstances, constitute disciplinary action and

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

En vertu de l'art. 97 de la *Loi sur la fonction publique*, la Commission a compétence pour entendre et décider d'un recours exercé par un fonctionnaire à qui est imposée une sanction disciplinaire autre que la destitution ou la suspension. L'expression «sanction disciplinaire» à cet article est large, aucunement limitée et doit s'entendre de toute mesure qui constitue une véritable sanction disciplinaire, quelle qu'elle soit. Lorsqu'on allègue qu'une affectation constitue une sanction disciplinaire, il est donc essentiel que la Commission entende la preuve et détermine si une telle mesure constitue en fait une mesure disciplinaire, auquel cas la Commission a compétence pour entendre l'appel au fond, ou si elle constitue une simple mesure administrative, auquel cas la Commission n'a pas compétence pour procéder. Un employeur ne peut en effet priver un fonctionnaire de son droit d'appel en baptisant une sanction disciplinaire d'affectation ou de mutation. En l'espèce, la Commission n'a donc pas excédé sa compétence et la délivrance du bref d'évocation doit être refusée.

Jurisprudence: arrêt appliqué: *Jacmain c. Procureur général du Canada*, [1978] 2 R.C.S. 15; arrêts mentionnés: *Re Religious Hospitallers of Hotel-Dieu of St. Joseph of the Diocese of London and Service Employees' Union, Local 210* (1974), 7 L.A.C. (2d) 280; *Entreprises de nettoyage d'édifices Ltée c. Union des employés de service local 298, C.T.C.-F.T.Q.*, [1974] S.A.G. 2139.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec<sup>1</sup>, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure<sup>2</sup>, qui avait refusé la délivrance d'un bref d'évocation. Pourvoi accueilli.

*François Aquin*, pour les appelantes.

*Jean-Yves Bernard*, pour les intimés et le mis en cause le ministre de la Fonction publique.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Il s'agit de déterminer si dans le cadre de la *Loi sur la fonction publique*, 1978 (Qué.), chap. 15, l'affectation d'un fonctionnaire peut, suivant les circonstances, constituer

<sup>1</sup> J.E. 81-980.

<sup>2</sup> J.E. 81-299.

<sup>1</sup> J.E. 81-980.

<sup>2</sup> J.E. 81-299.

so give rise to the right of appeal to the Commission de la fonction publique conferred by that Act.

Assignment is dealt with in s. 80 of the *Civil Service Act*:

80. The assignment of a civil servant from one position of the class to which he belongs to another position in the same class within the same department or agency is made in writing by the deputy minister or by the chief executive officer of the agency to whom he is responsible.

It differs from a transfer in that in the latter case the civil servant is given a position of the same class but in another department or agency (s. 81).

The mis en cause Lapointe is a supervisor and section chief at the Cowansville house of detention.

On April 3, 1980, respondent Labelle informed him by mail that he was being transferred to the Sorel house of detention and would continue doing the same work.

The mis en cause appealed this decision to the Commission de la fonction publique.

He alleged that the decision was unlawful, as in unjustly removing him from his position it was in fact [TRANSLATION] "an unjustified disciplinary action" as to him.

The Commission initially held that it had no jurisdiction, telling the mis en cause that there was no appeal on questions involving assignments or transfers.

The Commission later changed its mind, and on July 18, 1980 rendered a decision that it would hear the mis en cause to determine whether the facts indicated that there had been disciplinary action, which would give it jurisdiction to hear the case on the merits.

Respondents then submitted a motion seeking authorization to exercise a recourse in evocation, but this motion was dismissed by the Superior Court.

une sanction disciplinaire et partant, donner ouverture au droit d'appel conféré par cette loi auprès de la Commission de la fonction publique.

L'affectation est prévue à l'art. 80 de la *Loi sur la fonction publique*:

80. L'affectation d'un fonctionnaire d'un emploi de la classe à laquelle il appartient à un autre emploi de la même classe au sein du même ministère ou du même organisme est faite par un écrit du sous-ministre ou du dirigeant d'organisme dont il relève.

Elle se distingue de la mutation en ce que dans ce dernier cas le fonctionnaire se voit confier un emploi de la même classe, mais dans un autre ministère ou organisme (art. 81).

Le mis en cause Lapointe est surveillant chef de section à l'établissement de détention de Cowansville.

Le 3 avril 1980, l'intimé Labelle l'avisait par courrier de sa mutation à l'établissement de détention de Sorel pour y effectuer le même travail.

Le mis en cause a porté cette décision en appel devant la Commission de la fonction publique.

Il allègue l'illégalité de la décision, laquelle, en le relevant injustement de ses fonctions était en fait «une sanction disciplinaire injustifiée» à son endroit.

La Commission a d'abord décliné sa compétence, indiquant au mis en cause qu'il n'y a pas d'appel en matière d'affectation ou de mutation.

La Commission se ravisa par la suite et le 18 juillet 1980, elle rendit une décision à l'effet d'entendre le mis en cause afin de déterminer si les faits permettent de conclure à l'existence d'une sanction disciplinaire lui donnant ainsi compétence pour entendre l'affaire au fond.

Les intimés présentèrent alors une requête afin d'obtenir l'autorisation de se pourvoir en évocation, requête qui fut rejetée par la Cour supérieure.



In its unanimous decision of October 5, 1981 the Court of Appeal reversed the Superior Court and authorized the issuance of the writ. Hence this appeal.

Chapter III of the Act, titled "The Commission de la fonction publique", Division II, titled "Functions and Powers of the Commission", contains s. 29, which gives the Commission jurisdiction to hear and decide appeals brought by members of the civil service staff in the types of proceeding mentioned:

29. The Commission hears and decides every appeal brought by a member of the civil service staff in accordance with section 64, 78, 87 or 97, in the matter of classification, demotion or removal for professional incompetence, dismissal, suspension or discipline, as well as in the case where a civil servant is temporarily relieved of his duties, unless a collective agreement confers the jurisdiction in that matter on another person. The Commission hears and decides every appeal brought by a civil servant in the matter of promotion in accordance with section 77.

Disciplinary matters are dealt with by s. 97, which is to be found in Chapter VII, titled "Management of the Civil Service", Division VI, titled "General Conditions of Service and Discipline":

97. Every deputy minister or civil servant who is dismissed or suspended, in respect of whom other disciplinary action is taken, or who is provisionally relieved of his duties, may appeal to the Commission within thirty days after the sending of a notice informing him of the measure imposed. However, in the case of the dismissal of a civil servant, only a permanent civil servant may exercise this recourse.

The Commission may confirm, quash or amend the disciplinary action or the decision provisionally relieving a civil servant of his duties.

According to respondents, "disciplinary action" can only be understood to mean disciplinary actions specified by the ministre de la Fonction publique by regulation, as authorized by s. 93:

93. The Ministre de la fonction publique may, by regulation, establish standards of conduct and discipline and the disciplinary actions that may be taken in respect of the civil service staff. Such a regulation may also

Par son arrêt unanime du 5 octobre 1981 la Cour d'appel infirme la Cour supérieure et autorise la délivrance du bref. C'est l'objet de ce pourvoi.

<sup>a</sup> Au chapitre III de la Loi, intitulé «La Commission de la fonction publique», dans la section II intitulée «Fonctions et pouvoirs de la Commission», se trouve l'art. 29 qui donne à la Commission <sup>b</sup> compétence pour entendre et décider les recours des membres du personnel de la fonction publique dans les matières qui y sont énumérées:

29. La Commission entend et décide d'un recours <sup>c</sup> exercé par un membre du personnel de la fonction publique conformément aux articles 64, 78, 87 ou 97, en matière de classement, de rétrogradation ou de révocation pour insuffisance professionnelle, de destitution, de suspension ou de discipline ainsi que dans le cas où le <sup>d</sup> fonctionnaire est relevé provisoirement de ses fonctions, à moins qu'une convention collective n'attribue dans ces <sup>e</sup> matières une juridiction à une autre personne. La Commission entend et décide également d'un recours exercé par un fonctionnaire en matière de promotion conformément à l'article 77.

En matière de discipline il faut se reporter à l'art. 97 qui se trouve au chapitre VII intitulé «Gestion de la fonction publique», section VI intitulée «Conditions générales du service et discipline»:

97. Un sous-ministre ou un fonctionnaire qui est destitué ou suspendu, à qui est imposée une autre sanction disciplinaire ou qui est relevé provisoirement de ses <sup>g</sup> fonctions, peut en appeler à la Commission dans les trente jours de la date d'expédition d'un avis l'informant de la mesure imposée. Toutefois, dans le cas de destitution d'un fonctionnaire, seul un fonctionnaire permanent peut exercer ce recours.

<sup>h</sup> La Commission peut maintenir, annuler ou modifier la sanction disciplinaire ou la décision de le relever provisoirement de ses fonctions.

<sup>i</sup> Selon les intimés, «sanction disciplinaire» ne peut s'entendre que des sanctions disciplinaires établies par règlement du ministre de la Fonction publique comme l'art. 93 l'y autorise:

<sup>j</sup> 93. Le ministre de la fonction publique peut, par règlement, établir des normes de conduite et de discipline de même que les sanctions applicables au personnel de la fonction publique. Un tel règlement peut égale-

enact by whom and on what conditions a member of that staff may be provisionally relieved of his duties.

This led to the adoption of the [TRANSLATION] *Regulations regarding standards of conduct and discipline in the civil service and provisional relief of duties*, which were approved by the Conseil du trésor on March 27, 1979, pursuant to s. 5 of the Act. It is C.T. 118104, s. 12 of which, in Division IV, titled [TRANSLATION] "Penalties", provides:

[TRANSLATION] 12. Disciplinary action may consist of a reprimand, suspension or dismissal, depending on the nature and seriousness of the misconduct for which it is imposed.

In my opinion, this argument by respondents must be dismissed forthwith. As appellants correctly submitted, these regulations [TRANSLATION] "cannot have the effect of limiting the content of the phrase 'other disciplinary action' in s. 97 of the Civil Service Act, nor of limiting the scope of the right of appeal to this Commission conferred by the Act".

If a superior regardless of the regulations takes a disciplinary action not authorized by the regulations, such as imposing a fine, there is all the more reason for the penalized employee to be able to appeal to the Commission de la fonction publique. The very fact that the penalty is unauthorized may constitute a sufficient ground for the Commission to quash or vary it.

The phrase "disciplinary action" in s. 97 is wide, not limited in any way and must include any measure which actually constitutes disciplinary action in fact, whatever it may be.

However, this does not settle the principal question of whether an assignment or a transfer may constitute disciplinary action within the meaning of s. 97. Like the writers cited below, I shall henceforth use the word "transfer" as if it meant both "assignment" and "transfer".

It is not inconceivable that the Act provides that a transfer will always be regarded as an administrative measure, whatever its cause. An employer may well, in a case of misconduct, decide to transfer an employee rather than dismiss him outright,

ment édicter par qui et à quelles conditions un membre de ce personnel peut être relevé provisoirement de ses fonctions.

C'est ainsi qu'a été adopté le *Règlement relatif aux normes de conduite et de discipline dans la fonction publique et au relevé provisoire des fonctions*, lequel a été approuvé par le Conseil du trésor le 27 mars 1979, conformément à l'art. 5 de la Loi. C'est le C.T. 118104 dont l'art. 12, à la section IV intitulée «Sanctions», stipule:

12. Selon la nature et la gravité de la faute qu'elle vise à réprimer, la sanction disciplinaire peut consister en une réprimande, une suspension ou une destitution.

À mon avis, ce moyen des intimés doit être écarté d'emblée. Comme le soumettent les appelantes, à juste titre, ce règlement «ne peut pas avoir pour effet de restreindre le contenu de l'expression «autre sanction disciplinaire» à l'article 97 de la Loi sur la fonction publique, ni de limiter la portée du droit d'appel accordé par la Loi à cette Commission».

Si un supérieur au mépris du règlement impose une sanction disciplinaire non autorisée par le règlement, telle une amende par exemple, à plus forte raison le fonctionnaire pénalisé doit-il pouvoir en appeler à la Commission de la fonction publique. Le fait même qu'il s'agit d'une sanction non autorisée pourra constituer un motif suffisant pour que la Commission l'annule ou la modifie.

L'expression «sanction disciplinaire» à l'art. 97 est large, aucunement limitée et doit s'entendre de toute mesure qui constitue une véritable sanction disciplinaire, quelle qu'elle soit.

Cela cependant ne résout pas la question principale de savoir si une affectation ou une mutation peut constituer une sanction disciplinaire au sens de l'art. 97. À l'instar des auteurs cités ci-après, j'utiliserai dorénavant le mot «mutation» comme s'il signifiait à la fois «affectation» et «mutation».

Il n'est pas inconcevable que la loi ait prévu qu'une mutation soit toujours considérée comme une mesure administrative, quelle qu'en soit la cause. On peut imaginer qu'un employeur, en présence d'une faute, décide, au lieu de sévir, de

so that he will no longer be in a setting in which he will be inclined to repeat the offence.

On the other hand, it is also conceivable that "disciplinary action" may refer to any measure whatever, including a transfer, taken to punish misconduct.

In his *Traité de droit administratif*, t. I, P.U.L., Québec, 1974, René Dussault wrote at pp. 370-71:

[TRANSLATION] A transfer is generally defined as a shift from one position to another, with no difference in pay, at the discretion of management, "which may in theory do so at any time and as often as operational requirements make it necessary. However, management should comply with the legal requirements regarding employees' abilities" (Jacques Magnet, "Le fonctionnaire et l'administration", in *Traité de science administrative*, ed. Georges Langrod, Bruxelles, 1966, p. 413). A transfer makes mobility possible within the civil service. However, it is to be distinguished from advancement and promotion, in that it involves no increase in pay, and especially in that it is entirely within the discretion of management. The employee has a duty to accept it, or he will be subject to disciplinary penalties that may extend to dismissal.

Similarly, in *La fonction publique canadienne et québécoise*, P.U.L., Québec, 1973, Patrice Garant wrote at p. 327:

[TRANSLATION] No one disputes that the government has the power, in performing its function of service to the public, to organize a suitable distribution of duties between public officers.

He added, at p. 328:

[TRANSLATION] Since the reform, a transfer or shift has become a normal measure, since it is in accordance with the logic of a system which tends to encourage "a very desirable interdepartmental mobility".

However, the French writers referred to by Dussault in his *Traité*, cited above, distinguish between a transfer made in the interests of the organization, which constitutes an administrative measure, and a transfer imposed as a penalty for misconduct, which constitutes a disciplinary measure and is subject to the rules applicable to disciplinary measures and the procedures designed to protect civil servants.

muter un employé de façon qu'il ne se trouve plus dans un milieu qui l'expose à récidiver.

Par contre, il n'est pas inconcevable non plus que «sanction disciplinaire» puisse s'entendre de toute mesure quelconque, y compris la mutation, prise pour punir une faute.

Dans son *Traité de droit administratif*, t. I, P.U.L., Québec, 1974, René Dussault écrit aux pp. 370 et 371:

La mutation est généralement définie comme le transfert d'un emploi à un autre, sans modification de traitement, au gré de l'Administration «qui peut en principe y procéder à tout moment et aussi souvent que l'exigent les besoins du service. L'Administration doit cependant respecter les conditions légales d'aptitudes des employés» (Magnet, Jacques, «Le fonctionnaire et l'administration», dans *Traité de science administrative*, sous la direction de Georges Langrod, Bruxelles, 1966, p. 413). La mutation permet la mobilité au sein de la fonction publique. Elle se distingue toutefois de l'avancement et de la promotion en ce qu'elle ne comporte aucune augmentation de traitement et surtout en ce qu'elle dépend de la seule volonté de l'Administration. L'employé est dans l'obligation de s'y soumettre, sinon il s'expose à des peines disciplinaires pouvant aller jusqu'à la destitution.

De même, Patrice Garant dans *La fonction publique canadienne et québécoise*, P.U.L., Québec, 1973, écrit à la p. 327:

Nul ne saurait contester au gouvernement, pour la réalisation de ses missions de service public, le pouvoir d'organiser une adéquate répartition des tâches entre les agents publics.

Il ajoute à la p. 328:

La mutation ou le transfert est devenu, depuis la réforme, une mesure normale puisqu'elle s'inscrit dans la logique du système qui tend à favoriser «une très souhaitable mobilité interministérielle».

Cependant, les auteurs français auxquels réfère Dussault dans son *Traité*, précité, distinguent entre la mutation faite dans l'intérêt du service, laquelle constitue une mesure administrative, et la mutation imposée comme sanction d'une faute, laquelle constitue une mesure disciplinaire et fait entrer en jeu les règles applicables aux mesures disciplinaires et les mécanismes de protection du fonctionnaire.

The *Traité de droit administratif*, 6th ed., L.G.D.J., 1975, of André De Laubadère, states at p. 70, No. 104:

[TRANSLATION] 104.—**Transfers.**—(Bibl.— P.-M. Juret, *Les mutations de fonctionnaires*, R. adm. 1962, 147).—Transfers are changes of employment or residence imposed on civil servants unilaterally by management. Such changes may have two quite different meanings: when they are made to penalize misconduct by the civil servant, they constitute *disciplinary action* (job transfer), which is naturally subject to the provisions governing disciplinary action (*infra*, Nos. 166 et seq.); however, a job transfer may also be made by management *in the interests of the organization*: in that case it constitutes an *administrative measure* which does not fall within disciplinary procedure, and which the statute (s. 48) makes subject to certain administrative rules only.

Jean-Marie Auby and Robert Ducos-Ader, *Droit administratif*, 4th ed., Précis Dalloz, 1977, write at pp. 195-96:

[TRANSLATION] 3. *Disciplinary action may be identified by the reason for which it is imposed, consisting in the existence of misconduct requiring such action.*—The courts have tried to preserve the punitive aspect of disciplinary action, for which there must have been misconduct. This has the following consequences:

(b) administrative measures which are taken for disciplinary reasons without following the requirements of disciplinary procedure constitute *disguised disciplinary action* and are quashed by the courts, because they are a means of avoiding the guarantees given to civil servants and constitute an abuse of procedure.

Additionally, the *Traité pratique de la fonction publique*, t. I, 2nd ed., L.G.D.J., 1963, by Alain Plantey, states at pp. 332-33:

[TRANSLATION]

## 2.—DEFINITION OF DISCIPLINARY ACTION

925.—The courts have made a special effort to define the parameters of the concept of disciplinary action, as distinct from administrative measures, and to determine the actual meaning of a decision which may at times be disguised in administrative form.

926.—There is a twofold distinction between the two types of measures: first, there is a limited list of disciplinary actions, while the choice of administrative measures is not limited; second, disciplinary procedure only

Dans le *Traité de droit administratif*, 6<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 1975, d'André De Laubadère, on peut lire à la p. 70, au n<sup>o</sup> 104:

104.—**Mutations.**—(Bibl.—P.-M. Juret, *Les mutations de fonctionnaires*, R. adm. 1962, 147).—Les mutations sont des changements d'emploi ou de résidence imposés unilatéralement par l'administration au fonctionnaire. Ces changements peuvent avoir deux significations tout à fait différentes: lorsqu'ils sont décidés pour sanctionner une faute commise par le fonctionnaire, ils constituent des *mesures disciplinaires* (déplacement d'office) naturellement soumises au régime des sanctions disciplinaires (*infra*, n<sup>os</sup> 166 et s.). Mais la mutation d'office peut aussi être décidée par l'administration *dans l'intérêt du service*; elle constitue alors une *mesure administrative* qui échappe à la procédure disciplinaire et que le statut (art. 48) soumet seulement à certaines règles administratives.

Jean-Marie Auby et Robert Ducos-Ader, *Droit administratif*, 4<sup>e</sup> éd., Précis Dalloz, 1977, écrivent aux pp. 195 et 196:

3<sup>o</sup> *La sanction disciplinaire se caractérise par son motif qui consiste dans l'existence d'une faute disciplinaire.*—La jurisprudence a eu le souci de conserver à la sanction disciplinaire son élément répressif qui suppose une faute. Il s'ensuit les conséquences suivantes:

b) Les mesures administratives qui sont commandées par un motif disciplinaire sans qu'aient été suivies les formes de la procédure disciplinaire, constituent des *sanctions disciplinaires déguisées* et sont annulées par la jurisprudence en raison de ce qu'elles éludent les garanties accordées aux fonctionnaires et constituent un détournement de procédure.

Par ailleurs, dans le *Traité pratique de la fonction publique*, t. I, 2<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., 1963, d'Alain Plantey, on peut lire aux pp. 332 et 333:

## 2.—LA DÉFINITION DES SANCTIONS DISCIPLINAIRES

925.—La jurisprudence a dû faire un effort particulier pour préciser les contours de la notion de sanction disciplinaire, pour l'opposer aux mesures de service et pour retrouver la réelle portée de la décision parfois déguisée sous une apparence administrative.

926.—En effet, les deux types de mesures se distinguent doublement: d'une part l'énumération des sanctions disciplinaires est limitative, mais le choix de la mesure de service n'est pas restreint; d'autre part la

applies in the first case; and yet, through negligence or abuse of power, the administrative authority frequently is guilty of a regrettable confusion between a disciplinary proceeding and administrative necessity.

929.—In actual fact, it is the judge who assesses in accordance with the evidence in the record whether there was a disciplinary intent in the disputed measure.

Palmer speaks of “disciplinary transfers” (*Collective Agreement Arbitration in Canada*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983, p. 253, note 116).

In his text cited above, Professor Garant writes at p. 296:

[TRANSLATION] Arbitration decisions also deal with certain demotion measures taken for disciplinary reasons. It would not appear that denying advancement may be used as a disciplinary measure; as regards transfer from one position to another and extension of the probation period, however, the courts have not yet finally decided on these points.

In the decision which is the subject of the appeal, the Commission de la fonction publique referred to certain decisions in which a transfer was categorized as a disciplinary action and treated as such. I was only able to locate two of these decisions in the reports available.

*Re Religious Hospitallers of Hotel-Dieu of St. Joseph of the Diocese of London and Service Employees' Union, Local 210*, 7 L.A.C. (2d) 280, a decision of November 7, 1974, concerned a nurse who had mistakenly placed in a tube labelled with the name of one patient the blood taken from another patient. On another occasion, as the result of a mistake in identity, she had taken blood from the wrong patient. She was transferred to a position in which she would no longer work in the blood bank. The arbitrator held the measure was justified and dismissed the grievance.

In *Entreprises de nettoyage d'édifices Ltée v. Union des employés de service local 298, C.T.C. - F.T.Q.*, a decision of November 26, 1974, [1974] S.A.G. 2139, a cleaning employee in a branch of the Canadian National Bank was transferred—reassigned, as the arbitrator said—to another

procédure disciplinaire ne s'impose que dans le premier cas. Et pourtant, par négligence ou abus de pouvoir, l'autorité administrative opère fréquemment une confusion critiquable entre la poursuite disciplinaire et l'opération de service.

929.—A la vérité, c'est le juge qui apprécie au vu des pièces du dossier l'existence ou l'absence d'intention disciplinaire dans la mesure qui est critiquée.

Palmer, pour sa part, parle de *disciplinary transfers* (*Collective Agreement Arbitration in Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Butterworths, 1983, p. 253, note 116).

Dans son ouvrage précité, le professeur Garant écrit à la p. 296:

La jurisprudence arbitrale fait par ailleurs allusion à quelques mesures de rétrogradation prise à titre disciplinaire. Il ne semble pas que le refus d'avancement d'échelon pourrait être utilisé comme mesure disciplinaire; quant à la mutation d'un poste à un autre et la prolongation de la période de probation, la jurisprudence ne s'est cependant pas encore prononcée sur ces questions.

La Commission de la fonction publique dans la décision qui fait l'objet du pourvoi, a référé à quelques décisions où une mutation a été qualifiée de sanction disciplinaire et traitée comme telle. Il ne m'a été possible de retracer que deux de ces décisions dans les recueils disponibles.

Dans *Re Religious Hospitallers of Hotel-Dieu of St. Joseph of the Diocese of London and Services Employees' Union, Local 210*, 7 L.A.C. (2d) 280, une décision du 7 novembre 1974, il s'agissait d'une infirmière qui avait, par erreur, placé dans un tube marqué du nom d'un patient le sang d'un autre patient. En une autre occasion, par suite d'une erreur sur la personne, elle avait prélevé du sang du mauvais patient. Elle fut mutée à un poste où elle n'aurait plus affaire à la banque de sang. L'arbitre a jugé la mesure justifiée et a rejeté le grief.

Dans *Entreprises de nettoyage d'édifices Ltée c. Union des employés de service local 298, C.T.C. - F.T.Q.*, une décision du 26 novembre 1974, [1974] S.A.G. 2139, une employée préposée au ménage dans une succursale de la Banque canadienne nationale fut mutée, réaffectée dit l'arbitre, à une

branch following a complaint by the authorities at the first branch. The arbitrator wrote:

[TRANSLATION] This was in fact a disciplinary measure imposed by the company as the consequence of a complaint by the CNB on July 2.

The employer had the burden of showing the reasons for the disciplinary action, which it did not do to the satisfaction of the arbitrator, who directed that the employee be reinstated in her previous position.

While there is very little case law directly applicable to the proceeding at bar, there is nonetheless an analogy between this case and *Jacmain v. Attorney General of Canada*, [1978] 2 S.C.R. 15.

I take the summary of facts and proceedings from the headnote of the decision, inserting the applicable legislation:

In May 1973 appellant joined the office of the Commissioner of Official Languages as a division chief in the Complaints Service. This involved a probationary period since his previous employment in the public service had been with the Department of National Revenue. Under s. 28 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, an employee on probation may be rejected and in February 1974 appellant was given notice in writing of his rejection.

28. (3) The deputy head may, at any time during the probationary period, give notice to the employee and to the Commission that he intends to reject the employee for cause at the end of such notice period as the Commission may establish for any employee or class of employees and, unless the Commission appoints the employee to another position in the Public Service before the end of the notice period applicable in the case of the employee, he ceases to be an employee at the end of that period.

Appellant presented a grievance under s. 90 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1970, c. P-35, but was unsuccessful. Then under s. 91 of the Act he referred the matter to adjudication. The employer disputed the jurisdiction of the adjudicator on the basis that rejection during the probationary period did not constitute discharge. Under s. 91(1)(b) the adjudicator had jurisdiction only if the matter involved was "disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty".

autre succursale suite à une plainte des autorités de la première succursale. L'arbitre écrit:

Il s'agit en fait d'une mesure disciplinaire imposée par la Compagnie suite à la plainte du 2 juillet de la BCN.

L'employeur avait le fardeau d'établir les motifs de la mesure disciplinaire, ce qu'il n'a pas fait à la satisfaction de l'arbitre qui ordonne la réintégration de l'employée à son poste antérieur.

S'il existe fort peu de jurisprudence directement applicable à la présente affaire, il y a néanmoins une analogie entre celle-ci et l'affaire *Jacmain c. Procureur général du Canada*, [1978] 2 R.C.S. 15.

Je tire le résumé des faits et des procédures du sommaire de l'arrêt que j'entre coupe pour insérer les dispositions législatives pertinentes:

En mai 1973 l'appelant entrait au bureau du Commissaire aux langues officielles à titre de chef de division au Service des plaintes. C'était pour lui une période de stage, son emploi précédent dans la Fonction publique ayant été au ministère du Revenu national. Aux termes de l'art. 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-32, un employé stagiaire est susceptible de renvoi et en février 1974, on signifiait par lettre à l'appelant son renvoi.

28. (3) A tout moment au cours du stage, le sous-chef peut prévenir l'employé qu'il se propose de le renvoyer, et donner à la Commission un avis de ce renvoi projeté, pour un motif déterminé, au terme du délai de préavis que la Commission peut fixer pour tout employé ou classe d'employés. A moins que la Commission ne nomme l'employé à un autre poste dans la Fonction publique avant le terme du délai de préavis qui s'applique dans le cas de cet employé, celui-ci cesse d'être un employé au terme de cette période.

L'appelant entama une procédure de grief en vertu de l'art. 90 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, c. P-35, mais échoua. Il recourut alors à l'arbitrage en vertu de l'art. 91 de la Loi. L'employeur attaqua la compétence de l'arbitre au motif qu'un renvoi durant la période de stage n'est pas un congédiement. Aux termes de l'al. 91(1)(b), l'arbitre n'est compétent que s'il s'agit d'une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une peine pécuniaire.

91. (1) Where an employee has presented a grievance up to and including the final level in the grievance process with respect to

(a) the interpretation or application in respect of him of a provision of a collective agreement or an arbitral award, or

(b) disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty,

and his grievance has not been dealt with to his satisfaction, he may refer the grievance to adjudication.

The adjudicator however held that he had jurisdiction to examine the reasons for rejection to determine whether the employer had, under the guise of rejection, taken what was in reality disciplinary action, and finally ruled that appellant was not in fact rejected during his probationary period and that he was discharged without sufficient reason. The grievance was allowed and reinstatement ordered. The employer then referred the matter to the Public Service Staff Relations Board, which found that the adjudicator had not erred in law or in jurisdiction. On further proceedings under s. 28(1)(a) of the *Federal Court Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 1, the Federal Court of Appeal held that the adjudicator did not have jurisdiction to weigh the cause of rejection.

The appeal was dismissed by this Court by a majority of six to three.

Four of the majority judges considered that it was in fact a rejection during the probationary period and the adjudicator lacked jurisdiction. In view of this finding on the merits, "I do not have to decide", de Grandpré J. wrote at p. 38, "whether the adjudicator has jurisdiction when the rejection is clearly a disciplinary action". He added: "The question remains open".

What makes this decision relevant to the case at bar, however, is that Pigeon and Beetz JJ., who were also among the majority, decided this point as did the three minority judges.

In the view of these two majority judges and the minority, the adjudicator unquestionably had jurisdiction if the discharge was disciplinary, even during the probationary period. Additionally, he had jurisdiction to hear the evidence to determine whether it was a case of a rejection during the probationary period pursuant to s. 28 of the *Public*

91. (1) Lorsqu'un employé a présenté un grief jusqu'au dernier palier de la procédure applicable aux griefs inclusivement, au sujet

a) de l'interprétation ou de l'application, en ce qui le concerne, d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale, ou

b) d'une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une peine pécuniaire,

et que son grief n'a pas été réglé d'une manière satisfaisante pour lui, il peut renvoyer le grief à l'arbitrage.

[L']arbitre décida que sa compétence lui permettait d'examiner les raisons du renvoi et de déterminer si, sous le couvert d'un renvoi l'employeur n'avait pas dans la réalité exercé une mesure disciplinaire, et il conclut finalement que l'appelant n'avait pas véritablement été renvoyé pendant sa période de stage et qu'il avait été congédié sans motif suffisant. Il accueillit le grief et ordonna la réintégration de l'appelant. L'employeur soumit alors la question à la Commission des relations de travail dans la Fonction publique qui conclut que l'arbitre n'avait pas commis d'erreur de droit ni excédé sa compétence. La Cour d'appel fédérale, saisie en vertu de l'al. 28(1)a de la *Loi sur la Cour fédérale*, 1970-71-72 (Can.), c. 1, statua que l'arbitre n'avait pas la compétence de peser la valeur de la cause du renvoi.

Le pourvoi fut rejeté par cette Cour à la majorité de six contre trois.

Pour quatre des juges de la majorité, il s'agissait en fait d'un renvoi durant la période de stage et l'arbitre était sans compétence. Vu cette conclusion sur le fond, «je n'ai pas à décider, écrit le juge de Grandpré, à la p. 38, si vraiment l'arbitre a compétence lorsque le renvoi est clairement une mesure disciplinaire». Il ajoute: «La question reste ouverte».

Ce qui toutefois rend cet arrêt pertinent en regard de la présente affaire c'est que les juges Pigeon et Beetz qui complètent la majorité tranchent cette question dans le même sens que les trois juges de la minorité.

Pour ces deux juges de la majorité et les juges de la minorité, l'arbitre avait indubitablement compétence s'il s'agissait d'un congédiement disciplinaire, même durant la période de stage. En outre il avait compétence pour entendre la preuve afin de déterminer s'il s'agissait d'un renvoi durant la période de stage suivant l'art. 28 de la *Loi sur*

*Service Employment Act* or a disciplinary discharge within the meaning of s. 91 of the *Public Service Staff Relations Act*. Where they differed was that, for the first group, this was a rejection and the adjudicator had accordingly exceeded his jurisdiction by finding that there were insufficient grounds for it and quashing it, whereas for the second group it was a discharge and the adjudicator had complete authority to quash it because it was without justification.

Pigeon J. wrote at p. 40:

At the hearing, counsel for the Attorney-General properly conceded that the right of a probationary employee to launch a grievance against a disciplinary dismissal could not be ousted by making such dismissal in the form of a rejection under s. 28 of the *Public Service Employment Act*. This means that, on a grievance being filed, the Adjudicator had jurisdiction to inquire whether the rejection was in fact a dismissal as alleged by the grievor.

And at page 42:

Just as I cannot agree that the employer can deprive an employee of the benefit of the grievance procedure by labelling a disciplinary discharge a rejection, I cannot agree that an adjudicator may proceed to revise a rejection on the basis that if he does not consider it adequately motivated, it must be found a disciplinary discharge.

Dickson J. wrote for the minority at p. 20:

The issue which this appeal brings squarely to the fore is whether the protection against disciplinary discharge extends to probationary employees. In terms, the answer is undoubtedly in the affirmative.

And at page 21:

Counsel for the employer before this Court did not dispute that the adjudicator was entitled to inquire into the facts initially to determine whether the appellant's discharge was a disciplinary matter, or a rejection for cause during a probationary period. It is now common ground that it was, indeed, incumbent upon the adjudicator to hear evidence and decide whether the employee ceased to be an employee due to disciplinary discharge, in which event the adjudicator had jurisdiction to go on and consider the merits, or whether employment terminated as a result of rejection for cause, in which event he did not have jurisdiction.

*l'emploi dans la Fonction publique* ou d'un congédiement disciplinaire au sens de l'art. 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*. Là où les opinions divergent c'est que pour les uns il s'agissait d'un renvoi et en conséquence l'arbitre avait excédé sa compétence en prononçant que celui-ci n'était pas suffisamment motivé et en l'annulant, tandis que pour les autres il s'agissait d'un congédiement et l'arbitre avait parfaitement compétence pour l'annuler parce que non justifié.

Le juge Pigeon écrit à la p. 40:

À l'audition, l'avocat du procureur général a concédé à juste titre qu'on ne pouvait priver un employé en stage du droit de présenter un grief contre un congédiement disciplinaire en faisant celui-ci sous forme de renvoi en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. En conséquence, lorsqu'un grief a été présenté, l'arbitre avait compétence pour examiner s'il s'agissait en fait d'un congédiement comme le prétend le réclamant.

Et à la page 42:

Tout comme je ne peux admettre que l'employeur puisse priver un employé de la procédure de grief en baptisant un congédiement disciplinaire de renvoi, je ne peux admettre qu'un arbitre puisse réviser un renvoi au motif que s'il ne le trouve pas adéquatement motivé, il doit être considéré comme un congédiement disciplinaire.

Le juge Dickson écrit, au nom de la minorité, à la p. 20:

La question que ce pourvoi met indéniablement de l'avant est de savoir si les employés en stage bénéficient aussi de la protection contre le congédiement disciplinaire. Il est clair que la réponse est indubitablement affirmative.

Et à la page 21:

L'avocat de l'employeur devant cette Cour n'a pas contesté que l'arbitre avait le droit d'enquêter d'abord sur les faits, pour déterminer s'il s'agissait d'une mesure disciplinaire ou d'un renvoi pour un motif déterminé en période de stage. Il est maintenant admis qu'il incombait en effet à l'arbitre d'entendre la preuve et de décider si l'employé avait perdu son emploi à cause d'un congédiement disciplinaire, auquel cas l'arbitre était compétent pour examiner la question au fond, ou à cause d'un renvoi pour un motif déterminé, auquel cas l'arbitre n'était pas compétent.



Thus, in the opinion of five judges of this Court, whereas during his probationary period an employee may be rejected without such administrative action being subject to adjudication, an adjudicator has jurisdiction under the *Public Service Staff Relations Act* to examine whether the action was in fact a rejection or a disciplinary discharge, and to proceed in the latter case.

If these principles are applied in the case at bar appellants must win their case.

I realize that it will sometimes be difficult to make the determination. The same is true between the rejection during the probationary period and the disciplinary discharge, and in *Jacmain Dickson J.* says the following in this regard, at p. 20:

Sometimes the act of an employee will give rise to disciplinary action which may, or may not, then or at a later date, lead to dismissal. Rejections for cause will be for reasons otherwise than disciplinary. The fact that the employer may have some cause for complaint about the employee does not, by that fact alone, transform what would otherwise be a disciplinary discharge into a rejection for cause. The dividing line between the two may be blurred, but it is a line which the adjudicator must draw and the matter is not concluded by the employer characterizing the severance as rejection for cause.

Paraphrasing a passage cited above from Pigeon J., I cannot agree that the employer can deprive a civil servant of the right of appeal by labelling a disciplinary action an assignment or transfer.

I concur in the following passages from the decision of the Commission:

[TRANSLATION] Section 97 of the Act determines the jurisdiction of the Commission; section 93 empowers the Minister, as the person exercising executive authority, to determine the penalties which he will allow managers to impose on employees. Section 12 of the Regulations regarding standards of conduct and discipline in the civil service and provisional relief of duties is in accordance with the powers conferred by the Act on the Minister, but that section does not limit the powers of the Commission. That section may not mention a reprimand as a disciplinary action, but this does not prevent the Commission from hearing appeals on reprimands under sec-

Ainsi, de l'avis de cinq juges de cette Cour, alors que pendant sa période de stage un employé peut être renvoyé sans que cette mesure administrative soit sujette à l'arbitrage, un arbitre a compétence en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* pour s'enquérir s'il s'agit bien d'un renvoi ou d'un congédiement disciplinaire et dans ce dernier cas pour procéder.

Si on applique les mêmes principes en l'espèce il faut donner raison aux appelantes.

Je suis conscient du fait que la détermination sera parfois difficile. Il en est de même entre le renvoi durant la période de stage et le congédiement disciplinaire et dans *Jacmain* le juge Dickson fait à ce propos le commentaire suivant, à la p. 20:

Parfois les actes d'un employé peuvent entraîner une mesure disciplinaire susceptible d'aboutir immédiatement ou plus tard à un congédiement. Les renvois pour un motif déterminé ont lieu pour des motifs autres que disciplinaires. Le fait que l'employeur puisse avoir quelque motif de se plaindre de l'employé ne transforme pas automatiquement en renvoi pour un motif déterminé ce qui, autrement, serait un congédiement disciplinaire. La ligne de démarcation entre les deux notions peut être floue, mais c'est une distinction que l'arbitre doit faire et la question n'est pas résolue du seul fait que l'employeur qualifie la cessation d'emploi de renvoi pour un motif déterminé.

Paraphrasant un passage précité du juge Pigeon, je ne peux admettre que l'employeur puisse priver un fonctionnaire du droit d'appel en baptisant une sanction disciplinaire d'affectation ou de mutation.

Je suis d'accord avec les passages suivants de la décision de la Commission:

L'article 97 de la Loi détermine la juridiction de la Commission, l'article 93 permet au Ministre de déterminer les sanctions qu'il permettra, en tant que responsable des pouvoirs exécutifs, aux gestionnaires d'imposer aux employés. L'article 12 du Règlement relatif aux normes de conduite et de discipline dans la fonction publique et au relevé provisoire des fonctions est conforme aux pouvoirs conférés par la Loi au Ministre mais cet article ne vient pas limiter les pouvoirs de la Commission. Cet article pourrait ne pas mentionner la réprimande comme une sanction disciplinaire, ce qui n'empêcherait pas la Commission d'entendre des appels sur des réprimandes

tion 97, which gives a remedy to any civil servant in respect of whom other disciplinary action is taken.

In the view of the Commission, if the action at issue is really an administrative measure, it does not have jurisdiction, but if the evidence established that this was an indirect disciplinary action, it has jurisdiction under section 97, which states that a civil servant may appeal to the Commission from any *other disciplinary action*, other than a dismissal or suspension. However, the Commission considers that in order to determine whether it has jurisdiction, it is essential for it to hear the evidence.

In my view, with respect, the Commission did not exceed its jurisdiction in deciding to hear the evidence which the mis en cause Lapointe wished to submit to it in order to determine whether the latter's assignment in fact constituted disciplinary action, and whether it had jurisdiction to hear his appeal on the merits.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of the Superior Court refusing to authorize the issuance of the writ of evocation. No award as to costs should be made in this Court, where the issue was between a governmental commission and one of its members on the one hand and the government on the other.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellants: Geoffrion, Prud'homme, Montréal.*

*Solicitors for the respondents and the mis en cause the ministre de la Fonction publique: Roy, Poulin & Associés, Montréal.*

en vertu de l'article 97 qui accorde un recours à un fonctionnaire à qui est imposée une autre sanction disciplinaire.

<sup>a</sup> Selon la Commission, si la mesure discutée est une véritable mesure administrative, celle-ci n'a pas juridiction mais si la preuve révélait qu'il s'agit d'une mesure disciplinaire indirecte, elle aurait juridiction et ce, en vertu de l'article 97 qui dit qu'un fonctionnaire peut appeler à la Commission d'une autre sanction disciplinaire, autre que la destitution ou la suspension. Mais pour savoir si elle a juridiction ou pas la Commission considère qu'il est essentiel qu'elle entende la preuve.

<sup>c</sup> À mon avis, je le dis avec égards, la Commission n'a pas excédé sa compétence en décidant d'entendre la preuve que le mis en cause Lapointe veut lui soumettre afin de déterminer si l'affectation de ce dernier constitue, en fait, une sanction disciplinaire et de déterminer si elle a compétence pour entendre son appel au fond.

<sup>e</sup> Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de la Cour supérieure qui refuse l'autorisation de délivrer le bref d'évocation. Il n'y a pas lieu d'accorder de dépens en cette Cour où le débat a mis en présence une commission gouvernementale et l'un de ses commissaires d'une part, et le gouvernement d'autre part.

*Pourvoi accueilli.*

<sup>g</sup> *Procureurs des appelantes: Geoffrion, Prud'homme, Montréal.*

*Procureurs des intimés et du mis en cause le ministre de la Fonction publique: Roy, Poulin & Associés, Montréal.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*;

and

**Wis Development Corporation Ltd., Walter R. Shatto, Douglas G. Riley, Meredith J. Shatto** *Respondents*.

File No.: 16947.

1983: December 13; 1984: June 7.

Present: Laskin C.J.\* and Ritchie, Dickson, McIntyre and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Information — Failure to give sufficient details to identify transactions — Information quashed — Mandamus — Whether defect can be cured by the supplying of particulars — Whether information can be amended — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 510, 729, 732 — Aeronautics Act, R.S.C. 1970, c. A-3 as amended, ss. 16, 17 — Air Regulations, C.R.C. 1978, c. 2, s. 700.*

The respondents were charged with 32 summary conviction offences relating to the breaches of the *Aeronautics Act* and the regulations issued thereunder. Following appellant's refusal to provide particulars, respondents, prior to plea, made an application to quash the information containing those counts. A Provincial Court judge allowed the motion ruling that it did not satisfy the requirements of s. 510(3) of the *Criminal Code*. He also ruled that this was not a case where particulars should be ordered. The Court of Queen's Bench and the Court of Appeal upheld the quashing and dismissed appellant's application for writs of *mandamus* and *certiorari*. Appellant at no time during the proceedings sought an order for particulars or made a motion to amend the information.

*Held*: The appeal should be dismissed.

The information was *ab initio* vitiated for want of sufficient details as required by s. 510(3) of the *Code* and was not remediable in the present circumstances. Under Part XXIV of the *Criminal Code*—summary convictions—an information that fails to comply with

\* The Chief Justice took no part in the judgment. In accordance with s. 29 of the *Supreme Court Act*, the parties consented to a quorum of four judges.

**Sa Majesté La Reine** *Appelante*;

et

**Wis Development Corporation Ltd., Walter R. Shatto, Douglas G. Riley, Meredith J. Shatto** *Intimés*.

N° du greffe: 16947.

1983: 13 décembre; 1984: 7 juin.

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

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

*Droit criminel — Dénonciation — Omission de fournir des détails suffisants pour identifier les affaires en question — Dénonciation annulée — Mandamus — Peut-on remédier au vice en fournissant des détails? — La dénonciation peut-elle être modifiée? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 510, 729, 732 — Loi sur l'aéronautique, S.R.C. 1970, chap. A-3 et modification, art. 16, 17 — Règlement de l'air, C.R.C. 1978, chap. 2, art. 700.*

Les intimés ont été inculpés de 32 infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité pour avoir contrevenu à la *Loi sur l'aéronautique* et à son règlement d'application. À la suite du refus de l'appelante de fournir des détails, les intimés ont, avant le plaidoyer, demandé l'annulation de la dénonciation qui contenait ces chefs d'accusation. Un juge de la Cour provinciale a fait droit à la requête en décidant que la dénonciation ne satisfaisait pas aux exigences du par. 510(3) du *Code criminel*. Il a également conclu qu'il ne s'agissait pas d'un cas où on devait ordonner que des détails soient fournis. La Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel ont confirmé l'annulation et rejeté la demande de l'appelante visant à obtenir des brefs de *mandamus* et de *certiorari*. L'appelante n'a, à aucun moment de l'instance, demandé une ordonnance enjoignant de fournir des détails ni présenté une requête en modification de la dénonciation.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

La dénonciation était entachée d'un vice *ab initio* parce qu'elle ne contenait pas les détails suffisants requis par le par. 510(3) du *Code* et on ne pouvait y remédier dans les circonstances de l'espèce. En vertu de la partie XXIV du *Code criminel*—déclarations sommaires de

\* Le Juge en chef n'a pas pris part au jugement. Les parties ont consenti à un quorum de quatre juges conformément à l'art. 29 de la *Loi sur la Cour suprême*.

either s. 510(1) or (3), if objected to prior to plea, must be quashed and cannot be salvaged by particulars or by amendment.

*Brodie v. The King*, [1936] S.C.R. 188; *Smith v. Moody*, [1903] 1 K.B. 56; *R. v. Otterbein* (1967), 50 C.R. 285; *R. v. Miron* (1974), 28 C.R.N.S. 261; *R. v. Bengert (No. 5)* (1980), 53 C.C.C. (2d) 481, considered; *Sisko v. Attorney General of British Columbia* (1977), 8 C.R. (3d) 372; *Re Lakeview Motors Ltd. v. The Queen* (1982), 66 C.C.C. (2d) 475, disapproved; *R. v. King* (1893), 25 N.S.R. 488; *R. v. France* (1898), 1 C.C.C. 321; *Riopelle v. Desrosiers* (1900), 3 Q.P.R. 195; *Re Fisher* (1905), 9 C.C.C. 451; *R. v. Limerick, Ex parte Staples* (1922), 39 C.C.C. 351; *R. v. Jordan* (1925), 44 C.C.C. 23; *R. v. Henderson, Ex parte Brindle* (1926), 45 C.C.C. 310; *Re Effie Brady* (1913), 21 C.C.C. 123; *R. v. Armstrong* (1916), 26 C.C.C. 151; *R. v. Trainor* (1916), 27 C.C.C. 232; *Hatem v. The King* (1927), 49 C.C.C. 164; *R. v. Beckwith* (1903), 7 C.C.C. 450; *R. v. Goodfellow* (1906), 10 C.C.C. 424; *R. v. Bainbridge* (1917), 30 C.C.C. 214; *R. v. Desjardins* (1919), 45 C.C.C. 100; *R. v. Cameron* (1898), 2 C.C.C. 173; *R. v. Weir (No. 2)* (1899), 3 C.C.C. 155; *R. v. Weir (No. 5)* (1900), 3 C.C.C. 499; *R. v. Hazen* (1893), 20 O.A.R. 633; *Ead v. The King* (1908), 40 S.C.R. 272; *R. v. Kerr* (1922), 53 O.L.R. 228; *R. v. Griss*, [1936] O.R. 604; *R. v. Safeway Stores Ltd. (No. 1)*, [1938] 2 W.W.R. 479; *R. v. Container Materials Ltd.*, [1939] 4 D.L.R. 387; *R. v. Imperial Tobacco Co.* (1939), 72 C.C.C. 388; *R. v. Adduono*, [1940] O.R. 184; *R. v. Madill (No. 2)*, [1943] 1 W.W.R. 371; *R. v. Langlois* (1944), 83 C.C.C. 124; *R. v. McNab* (1945), 61 B.C.R. 74; *R. v. Rycer* (1946), 2 C.R. 388; *R. v. Hing Lee Yen* (1947), 3 C.R. 352; *R. v. Annunziello* (1948), 6 C.R. 330; *R. v. Brooks*, [1951] O.W.N. 513; *MacDonald v. The Queen* (1952), 14 C.R. 387; *R. v. Steele* (1952), 14 C.R. 285; *Re Kipling's Prohibition Application; Re Juvenile Delinquents Act* (1961), 36 W.W.R. 273; *Shumiatcher v. Attorney General of Saskatchewan* (1962), 38 C.R. 411; *R. v. Wixalbrown* (1963), 41 C.R. 113; *R. v. Harrison* (1964), 45 C.R. 54; *Taylor v. Gotfried* (1964), 43 C.R. 307; *R. v. Hipke* (1967), 59 W.W.R. 653; *Re Regina and Marcoux* (1973), 13 C.C.C. (2d) 222; *R. v. Tremblay*, [1974] R.L. 373; *R. v. McAuslane (No. 2)* (1972), 18 C.R.N.S. 9; *R. v. Cruz* (1978), 45 C.C.C. (2d) 255; *R. v. Sinclair* (1906), 12 C.C.C. 20; *R. v. Buck* (1932), 57 C.C.C. 290; *R. v. Klein*, [1968] 4 C.C.C. 209; *R. v. Aulik* (1968), 64 W.W.R. 65; *R. v. Stiopu* (1982), 70 C.C.C. (2d) 464; *R. v. McNicoll* (1967), 50 C.R. 305; *R. v. Toronto Magistrates, ex parte Bassett*, [1967] 1 C.C.C. 251; *R. v. Ostrove*

culpabilité—, la dénonciation qui ne respecte ni les exigences du par. 510(1) ni celles du par. 510(3), et à laquelle est opposée une exception avant le plaidoyer, doit être annulée et ne peut être sauvée ni par voie de modification ni en fournissant des détails.

<sup>a</sup> Jurisprudence: arrêts examinés: *Brodie v. The King*, [1936] R.C.S. 188; *Smith v. Moody*, [1903] 1 K.B. 56; *R. v. Otterbein* (1967), 50 C.R. 285; *R. v. Miron* (1974), 28 C.R.N.S. 261; *R. v. Bengert (No. 5)* (1980), 53 C.C.C. (2d) 481; arrêts désapprouvés: *Sisko v. Attorney General of British Columbia* (1977), 8 C.R. (3d) 372; *Re Lakeview Motors Ltd. v. The Queen* (1982), 66 C.C.C. (2d) 475; arrêts mentionnés: *R. v. King* (1893), 25 N.S.R. 488; *R. v. France* (1898), 1 C.C.C. 321; *Riopelle v. Desrosiers* (1900), 3 R.P. 195; *Re Fisher* (1905), 9 C.C.C. 451; *R. v. Limerick, Ex parte Staples* (1922), 39 C.C.C. 351; *R. v. Jordan* (1925), 44 C.C.C. 23; *R. v. Henderson, Ex parte Brindle* (1926), 45 C.C.C. 310; *Re Effie Brady* (1913), 21 C.C.C. 123; *R. v. Armstrong* (1916), 26 C.C.C. 151; *R. v. Trainor* (1916), 27 C.C.C. 232; *Hatem v. The King* (1927), 49 C.C.C. 164; *R. v. Beckwith* (1903), 7 C.C.C. 450; *R. v. Goodfellow* (1906), 10 C.C.C. 424; *R. v. Bainbridge* (1917), 30 C.C.C. 214; *R. v. Desjardins* (1919), 45 C.C.C. 100; *R. v. Cameron* (1898), 2 C.C.C. 173; *R. v. Weir (No. 2)* (1899), 3 C.C.C. 155; *R. v. Weir (No. 5)* (1900), 3 C.C.C. 499; *R. v. Hazen* (1893), 20 O.A.R. 633; *Ead v. The King* (1908), 40 R.C.S. 272; *R. v. Kerr* (1922), 53 O.L.R. 228; *R. v. Griss*, [1936] O.R. 604; *R. v. Safeway Stores Ltd. (No. 1)*, [1938] 2 W.W.R. 479; *R. v. Container Materials Ltd.*, [1939] 4 D.L.R. 387; *R. v. Imperial Tobacco Co.* (1939), 72 C.C.C. 388; *R. v. Adduono*, [1940] O.R. 184; *R. v. Madill (No. 2)*, [1943] 1 W.W.R. 371; *R. v. Langlois* (1944), 83 C.C.C. 124; *R. v. McNab* (1945), 61 B.C.R. 74; *R. v. Rycer* (1946), 2 C.R. 388; *R. v. Hing Lee Yen* (1947), 3 C.R. 352; *R. v. Annunziello* (1948), 6 C.R. 330; *R. v. Brooks*, [1951] O.W.N. 513; *MacDonald v. The Queen* (1952), 14 C.R. 387; *R. v. Steele* (1952), 14 C.R. 285; *Re Kipling's Prohibition Application; Re Juvenile Delinquents Act* (1961), 36 W.W.R. 273; *Shumiatcher v. Attorney General of Saskatchewan* (1962), 38 C.R. 411; *R. v. Wixalbrown* (1963), 41 C.R. 113; *R. v. Harrison* (1964), 45 C.R. 54; *Taylor v. Gotfried* (1964), 43 C.R. 307; *R. v. Hipke* (1967), 59 W.W.R. 653; *Re Regina and Marcoux* (1973), 13 C.C.C. (2d) 222; *R. v. Tremblay*, [1974] R.L. 373; *R. v. McAuslane (No. 2)* (1972), 18 C.R.N.S. 9; *R. v. Cruz* (1978), 45 C.C.C. (2d) 255; *R. v. Sinclair* (1906), 12 C.C.C. 20; *R. v. Buck* (1932), 57 C.C.C. 290; *R. v. Klein*, [1968] 4 C.C.C. 209; *R. v. Aulik* (1968), 64 W.W.R. 65; *R. v. Stiopu* (1982), 70 C.C.C. (2d) 464; *R. v. McNicoll* (1967), 50 C.R. 305; *R. v. Toronto Magistrates, ex*

(1967), 60 W.W.R. 267; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Canadian Pacific Ltd.* (1976), 32 C.C.C. (2d) 14; *R. v. B & B Stone Ltd. (No. 2)* (1977), 34 C.C.C. (2d) 464; *R. v. Schille* (1975), 28 C.C.C. (2d) 230, referred to.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal<sup>1</sup>, dismissing a Crown's appeal from the decision of Lomas J., dismissing an application for mandamus. Appeal dismissed.

*I. G. Whitehall, Q.C.*, and *D. J. Rennie*, for the appellant.

*Aleck H. Trawick*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—Can particulars or an amendment salvage an information in a summary conviction matter which is found, upon motion to quash taken before plea, to be vitiated for want of sufficient details as required by s. 510(3) of the *Criminal Code*? That is the issue before this Court.

### The Facts

In January 1981, an information was laid against the respondents containing 32 counts, 16 alleging breaches of the *Aeronautics Act*, R.S.C. 1970, c. A-3, and 16 others, breaches of the regulations issued thereunder.

The counts alleging breaches of the *Aeronautics Act* were all in this form, save variations as regards the dates:

AND FURTHER THAT on or between the 27th day of March, A.D. 1980 and the 29th day of March, A.D. 1980, at or near the City of Calgary, in the Province of Alberta, did unlawfully operate a commercial air service without holding a valid and subsisting licence issued under Section 16 of the *Aeronautics Act*, Revised Statutes of Canada 1970, C. A-3, contrary to Section 17(1) of the said Act, and did thereby commit an offence under the said Section 17;

<sup>1</sup> Summarized at 7 W.C.B. 481.

*parte Bassett*, [1967] 1 C.C.C. 251; *R. v. Ostrove* (1967), 60 W.W.R. 267; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. v. Canadian Pacific Ltd.* (1976), 32 C.C.C. (2d) 14; *R. v. B & B Stone Ltd. (No. 2)* (1977), 34 C.C.C. (2d) 464; *R. v. Schille* (1975), 28 C.C.C. (2d) 230.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta<sup>1</sup>, qui a rejeté l'appel du ministère public à l'encontre de la décision du juge Lomas rejetant une demande de *mandamus*. Pourvoi rejeté.

*I. G. Whitehall, c.r.*, et *D. J. Rennie*, pour l'appelante.

*Aleck H. Trawick*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—Dans le cadre de procédures sommaires, une dénonciation qui, par suite d'une requête en annulation présentée avant le plaidoyer, est jugée entachée d'un vice parce qu'elle ne contient pas les détails suffisants requis par le par. 510(3) du *Code criminel*, peut-elle être sauvée soit par voie de modification, soit en fournissant des détails? Voilà la question dont cette Cour est saisie en l'espèce.

### Les faits

En janvier 1981, on a déposé contre les intimés une dénonciation contenant 32 chefs d'accusation, dont 16 portent qu'il y a eu violation de la *Loi sur l'aéronautique*, S.R.C. 1970, chap. A-3, et 16 autres, qu'il y a eu violation de son règlement d'application.

Sauf en ce qui a trait aux dates, les chefs portant qu'il y a eu violation de la *Loi sur l'aéronautique* se présentent tous sous la forme suivante:

[TRADUCTION] ET EN OUTRE QUE, les 27 et 29 mars 1980 ou entre ces dates, à Calgary (Alberta) ou dans ses environs, ils ont, contrairement au paragraphe 17(1) de la Loi sur l'aéronautique, Statuts révisés du Canada 1970, chap. A-3, exploité illégalement un service aérien commercial sans détenir un permis valable et restant en vigueur, délivré aux termes de l'article 16 de ladite loi, commettant ainsi une infraction audit article 17;

<sup>1</sup> Résumé à 7 W.C.B. 481.

The 16 counts alleging breaches of the regulations were in this form, dates also varying:

AND FURTHER THAT on or between the 27th day of March, A.D. 1980 and the 29th day of March, A.D. 1980, at or near the City of Calgary, in the Province of Alberta, did unlawfully operate a commercial air service in Canada, while not holding a valid and subsisting certificate issued by the Minister certifying that the holder thereof is adequately equipped and able to conduct a safe operation as an air carrier, contrary to Section 700 of the Consolidated Regulations of Canada 1978, C. 2 (formerly the Air Regulations) as amended;

Counsel for the respondents was given access to and reviewed documentation in the possession of the R.C.M.P. with respect to the charges. He made an informal request for particulars of the commercial air services and customers to which the information referred. Counsel for the appellant ultimately decided not to furnish particulars voluntarily and indicated that he would oppose an application for particulars. Rather than making such an application, the respondents, relying on ss. 732(1) and 510(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, brought a motion to quash the information. Appellant did not suggest the ordering of particulars, and did not move to amend the information.

#### Statutory Provisions

##### *Criminal Code*

##### Section 729:

729. (1) Sections 510 and 512 apply, *mutatis mutandis*, to informations in respect of proceedings as defined in this Part.

(2) The summary conviction court may, if it is satisfied that it is necessary for a fair trial, order that a particular, further describing any matter relevant to the proceedings, be furnished to the defendant.

##### Section 510(1), (2), (3):

510. (1) Each count in an indictment shall in general apply to a single transaction and shall contain and is sufficient if it contains in substance a statement that the accused committed an indictable offence therein specified.

Exception faite des différences quant aux dates, les 16 chefs portant qu'il y a eu violation du règlement sont ainsi rédigés:

[TRADUCTION] ET EN OUTRE QUE, entre les 27 et 29 mars 1980 ou entre ces dates, à Calgary (Alberta) ou dans ses environs, ils ont, contrairement à l'article 700 de la Codification des règlements du Canada 1978, chap. 2 (auparavant le Règlement de l'Air) et ses modifications, exploité illégalement au Canada un service aérien commercial sans être titulaires d'un certificat valable et restant en vigueur, délivré par le Ministre et attestant qu'ils possèdent le matériel nécessaire et qu'ils sont en mesure d'assurer, en qualité de transporteurs aériens, un service offrant toute garantie de sécurité.

On a permis à l'avocat des intimés d'examiner des documents portant sur les accusations, qui se trouvaient en la possession de la GRC. Celui-ci a ensuite demandé officieusement des détails sur les services aériens commerciaux et les clients visés par la dénonciation. L'avocat de l'appelante a décidé en fin de compte de ne pas fournir de détails volontairement et a fait savoir qu'il contesterait une demande de détails. Plutôt que de présenter une telle requête, les intimés, s'appuyant sur les par. 732(1) et 510(3) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, ont présenté une requête en annulation de la dénonciation. L'appelante n'a pas suggéré au juge de rendre une ordonnance enjoignant de fournir des détails et elle n'a pas demandé la modification de la dénonciation.

#### Les textes législatifs

##### *Code criminel*

##### Article 729:

729. (1) Les articles 510 et 512 s'appliquent *mutatis mutandis* aux dénonciations à l'égard de procédures définies dans la présente Partie.

(2) La cour des poursuites sommaires, si elle le juge nécessaire pour l'équité du procès, peut ordonner qu'un détail, décrivant plus amplement toute matière relative aux procédures, soit fourni au défendeur.

##### Article 510(1),(2),(3):

510. (1) Chaque chef dans un acte d'accusation doit, en général, s'appliquer à une seule affaire; il doit contenir et il suffit qu'il contienne en substance une déclaration portant que l'accusé a commis un acte criminel y spécifié.

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

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

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

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

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

#### Section 732:

732. (1) An objection to an information for a defect apparent on its face shall be taken by motion to quash the information before the defendant has pleaded, and thereafter only by leave of the summary conviction court before which the trial takes place.

(2) A summary conviction court may, upon the trial of an information, amend the information or a particular that is furnished under section 729, to make the information or particular conform to the evidence if there appears to be a variance between the evidence and

(a) the charge in the information, or

(b) the charge in the information

(i) as amended, or

(ii) as it would have been if amended in conformity with any particular that has been furnished pursuant to section 729.

(3) A summary conviction court may, at any stage of the trial, amend the information as may be necessary if it appears

(a) that the information has been laid

(i) under another Act of the Parliament of Canada instead of this Act, or

(ii) under this Act instead of another Act of the Parliament of Canada; or

(b) that the information

(i) fails to state or states defectively anything that is requisite to constitute the offence,

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

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

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

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

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

#### Article 732:

732. (1) Une objection à une dénonciation pour une irrégularité apparente à sa face doit être présentée par voie de motion demandant que la dénonciation soit annulée, avant que le défendeur ait plaidé et, par la suite, du seul consentement de la cour des poursuites sommaires devant laquelle le procès a lieu.

(2) Une cour des poursuites sommaires peut, à l'instruction d'une dénonciation, modifier la dénonciation ou un détail fourni sous le régime de l'article 729, de façon à rendre la dénonciation ou le détail conforme à la preuve, s'il semble y avoir une divergence entre la preuve et

a) l'inculpation contenue dans la dénonciation, ou

b) l'inculpation contenue dans la dénonciation

(i) telle qu'elle est modifiée, ou

(ii) telle qu'elle aurait été si on l'avait modifiée en conformité d'un détail fourni selon l'article 729.

(3) Une cour des poursuites sommaires peut, à toute étape du procès, modifier, selon qu'il est nécessaire, la dénonciation, s'il paraît

a) que la dénonciation a été faite

(i) en vertu d'une autre loi du Parlement du Canada, au lieu de la présente loi, ou

(ii) en vertu de la présente loi, au lieu d'une autre loi du Parlement du Canada; ou

b) que la dénonciation

(i) n'expose pas ou expose de façon défectueuse une chose qui est nécessaire pour constituer l'infraction,

- (ii) does not negative an exception that should be negatived, or  
(iii) is in any way defective in substance,
- and the matters to be alleged in the proposed amendment are disclosed by the evidence taken on the trial; or  
(c) that the information is in any way defective in form.
- (4) A variance between the information and the evidence taken on the trial is not material with respect to
- (a) the time when the offence is alleged to have been committed, if it is proved that the information was laid within the prescribed period of limitation, or  
(b) the place where the subject-matter of the proceedings is alleged to have arisen, if it is proved that it arose within the territorial jurisdiction of the summary conviction court that holds the trial.
- (5) The summary conviction court shall, in considering whether or not an amendment should be made, consider
- (a) the evidence taken on the trial, if any,  
(b) the circumstances of the case,  
(c) whether the defendant has been misled or prejudiced in his defence by a variance, error or omission mentioned in subsection (2) or (3), and  
(d) whether, having regard to the merits of the case, the proposed amendment can be made without injustice being done.
- (6) Where in the opinion of the summary conviction court the defendant has been misled or prejudiced in his defence by an error or omission in the information, the summary conviction court may adjourn the trial and may make such an order with respect to the payment of costs resulting from the necessity of amendment as it considers desirable.
- (ii) ne nie pas une exception qui devrait être niée, ou  
(iii) est sous quelque rapport défectueuse quant à la substance,
- et que les matières devant être alléguées dans la modification projetée sont révélées par la preuve recueillie au procès; ou  
c) que la dénonciation est sous quelque rapport défectueuse quant à la forme.
- (4) Une divergence entre la dénonciation et la preuve recueillie au procès n'est pas essentielle à l'égard
- a) du temps où l'infraction a été commise, d'après l'allégation, s'il est établi que la dénonciation a été déposée dans le délai prévu en matière de prescription, ou  
b) du lieu où l'objet des procédures est allégué avoir pris naissance, s'il est établi qu'il a pris naissance dans la juridiction territoriale de la cour des poursuites sommaires qui tient le procès.
- (5) La cour des poursuites sommaires doit, en examinant la question de savoir si une modification devrait être apportée,
- a) tenir compte de la preuve recueillie au procès, s'il en est,  
b) examiner les circonstances de l'espèce,  
c) chercher à déterminer si le défendeur a été induit en erreur ou a subi un préjudice dans sa défense du fait d'une divergence, d'une erreur ou d'une omission mentionnée au paragraphe (2) ou (3), et  
d) se demander si, eu égard au fond de la cause, la modification projetée peut être apportée sans qu'il en résulte une injustice.
- (6) Lorsque, de l'avis de la cour des poursuites sommaires, le défendeur a été induit en erreur ou a subi un préjudice dans sa défense, par suite d'une erreur ou d'une omission dans la dénonciation, la cour des poursuites sommaires peut ajourner le procès et rendre, à l'égard du paiement des frais occasionnés par la modification, l'ordonnance qu'elle juge opportune.

### The Judgments

*Provincial Court of Alberta: Murray Prov. Ct. J.*

The Court held that the counts in the information did not contain details of the circumstances of the alleged offences sufficient to give the respondents reasonable information with respect to the acts or omissions to be proved against them and to

### Les jugements

*Cour provinciale de l'Alberta: le juge Murray*

La cour a conclu que les chefs d'accusation formulés dans la dénonciation ne contenaient pas, à l'égard des circonstances des infractions alléguées, des détails suffisants pour renseigner raisonnablement les intimés sur les actes ou omissions à



identify the transactions to which the counts of the information referred and that, accordingly, the minimal requirements of s. 510(3) had not been met.

The Court found that there was nothing in the circumstances surrounding the information which would enlighten the respondents as to the nature of the case to be met and that the respondents had not been tardy in putting forward the defence that the information was inadequate. Murray Prov. Ct. J. was of the view that it would be improper to compel the respondents to plead to an illegal information and that this was not a case where particulars should be ordered. Accordingly, the information was quashed.

*Court of Queen's Bench of Alberta*

The Crown thereupon applied to Lomas J. for remedy by way of mandamus and *certiorari*. Both writs were denied, for reasons which were not made known to this Court.

*Court of Appeal of Alberta*

The Court relied on the judgment of Rinfret J. in *Brodie v. The King*, [1936] S.C.R. 188, to the effect that an indictment must provide concrete facts which would identify the particular act which is charged and thereby give the accused notice of it. The Court of Appeal agreed with the courts below that these requirements had not been met, and that the information was "bad in law and not merely defective". Accordingly this was not, said the Court, a case where the information could be cured by the supplying of particulars and it was proper to quash the information.

First I would like to deal very briefly with the question of whether the counts in the information meet the requirements of s. 510(3).

Respondents in their factum, arguing that the information did not meet those requirements, expressed their views as follows:

prouver contre eux et pour identifier les affaires mentionnées dans les chefs d'accusation, et qu'on n'avait donc pas satisfait aux exigences minimales imposées par le par. 510(3).

<sup>a</sup> La cour a conclu que les circonstances entourant la dénonciation ne permettaient pas d'éclairer les intimés sur la nature de la preuve qui pesait contre eux et que les intimés n'avaient pas tardé à invoquer, comme moyen de défense, le caractère insuffisant de la dénonciation. Le juge Murray de la Cour provinciale s'est dit d'avis qu'il ne conviendrait pas d'obliger ces derniers à répondre à une dénonciation illégale et qu'il n'y avait pas lieu en l'espèce d'ordonner que des détails soient fournis. En conséquence, la dénonciation a été annulée.

*Cour du Banc de la Reine de l'Alberta*

<sup>d</sup> Par suite de cette décision de la Cour provinciale, le ministère public a saisi le juge Lomas d'une demande de redressement par voie de *mandamus* et de *certiorari*. L'un et l'autre brefs ont été refusés pour des motifs qui n'ont pas été communiqués à cette Cour.

*Cour d'appel de l'Alberta*

<sup>f</sup> La cour s'est fondée sur les motifs du juge Rinfret dans l'arrêt *Brodie v. The King*, [1936] R.C.S. 188, selon lesquels un acte d'accusation doit exposer des faits concrets qui permettraient d'identifier l'acte particulier reproché, de manière à en informer le prévenu. Partageant l'avis exprimé par les cours d'instance inférieure, la Cour d'appel a conclu qu'on n'avait pas satisfait à ces exigences de sorte que la dénonciation était [TRADUCTION] «mauvaise en droit et non pas simplement entachée d'irrégularité». En conséquence, selon la cour, il ne s'agissait pas d'un cas où il était possible de rectifier la dénonciation en fournissant des détails et il convenait donc de l'annuler.

<sup>i</sup> Je tiens d'abord à examiner très brièvement la question de savoir si les chefs d'accusation contenus dans la dénonciation satisfont aux exigences du par. 510(3).

<sup>j</sup> Les intimés prétendent que non. Dans leur mémoire, ils formulent leur point de vue de la manière suivante:

The information at bar is in the express words of the language contained in S. 17 of the *Aeronautics Act*, R.C.S. (1970) c. A-3 and s. 700 of the Regulations thereunder. In each instance, the gravamen of the offence is the operation of a "commercial air service" without the requisite licence or certificate. Regard must be had to s. 9(1) of the *Aeronautics Act*, which defines "commercial air service" as "any use of aircraft in or over Canada for hire or reward". "Hire or reward" is defined as "any payment, consideration, gratuity or benefit directly or indirectly charged, demanded, received or collected by any person for the use of an aircraft".

The operation of a "commercial air service" within the meaning of s. 9(1) of the *Aeronautics Act* could therefore relate to a multitude of activities or usages of aircraft in Canada, for example the use of an aircraft to haul passengers or freight, the use of an aircraft as a demonstrator by a dealer or manufacturer, or indeed even the use of the aircraft in a photo session for the purposes of advertisement of another product such as liquor or cigarettes. The statute under which the Information at bar has been laid casts a broad net and the prohibition is directed at many diverse and unrelated uses of aircraft in Canada which by the language of s. 9(1) are deemed to be the operation of a "commercial air service."

I find this to be an accurate description of the situation faced by the respondents. In agreement with what has been specifically found by at least two of the three courts below (one expressed no views), I am of the view that the information is *ab initio* vitiated for want of sufficient details as required under s. 510(3).

The remaining and real issue in this case is as follows: does a judge who has, upon a motion to quash made before plea, made a finding that a count in an information is vitiated for want of sufficient details as required under s. 510(3) of the *Code*, have a discretion to order particulars, or to amend the count, or must the count be quashed? One should recall that in this case no particulars were asked for nor were particulars volunteered in court by the parties; neither did the Crown move to amend. I should nevertheless not want to narrow the issues to the point of leaving unanswered the question as to what could or should the judge have

[TRADUCTION] La dénonciation en cause reprend textuellement l'art. 17 de la *Loi sur l'aéronautique*, S.R.C. 1970, chap. A-3, et l'art. 700 de son règlement d'application. Dans chaque cas, la matière de l'infraction est l'exploitation d'un «service aérien commercial» sans détenir le permis ou le certificat requis. Il faut tenir compte du par. 9(1) de la *Loi sur l'aéronautique*, selon lequel l'expression «service aérien commercial» signifie «tout emploi d'aéronef dans les limites ou au-dessus du Canada, moyennant un prix de louage ou une rémunération». Les mots «prix de louage ou rémunération» sont ainsi définis: «tout paiement, contrepartie, gratification ou profit, directement ou indirectement demandé, exigé, reçu ou perçu par une personne pour l'usage d'un aéronef».

L'exploitation d'un «service aérien commercial» au sens du par. 9(1) de la *Loi sur l'aéronautique* pourrait donc se rapporter à une multitude d'activités ou d'usages d'un aéronef au Canada, comme par exemple l'usage d'un aéronef pour le transport de passagers ou de fret, l'usage d'un aéronef par un concessionnaire ou un fabricant comme appareil d'essai ou même l'usage d'un aéronef dans une séance de photographie pour faire la publicité d'autres produits tels que des spiritueux ou des cigarettes. La loi dont on s'est autorisé pour déposer la dénonciation en cause est de vaste portée et vise à empêcher divers usages non reliés d'aéronefs dans les limites du Canada, qui, suivant le par. 9(1), sont réputés constituer l'exploitation d'un «service aérien commercial».

J'estime que cela décrit exactement la situation à laquelle les intimés font face. Conformément à ce qui a été conclu par au moins deux des trois cours d'instance inférieure (une seule n'a pas exprimé d'avis), je suis d'avis que la dénonciation est entachée d'un vice *ab initio* parce qu'elle ne contient pas les détails suffisants requis par le par. 510(3).

Reste la question qui se pose vraiment en l'espèce: le juge qui, par suite d'une requête en annulation présentée avant le plaidoyer, a conclu qu'un chef d'accusation compris dans une dénonciation est entaché d'un vice parce qu'il ne contient pas les détails suffisants requis par le par. 510(3) du *Code*, détient-il un pouvoir discrétionnaire d'ordonner que des détails soient fournis ou que le chef d'accusation soit modifié, ou doit-il l'annuler? Il faut se rappeler qu'en l'espèce aucun détail n'a été demandé ni offert volontairement en cour par les parties; de plus, le ministère public n'a pas présenté de requête en modification. Loin de moi

done had he been asked. In fact, I would find it difficult to deal with the matter without answering those questions and have therefore, framed the issue so as to encompass those aspects. I should however make two observations: first, we are dealing with a summary conviction offence, and what I say should be read in the light of the differences between ss. 516 and 529 governing amendments and particulars for indictable offences, and ss. 729 and 732 governing summary convictions; secondly, the motion to quash is one taken before plea.

With great hesitation I have come to the conclusion that Parliament has not given the trial judge any other alternative but to quash the information, irrespective of whether or not particulars are offered and of whether or not the prosecution moves to amend under s. 732.

My hesitation in reading the law as such is due to the fact that it appears to me that Parliament needed not go so far in ensuring the furtherance of the policy considerations which are recognized as having inspired our various laws governing the charging process in criminal law. A judge's jurisdiction to interfere with the liberty of a citizen is dependent upon the citizen becoming an accused. That will happen only if and when he is charged with an offence known to the law. This is enacted by s. 510(1). When accused, the citizen shall then be treated fairly. This requires that he must be able clearly to identify what he is alleged to have done wrong so that he may prepare his case adequately, and that at the outset of his trial or thereafter once the trial is over and at some other court, he must be able to argue that he has already been acquitted or convicted of the offence or that he comes within the protective principles set out in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729.

It therefore appeared to me, and still does, that a judge when faced with a motion to quash for a

toutefois l'idée de restreindre la portée du litige au point de laisser sans réponse la question de savoir ce que le juge aurait pu ou aurait dû faire si on lui en avait fait la demande. En fait, il me serait difficile de statuer sur l'affaire sans répondre à ces questions et c'est pourquoi j'ai formulé la question en litige de manière à englober ces aspects. Cependant, je tiens à formuler deux observations: en premier lieu, nous avons affaire à une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et mes propos doivent être interprétés en fonction des différences qui existent entre les art. 516 et 529 portant sur les modifications et les détails dans le cas d'actes criminels et les art. 729 et 732 qui régissent les poursuites sommaires; en second lieu, il s'agit d'une requête en annulation présentée avant le plaidoyer.

Après avoir beaucoup hésité, j'en suis venu à la conclusion que le législateur n'a pas donné au juge du procès d'autre choix que d'annuler la dénonciation, et ce peu importe qu'on offre de fournir des détails et que la poursuite demande une modification conformément à l'art. 732.

Mon hésitation en interprétant la loi comme telle s'explique par le fait que, me semble-t-il, il n'était pas nécessaire que le législateur aille si loin pour assurer la mise en application des considérations de principe dont, le reconnaît-on, s'inspirent nos différentes lois régissant le processus de mise en accusation en droit criminel. Le pouvoir d'un juge d'entraver la liberté d'un citoyen est fonction de l'inculpation de ce citoyen. Cela ne peut se produire que si l'infraction dont il est accusé existe en droit. C'est ce que prévoit le par. 510(1). Dès qu'il est inculpé, le citoyen doit alors être traité équitablement. Cela implique nécessairement qu'il doit être en mesure d'identifier clairement le méfait qu'on lui impute afin qu'il puisse préparer une défense adéquate et que, dès le début de son procès ou, ultérieurement, lorsque l'affaire aura été portée devant une autre cour, il puisse faire valoir qu'il a déjà été acquitté ou déclaré coupable relativement à cette infraction ou qu'il jouit de la protection des principes énoncés dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729.

Il m'a donc semblé et il me semble toujours que, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, un juge est

count vitiated by virtue of s. 510(3), as in this case, should be empowered (and normally should exercise such a power) to order particulars. This course of action would meet all of the policy considerations I have set out and would have the added advantage of getting on with matters instead of seeing the information being laid anew (when possible) and having further delays imported into the process. Be that as it may, that is not the law and I can find no way of interpreting the law as such, short of usurping Parliament's prerogatives. I come to this conclusion for three reasons: Parliament's changes to the *Code* following this Court's decision in *Brodie v. The King, supra*; the fact that particulars have never been considered as a proper means to cure vitiated informations for defects of substance; and the wording of s. 729.

Section 510 is substantially the same as its predecessor sections (ss. 852 and 853 of R.S.C. 1927, c. 36; R.S.C. 1906, c. 146; and s. 611 of 1892 (Can.), c. 29) in force at the time of the *Brodie* decision, except for s. 510(3) which then read as follows:

853. Every count of an indictment shall contain so much detail of the circumstances of the alleged offence as is sufficient to give the accused reasonable information as to the act or omission to be proved against him, and to identify the transaction referred to: Provided that the absence or insufficiency of such details shall not vitiate the count.

(Emphasis added.)

The difference it will be noted is quite substantial and is found in the last lines of the subsection: "Provided that the absence or insufficiency of such details shall not vitiate the count" whereas, s. 510(3) introduced in the new *Code* of 1953-54 (Can.), c. 51, (as s. 492(3)) states "but otherwise the absence or insufficiency of details does not vitiate the count". (Emphasis added). As of 1953-54, defects under s. 510(3) vitiated counts.

saisi d'une requête en annulation pour un chef d'accusation entaché d'un vice en vertu du par. 510(3), il devrait avoir le pouvoir (qu'il devrait normalement exercer) d'ordonner que des détails soient fournis. Cette ligne de conduite satisferait à toutes les considérations de principe que j'ai énoncées, et permettrait en outre de continuer les procédures plutôt que de voir la dénonciation déposée de nouveau (dans les cas où cela est possible), et les procédures retardées davantage. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas la règle applicable et, à moins d'usurper les prérogatives du Parlement, je ne vois aucun moyen d'interpréter ainsi la loi. J'en arrive à cette conclusion pour trois motifs: les modifications que le Parlement a apportées au *Code* par suite de l'arrêt de cette Cour *Brodie v. The King, précité*; le fait que la fourniture de détails n'a jamais été considérée comme un moyen approprié de rectifier des dénonciations entachées de vices de fond, et la formulation de l'art. 729.

Sauf en ce qui concerne le par. 510(3), l'art. 510 est essentiellement identique aux articles qui l'ont précédé (les art. 852 et 853 de S.R.C. 1927, chap. 36; S.R.C. 1906, chap. 146; et l'art. 611 de 1892 (Can.), chap. 29) et qui étaient en vigueur à l'époque de l'arrêt *Brodie*. Voici le texte de ce qui était alors l'équivalent de l'actuel par. 510(3):

853. Chaque chef d'accusation doit décrire les circonstances de l'infraction imputée, d'une manière suffisamment détaillée pour raisonnablement renseigner le prévenu sur le fait ou sur l'omission à prouver contre lui, et pour lui permettre de reconnaître ce à quoi il se rapporte; néanmoins, l'absence ou l'insuffisance de ces détails ne vicie pas le chef d'accusation.

(C'est moi qui souligne.)

On peut constater que la différence est très importante et se trouve aux dernières lignes du paragraphe: "néanmoins, l'absence ou l'insuffisance de ces détails ne vicie pas le chef d'accusation". Le paragraphe 510(3), par contre, qui a été introduit dans le nouveau *Code* de 1953-54 (Can.), chap. 51 (sous le numéro d'art. 492(3)) prévoyait: "mais autrement l'absence ou insuffisance de détails ne vicie pas le chef d'accusation". (C'est moi qui souligne.) À partir de 1953-54, les chefs d'accusation qui ne respectaient pas les exigences du par. 510(3) étaient entachés d'un vice.

Before commenting on the *Brodie* decision and the effect of the changes to the *Code* in 1953-54, a review of the law and of the cases prior to *Brodie* is in order as it will assist in understanding the limitations to reconsider *Brodie* put upon this Court by the 1953-54 amendments; also, when considering whether s. 729(2) (the ordering of particulars) can be used to salvage a vitiated information.

The *Code* of 1892 enacted, as regards charges, their contents and their quashing for want thereof, substantially the same sections as those in force at the time of *Brodie* in 1936. Though the sections appear to be different for informations, the courts at the time dealt with defects in informations in the same way they had when considering defects in indictments; apart from the inherent differences resulting from the absence of any preliminary proceedings or evidence adduced prior to arraignment in the case of summary convictions, the courts had as many exigencies as to their content. (See, for example, *R. v. King* (1893), 25 N.S.R. 488; *R. v. France* (1898), 1 C.C.C. 321; *Riopelle v. Desrosiers* (1900), 3 Q.P.R. 195; *Re Fisher* (1905), 9 C.C.C. 451; *R. v. Limerick, Ex parte Staples* (1922), 39 C.C.C. 351; *R. v. Jordan* (1925), 44 C.C.C. 23; *R. v. Henderson, Ex parte Brindle* (1926), 45 C.C.C. 310). That had also been the case in England, as appears from what is said in *Saunders' Practice of Magistrates' Courts*, 6th ed., 1902, at p. 41:

The information should give an exact and a legal description of the offence, and it should contain the same certainty as an indictment: (*Ex parte Pain*, 5 B. & C. 251; *Re Elmy and Sawyer*, 1 Ad. & Ell. 843; *R. v. Marsh*, 4 D. & R. 267; *Cotterill v. Lemprière*, 24 Q.B. Div. 634; 62 L.T. Rep. 695.) Facts must be stated in a direct and positive manner: (*Rex v. Bradley*, 19 Mod. 155; *Rex v. Fuller*, 1 Ld. Raym. 509; *Rex v. Pereira*, 2 Ad. & Ell. 375); and not be in the alternative: *Rex v. Middlehurst*, 1 Burr. 399; *R. v. Morley*, 1 You. & Jer. 22; *R. v. Marshall*, 1 Mod. c. 158).

Avant de commenter l'arrêt *Brodie* et l'effet des modifications apportées au *Code* en 1953-54, il convient d'examiner le droit et la jurisprudence antérieurs à cet arrêt, car cela nous aidera à comprendre les restrictions que lesdites modifications imposent à cette Cour pour ce qui est de réexaminer l'arrêt *Brodie*; ce sera en outre utile lorsqu'il s'agira de déterminer si on peut avoir recours au par. 729(2) (l'ordonnance enjoignant de fournir des détails) pour sauver une dénonciation entachée d'un vice.

Les dispositions du *Code* de 1892 relativement aux actes d'accusation, à leur contenu et à leur annulation pour insuffisance de détails étaient essentiellement les mêmes que celles en vigueur en 1936, à l'époque de l'arrêt *Brodie*. Bien que les dispositions applicables aux dénonciations semblent différentes, les tribunaux de l'époque ont abordé les vices dont étaient entachées les dénonciations de la même manière qu'ils l'avaient fait pour les actes d'accusation entachés d'irrégularité. Abstraction faite des différences inhérentes à l'absence, dans les poursuites sommaires, de procédures préliminaires ou de preuve produite avant l'interpellation, les tribunaux se sont montrés tout aussi exigeants à l'égard de leur contenu. (Voir, par exemple, *R. v. King* (1893), 25 N.S.R. 488; *R. v. France* (1898), 1 C.C.C. 321; *Riopelle v. Desrosiers* (1900), 3 R.P. 195; *Re Fisher* (1905), 9 C.C.C. 451; *R. v. Limerick, Ex parte Staples* (1922), 39 C.C.C. 351; *R. v. Jordan* (1925), 44 C.C.C. 23; *R. v. Henderson, Ex parte Brindle* (1926), 45 C.C.C. 310). Cela avait été également le cas en Angleterre, comme on peut le constater dans *Saunders' Practice of Magistrates' Courts*, 6<sup>e</sup> éd., 1902, à la p. 41:

[TRADUCTION] La dénonciation doit fournir une description légale exacte de l'infraction et elle doit être aussi précise qu'un acte d'accusation: (*Ex parte Pain*, 5 B. & C. 251; *Re Elmy and Sawyer*, 1 Ad. & Ell. 843; *R. v. Marsh*, 4 D. & R. 267; *Cotterill v. Lemprière*, 24 Q.B. Div. 634; 62 L. T. Rep. 695.) Les faits doivent être énoncés de façon directe et positive: (*Rex v. Bradley*, 19 Mod. 155; *Rex v. Fuller*, 1 Ld. Raym. 509; *Rex v. Pereira*, 2 Ad. & Ell. 375); et non pas de façon subsidiaire: *Rex v. Middlehurst*, 1 Burr. 399; *R. v. Morley*, 1 You. & Jer. 22; *R. v. Marshall*, 1 Mod. c. 158).

The wording of the relevant sections in the *Code* was similar to the equivalent sections in England in the *Summary Jurisdiction Act, 1879* (U.K.), 42-43 Vict., c. 49, s. 39. Section 39(1) of that Act, the forerunner of our s. 510(2), read as follows:

39. . . .

1. The description of any offence in the words of the Act, or any order, byelaw, regulation, or other document creating the offence, or in similar words, shall be sufficient in law; and

That section had been perceived by some (see *Saunders, supra*, at p. 42) as a relaxation of the common law requirements for a valid information, which requirements had survived through the courts notwithstanding statute law, which provided that (*Summary Jurisdiction Act, 1848* (U.K.), 11-12 Vict., c. 43, s. 1):

. . . no objection shall be taken or allowed to any information, complaint, or summons, for any alleged defect therein in substance or in form, or for any variance between such information, complaint, or summons and the evidence adduced on the part of the informant or complainant at the hearing of such information or complaint as hereinafter mentioned; but if any such variance shall appear to the justice or justices present and acting at such hearing to be such that the party so summoned and appearing has been thereby deceived or misled, it shall be lawful for such justice or justices, upon such terms as he or they shall think fit, to adjourn the hearing of the case to some future day.

The clearest authority illustrating the English judges' resistance to statutory changes to the common law, relatively contemporary to the introduction into Canada of the *Code*, is found in *Smith v. Moody*, [1903] 1 K.B. 56, where Lord Alverstone C.J., dealing with a defect in a charge governed by the *Summary Jurisdiction Act, 1879*, *supra*, said (at p. 60):

I was at first inclined to think that the defect was cured by s. 39 of the *Summary Jurisdiction Act, 1879*, which provides that "the description of any offence in the words of the Act . . . creating the offence, or in similar

La formulation des dispositions pertinentes du *Code* ressemblait à celle des dispositions correspondantes en vigueur en Angleterre, savoir l'art. 39 de la *Summary Jurisdiction Act, 1879* (R.-U.), 42-43 Vict., chap. 49. Précurseur du par. 510(2) de notre *Code*, le par. 39(1) de cette loi était ainsi rédigé:

[TRADUCTION] 39. . . .

1. La description d'une infraction qui reprend les termes de la loi, de l'ordonnance, de l'arrêté, du règlement ou de tout autre document créant l'infraction, ou qui est faite en des termes semblables, est suffisante en droit; et

Certains ont vu dans cette disposition (voir *Saunders*, précité, à la p. 42) un assouplissement des exigences de la *common law* relativement à la validité d'une dénonciation, exigences maintenues par les tribunaux en dépit de la loi écrite (*Summary Jurisdiction Act, 1848* (R.-U.), 11-12 Vict., chap. 43, art. 1), qui disposait:

[TRADUCTION] . . . aucune exception ne doit être opposée à une dénonciation, à une plainte ou à une sommation en raison d'un vice de fond ou de forme dont elle serait entachée ou en raison d'une divergence entre cette dénonciation, plainte ou sommation et le témoignage rendu par le dénonciateur ou le plaignant à l'audience portant sur la dénonciation ou la plainte, tel que mentionné ci-après; mais, s'il paraît au juge ou aux juges qui président à l'audience que la divergence a été de nature à tromper ou à induire en erreur la personne comparaisant par suite de la sommation, il leur sera loisible, aux conditions qu'ils estiment à propos, d'ajourner l'audience.

C'est l'affaire *Smith v. Moody*, [1903] 1 K.B. 56, qui illustre le plus clairement la résistance des juges anglais face aux modifications apportées par la loi à la *common law*, lesquelles remontent à peu près à l'époque de l'introduction du *Code* au Canada. Dans cette affaire, le lord juge en chef Alverstone a affirmé ce qui suit au sujet d'une irrégularité dans une accusation régie par la *Summary Jurisdiction Act, 1879*, précitée, (à la p. 60):

[TRADUCTION] Au début, j'étais porté à croire que l'art. 39 de la *Summary Jurisdiction Act, 1879*, suivant lequel «la description d'une infraction qui reprend les termes de la loi . . . créant l'infraction, ou qui est faite en des

words, shall be sufficient in law"; but on further considering the question, which is undoubtedly one of importance, it seems to me that it could not have been intended by that section to do away with the old rule of criminal practice which requires that fair information and reasonable particularity as to the nature of the offence must be given in indictments and convictions. All that is meant by s. 39 is that the offence itself need only be described in the words of the statute creating it.

In Canada, the courts split. One group of cases (to mention but a few: *R. v. France, supra*; *Re Effie Brady* (1913), 21 C.C.C. 123; *R. v. Armstrong* (1916), 26 C.C.C. 151; *R. v. Trainor* (1916), 27 C.C.C. 232; *Hatem v. The King* (1927), 49 C.C.C. 164), appears to have recognized codification for what it meant; the others (see amongst others: *R. v. Beckwith* (1903), 7 C.C.C. 450; *R. v. Goodfellow* (1906), 10 C.C.C. 424; *R. v. Bainbridge* (1917), 30 C.C.C. 214; *R. v. Desjardins* (1919), 45 C.C.C. 100; *R. v. Limerick, Ex parte Staples, supra*; *R. v. Jordan, supra*) treated the Code as Lord Alverstone had the 1879 Statute. This latter group, in my view, overlooked an important difference between Canadian and English law: the proviso in s. 611(4) of our 1892 Code (at the time of *Brodie*, s. 853):

... Provided that the absence or insufficiency of such details shall not vitiate the count.

The first group was of the view that the lack of such "details of the circumstances" did not go to substance and therefore could be cured by particulars or through amendment. The others, because they considered such "details" as part of the substance of the information, found that their lack in an information was fatal thereto.

Of particular importance, however, is the fact that all agreed that defects of substance raised before plea by motion to quash could not be cured, through particulars nor through amendment, notwithstanding, as regards indictments, the text of s. 629 of the 1892 Code which conferred wide powers to amend at that stage "any defect apparent on the face" of an indictment. These words were inter-

termes semblables» remédiait au vice; mais après un examen plus approfondi de cette question qui est sans aucun doute importante, il me semble impossible que l'on ait voulu par cet article écarter la vieille règle de procédure criminelle qui exige que les actes d'accusation et les déclarations de culpabilité renseignent de façon raisonnablement précise sur la nature de l'infraction. L'article 39 signifie tout simplement qu'il suffit que l'infraction soit décrite dans les mots de la loi qui la crée.

Au Canada, les tribunaux ont manifesté deux tendances. Un groupe de décisions (*R. v. France, précitée*; *Re Effie Brady* (1913), 21 C.C.C. 123; *R. v. Armstrong* (1916), 26 C.C.C. 151; *R. v. Trainor* (1916), 27 C.C.C. 232; *Hatem v. The King* (1927), 49 C.C.C. 164, pour ne nommer que celles-là) paraît avoir donné effet à la codification; dans les autres cas (voir notamment *R. v. Beckwith* (1903), 7 C.C.C. 450; *R. v. Goodfellow* (1906), 10 C.C.C. 424; *R. v. Bainbridge* (1917), 30 C.C.C. 214; *R. v. Desjardins* (1919), 45 C.C.C. 100; *R. v. Limerick, Ex parte Staples, précitée*; *R. v. Jordan, précitée*), on a traité le Code de la même façon que lord Alverstone a traité la Loi de 1879. À mon avis, ce dernier groupe néglige une différence importante entre le droit canadien et le droit anglais, savoir la réserve qui figurait au par. 611(4) de notre Code de 1892 (l'art. 853, à l'époque de l'arrêt *Brodie*):

... néanmoins, l'absence ou l'insuffisance de ces détails ne viciera pas le chef d'accusation.

Le premier groupe traduit le point de vue que l'absence d'une description «détaillée» des «circonstances» ne constitue pas un vice de fond et qu'il est donc possible d'y remédier par voie de modification ou en fournissant des détails. Les tenants de l'autre point de vue, du fait qu'ils considéraient que ces «détails» faisaient partie du fond de la dénonciation, ont conclu que leur absence entraînait la nullité de celle-ci.

Toutefois, il est particulièrement important de noter que tous ont reconnu qu'on ne pouvait ni par des détails ni même par voie de modification remédier à des vices de fond soulevés avant le plaidoyer dans une requête en annulation, et ce nonobstant, en ce qui concerne les actes d'accusation, le texte de l'art. 629 du Code de 1892 qui conférait de vastes pouvoirs permettant de modifier, à ce stade,

preted as referring to defects other than of substance. (See *R. v. Cameron* (1898), 2 C.C.C. 173; *R. v. Weir (No. 2)* (1899), 3 C.C.C. 155; *R. v. Weir (No. 5)* (1900), 3 C.C.C. 499; *R. v. Desjardins, supra*, and *Taschereau's Criminal Code*, Carswell Co., 1893, pp. 704 *et seq.*; *contra*: *R. v. Hazen* (1893), 20 O.A.R. 633; *Ead v. The King* (1908), 40 S.C.R. 272 and *R. v. Kerr* (1922), 53 O.L.R. 228).

The courts agreed generally as to the effects and as to the limitations to possible cures for a defect of substance; but they really parted ways in determining when a defect was one of substance.

This Court in the *Brodie* decision came down on the side of those who followed Lord Alverstone C.J., in *Smith*.

The charge preferred in *Brodie* was as follows:

The Attorney-General of the province of Quebec charges that: during the months of September and October in the year of our Lord one thousand nine hundred and thirty-three, at the city of Quebec, in the district of Quebec, and elsewhere in the province of Quebec, George H. Brodie, of Toronto, and G. C. Barrett, of Belleville, Ontario, were party to a seditious conspiracy, in conspiring together and with one W. F. Greenwood, W. G. Brown, Mrs. Charles Alton and Mrs. A. M. Rose and also with other persons unknown, thereby committing the crime of seditious conspiracy.

This charge had been unsuccessfully challenged by motion to quash. The accused were found guilty and the Court of Appeal for Quebec upheld the conviction. That decision was then appealed to this Court. Rinfret J. (as he then was) speaking for the Court, referred to s. 852 (now s. 510(1) and (2)) in the following terms, 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

«quelque vice apparent à la face» d'un acte d'accusation. On a interprété ces mots comme visant des vices autres que des vices de fond. (Voir les affaires *R. v. Cameron* (1898), 2 C.C.C. 173; *R. v. Weir (No. 2)* (1899), 3 C.C.C. 155; *R. v. Weir (No. 5)* (1900), 3 C.C.C. 499; *R. v. Desjardins, précitée*, ainsi que *Taschereau's Criminal Code*, Carswell Co., 1893, pp. 704 *et suiv.*; pour le point de vue contraire voir: *R. v. Hazen* (1893), 20 O.A.R. 633; *Ead v. The King* (1908), 40 R.C.S. 272 *et R. v. Kerr* (1922), 53 O.L.R. 228).

Les cours s'entendaient généralement sur les effets d'un vice de fond et sur les possibilités limitées d'y remédier, mais elles ne s'entendaient pas sur la question de savoir dans quels cas une irrégularité constituait un vice de fond.

Dans l'arrêt *Brodie*, cette Cour s'est rangée du côté des tenants du point de vue exprimé par le lord juge en chef Alverstone dans l'affaire *Smith*.

L'accusation dont il était question dans l'arrêt *Brodie* était ainsi formulée:

[TRADUCTION] Le procureur général de la province de Québec formule l'accusation suivante: au cours des mois de septembre et d'octobre de l'an de grâce mil neuf cent trente-trois, à Québec, dans le district de Québec, et ailleurs dans la province de Québec, George H. Brodie de Toronto et G. C. Barrett de Belleville (Ontario) ont pris part à une conspiration séditeuse en complotant ensemble et avec les dénommés W. F. Greenwood, W. G. Brown, M<sup>me</sup> Charles Alton et M<sup>me</sup> A. M. Rose et avec d'autres personnes inconnues, commettant ainsi le crime de conspiration séditeuse.

Cette accusation avait été contestée sans succès par voie de requête en annulation. Les accusés ont été reconnus coupables, leur déclaration de culpabilité étant confirmée par la Cour d'appel du Québec dont l'arrêt a été porté en appel devant cette Cour. Le juge Rinfret (alors juge puîné), s'exprimant au nom de la Cour, affirme ce qui suit au sujet de l'art. 852 (les par. 510(1) et (2) actuels), 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 sub-



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.

What Parliament intended by using the words “a statement \*\*\* (of) some indictable offence therein specified,” in subsection 1 of section 852 is, to our mind, clearly illustrated by the “examples of the manner of stating offences” given in Form 64, referred to in subsection 4 of section 852.

Under the *Interpretation Act* (Ch. 1 of R.S.C., 1927), by force of sec. 31(d):

wherever forms are prescribed, slight deviations therefrom, not affecting the substance or calculated to mislead, shall not invalidate them;

which obviously means that any substantial deviation might be sufficient to invalidate the form used. Now, a perusal of the examples given in Form 64 will be sufficient to indicate that in no case is the manner of stating offences limited to the mere naming of them, but in each case the act charged against the accused, though described in the words of the enactment, is identified by specifying the time, the place and the matter. We think the examples in Form 64 are referred to for the purpose of indicating that they ought to be followed in substance. It is not sufficient in a count to charge an indictable offence in the abstract. Concrete facts of a

stance» une telle déclaration. À 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.

Selon nous, la raison pour laquelle le Parlement a employé au paragraphe 852(1) les mots «une déclaration \*\*\* (de) quelque acte criminel y spécifié», se dégage nettement des «exemples de la manière dont il faut libeller les infractions» que fournit la formule 64, dont il est question au paragraphe 852(4).

Suivant l’alinéa 31d) de la *Loi d’interprétation* (S.R.C. 1927, chap. 1):

lorsque des formules sont prescrites, de légères variantes qui n’en changent pas le fond ou ne sont pas de nature à induire en erreur, n’ont pas l’effet de les infirmer;

ce qui signifie manifestement que toute variante de fond pourrait suffire pour invalider la formule employée. Or, un examen des exemples donnés dans la formule 64 suffit pour constater qu’en aucun cas la formulation des infractions ne consiste simplement à les nommer, mais dans chaque cas l’acte reproché au prévenu, même s’il est décrit dans les termes mêmes de la disposition législative, est identifié en précisant le moment, le lieu et ce dont il s’agit. À notre avis, les exemples que fournit la formule 64 sont mentionnés pour indiquer qu’ils doivent être suivis en substance. Il ne suffit pas qu’un chef d’accusation impute la perpétration d’un acte criminel

nature to identify the particular act which is charged and to give the accused notice of it are necessary ingredients of the indictment.

(Emphasis added.)

I pause here to mention the striking resemblance <sup>a</sup> between the underlined portions of his remarks and the wording of s. 853 (now s. 510(3)).

He then said, at p. 195:

As a matter of fact, this requirement of an indictment is further embodied in sec. 853 of the Criminal Code, which enacts that

Every count \*\*\* shall contain so much detail of the circumstances of the alleged offence as is sufficient to give to the accused reasonable information as to the act or omission to be proved against him and to identify the transaction referred to.

Such is the rule of the Criminal Code.

Of course, it is qualified by the proviso

that the absence or insufficiency of such details shall not vitiate the count,

and it must be granted that these words are very strong. It should be noticed, however, that the proviso, as well as the section itself, relates only to the "absence or insufficiency of details." It does not detract from the obligation resulting from sec. 852 that the substance of the offence should be stated in the indictment.

He dealt with the charge, at p. 198:

Applying the above principles to the present appeal, it follows that the indictment must be found insufficient. It is not the case where an offence is imperfectly stated; it is a case where essential averments were wholly omitted. The so-called indictment contains defects in matters of substance. To use the apt words of counsel for the appellants: "it does not describe the offence in such a way as to lift it from the general to the particular."

Finally he concluded the matter as follows, at p. 199:

These averments were omitted and these necessary ingredients were lacking in the indictment preferred against the appellants. Their absence constitutes defects in matters of substance; and we are of opinion that these defects were not cured by the so-called incomplete par-

dans l'abstrait. L'acte d'accusation doit nécessairement énoncer des faits concrets qui sont de nature à identifier l'acte particulier qui est reproché au prévenu et à en informer celui-ci.

<sup>a</sup> (C'est moi qui souligne.)

Mentionnons ici la ressemblance frappante entre les parties soulignées des observations du juge Rinfret et la formulation de l'art. 853 (l'actuel par. 510(3)).

Il ajoute, à la p. 195:

[TRADUCTION] En fait, cette exigence relative aux actes d'accusation est consacrée à l'art. 853 du Code criminel, qui dispose:

Chaque chef d'accusation doit décrire les circonstances de l'infraction imputée, d'une manière suffisamment détaillée pour raisonnablement renseigner le prévenu sur le fait ou sur l'omission à prouver contre lui, et pour lui permettre de reconnaître ce à quoi il se rapporte.

Voilà la règle qu'édicte le Code criminel.

Certes, elle est atténuée par la réserve portant que

l'absence ou l'insuffisance de ces détails ne vicie pas le chef d'accusation,

et on doit reconnaître que ces mots sont très clairs. Il faut remarquer toutefois que cette réserve, tout comme l'article lui-même, porte uniquement sur «l'absence ou l'insuffisance de détails». Elle n'amointrit en aucune façon l'obligation qu'impose l'art. 852 d'énoncer dans l'acte d'accusation la substance de l'infraction.

<sup>g</sup> À la page 198, il statue sur l'accusation:

[TRADUCTION] Si on applique les principes susmentionnés au présent pourvoi, il faut conclure au caractère insuffisant de l'acte d'accusation. Il ne s'agit pas d'un cas où une infraction est imparfaitement formulée; il s'agit plutôt d'un cas d'omission complète d'allégations essentielles. Le soi-disant acte d'accusation est entaché de vices de fond. Comme le dit si bien l'avocat des appelants, «en décrivant l'infraction, il ne parvient pas à passer du général au particulier».

<sup>i</sup> Enfin, pour conclure sur cette question, il affirme, à la p. 199:

[TRADUCTION] Ces allégations ont été omises et ces éléments essentiels ne figuraient pas dans l'acte d'accusation présenté contre les appelants. Leur absence constitue un vice de fond auquel, selon nous, n'ont pas remédié les soi-disant détails incomplets fournis orale-

particulars verbally given by the Crown when, at the outset of the trial, objection was taken to the indictment by counsel for the accused. The Crown, it may be added, in the argument before us did not rely on these particulars, and took the stand that the indictment was sufficient as it stood. Nor can we accede to the argument that, in the circumstances, no substantial wrong or miscarriage of justice has actually occurred and that we should exercise the powers given to us by sec. 1014 of the Criminal Code. In our view, it was a substantial wrong towards the appellants to have compelled them to plead to an illegal indictment.

The motion to quash the indictment made by the accused at the beginning of the trial, and before pleading, ought to have been granted. The appeal will, therefore, be allowed. The indictment and the conviction must be quashed, the Crown being at liberty to prefer a fresh indictment, if so advised.

Of significance in *Brodie* is the import to s. 852(1) of the "details" described in s. 853, and, the resulting extension by the Court of the vitiating effect given to their absence in a charge.

*Brodie* did not settle much if one considers the thirty odd cases reported on point between 1936 and 1953. Evidently that decision's disregard for the proviso set out in s. 853 left it open to some courts to distinguish *Brodie*. As a result, the two groups I referred to earlier carried on much the same, the only difference being the opportunity for some to refer to *Brodie* for added support, and the need for others to distinguish that decision. (See amongst others: *R. v. Griss*, [1936] O.R. 604; *R. v. Safeway Stores Ltd. (No. 1)*, [1938] 2 W.W.R. 479; *R. v. Container Materials Ltd.*, [1939] 4 D.L.R. 387; *R. v. Imperial Tobacco Co. (1939)*, 72 C.C.C. 388; *R. v. Adduono*, [1940] O.R. 184; *R. v. Madill (No. 2)*, [1943] 1 W.W.R. 371; *R. v. Langlois* (1944), 83 C.C.C. 124; *R. v. McNab* (1945), 61 B.C.R. 74; *R. v. Rycer* (1946), 2 C.R. 388; *R. v. Hing Lee Yen* (1947), 3 C.R. 352; *R. v. Annunziello* (1948), 6 C.R. 330; *R. v. Brooks*, [1951] O.W.N. 513; *MacDonald v. The Queen* (1952), 14 C.R. 387; *R. v. Steele* (1952), 14 C.R. 285).

ment par le ministère public lorsque, au début du procès, l'avocat de l'accusé a opposé une exception à l'acte d'accusation. On peut ajouter qu'au cours des débats en cette Cour, le ministère public ne s'est pas appuyé sur ces détails, mais a soutenu que l'acte d'accusation tel que présenté suffisait. Nous ne pouvons pas non plus accepter l'argument voulant que, dans les circonstances, aucun préjudice réel ni aucun déni de justice n'ont été commis et que cette Cour doit exercer les pouvoirs que lui confère l'art. 1014 du Code criminel. À notre avis, les appelants ont subi un préjudice réel en étant obligés de répondre à un acte d'accusation illégal.

On aurait dû faire droit à la requête en annulation de l'acte d'accusation présentée par l'accusé au début du procès, avant le plaidoyer. Par conséquent, le pourvoi est accueilli. L'acte d'accusation et la déclaration de culpabilité doivent être annulés, le ministère public étant libre de présenter un nouvel acte d'accusation si cela est jugé opportun.

L'important dans l'arrêt *Brodie* est qu'il rend applicable au par. 852(1) la disposition relative aux «détails» qui figure à l'art. 853, ce qui a permis à la Cour de conclure que toute accusation qui péchait par un manque de détails était entachée d'un vice.

L'arrêt *Brodie* a réglé peu de chose si l'on considère la trentaine de décisions publiées sur cette question entre 1936 et 1953. De toute évidence, le fait que l'arrêt *Brodie* ne tient pas compte de la réserve énoncée à l'art. 853 a permis à certaines cours de faire des distinctions avec cet arrêt. Par conséquent, les deux groupes dont j'ai déjà parlé ont fait à peu près la même chose, la seule différence étant l'occasion, dans certains cas, de citer l'arrêt *Brodie* à titre d'appui supplémentaire, et la nécessité, dans d'autres cas, de faire la distinction avec cet arrêt. (Voir notamment: *R. v. Griss*, [1936] O.R. 604; *R. v. Safeway Stores Ltd. (No. 1)*, [1938] 2 W.W.R. 479; *R. v. Container Materials Ltd.*, [1939] 4 D.L.R. 387; *R. v. Imperial Tobacco Co. (1939)*, 72 C.C.C. 388; *R. v. Adduono*, [1940] O.R. 184; *R. v. Madill (No. 2)*, [1943] 1 W.W.R. 371; *R. v. Langlois* (1944), 83 C.C.C. 124; *R. v. McNab* (1945), 61 B.C.R. 74; *R. v. Rycer* (1946), 2 C.R. 388; *R. v. Hing Lee Yen* (1947), 3 C.R. 352; *R. v. Annunziello* (1948), 6 C.R. 330; *R. v. Brooks*, [1951] O.W.N. 513; *MacDonald v. The Queen* (1952), 14 C.R. 387; *R. v. Steele* (1952), 14 C.R. 285).

This is probably what brought about action by Parliament. Parliament made two changes to the law in this area in the *Code* of 1953-54.

#### First Change: The Proviso

Consolidating ss. 852 and 853, Parliament changed the proviso of s. 853 as aforementioned by deleting the wording to which the Court in *Brodie*, in my respectful view, did not give sufficient heed, and substituting the wording we find today, wording which in my view supports (*ex post facto*) the *Brodie* judgment. As a result insufficiencies under s. 510(3) were as of then and are still today of the same effect as those under s. 510(1). They vitiate, and the charge is no less vitiated under s. 510(3) than under s. 510(1). That put an end to the controversy on that point, as witness the decisions that followed the new *Code* (see amongst others: *Re Kipling's Prohibition Application*; *Re Juvenile Delinquents Act* (1961), 36 W.W.R. 273; *Shumiatcher v. Attorney General of Saskatchewan* (1962), 38 C.R. 411; *R. v. Wixalbrown* (1963), 41 C.R. 113; *R. v. Harrison* (1964), 45 C.R. 54; *Taylor v. Gotfried* (1964), 43 C.R. 307; *R. v. Otterbein* (1967), 50 C.R. 285; *R. v. Hipke* (1967), 59 W.W.R. 653; *R. v. McAuslane (No. 2)* (1972), 18 C.R.N.S. 9; *Re Regina and Marcoux* (1973), 13 C.C.C. (2d) 222; *R. v. Tremblay*, [1974] R.L. 373; *R. v. Cruz* (1978), 45 C.C.C. (2d) 255).

#### Second Change: The Power to Amend

The *Brodie* decision, no amendment having been sought in that case, did not deal with the power to amend defects of substance. Added to that is the fact that the courts had read down, in varying degrees, the existing power to amend to cure a count defective because of "an omission to state or a defective statement of anything requisite to constitute the offence . . ." (s. 889(2) *Code* of 1927). Furthermore, as mentioned earlier, defects of substance were not curable. Parliament made them curable, but only if, and only to the extent that the amendment could find support in the evidence adduced at trial. Such is still the case today, and I cannot find any support when reading s. 732, for the proposition that prior to there being any evidence there can be an amendment for anything but

C'est ce qui a probablement incité le législateur à agir. Ce dernier a apporté deux modifications à ce sujet dans le *Code* de 1953-54.

#### a Première modification: la réserve

Fondant ensemble les art. 852 et 853, le législateur a modifié la réserve énoncée à l'art. 853 en supprimant la formulation dont la Cour n'a pas, à mon avis, tenu compte suffisamment dans l'arrêt *Brodie* et en la remplaçant par celle que l'on connaît aujourd'hui et qui, selon moi, appuie (*ex post facto*) ledit arrêt. En conséquence, le défaut de se conformer aux exigences du par. 510(3) avait dès lors et a toujours aujourd'hui pour effet de vicier un chef d'accusation au même titre que le non-respect du par. 510(1). Voilà donc qui a mis fin à la controverse sur ce point, comme l'attestent les décisions qui ont suivi l'entrée en vigueur du nouveau *Code* (voir notamment: *Re Kipling's Prohibition Application*; *Re Juvenile Delinquents Act* (1961), 36 W.W.R. 273; *Shumiatcher v. Attorney General of Saskatchewan* (1962), 38 C.R. 411; *R. v. Wixalbrown* (1963), 41 C.R. 113; *R. v. Harrison* (1964), 45 C.R. 54; *Taylor v. Gotfried* (1964), 43 C.R. 307; *R. v. Otterbein* (1967), 50 C.R. 285; *R. v. Hipke* (1967), 59 W.W.R. 653; *R. v. McAuslane (No. 2)* (1972), 18 C.R.N.S. 9; *Re Regina and Marcoux* (1973), 13 C.C.C. (2d) 222; *R. v. Tremblay*, [1974] R.L. 373; *R. v. Cruz* (1978), 45 C.C.C. (2d) 255).

#### Seconde modification: le pouvoir de modifier

Étant donné qu'aucune demande de modification n'avait été présentée, on ne s'est pas penché dans l'arrêt *Brodie* sur le pouvoir de modifier dans le cas de vices de fond. De plus, les tribunaux avaient interprété de façon plus ou moins atténuée le pouvoir existant de modifier pour remédier à un chef d'accusation entaché d'irrégularité parce qu'il «omet de relater quelque chose qu'il est nécessaire de relater pour constituer l'infraction, ou expose cette chose défectueusement . . . » (par. 889(2) du *Code* de 1927). Du reste, comme je l'ai déjà mentionné, on ne pouvait remédier à un vice de fond. Le législateur a créé la possibilité de le faire, mais seulement dans la mesure où la modification pouvait s'appuyer sur la preuve présentée lors du procès. Aujourd'hui, la situation est la même et, à

a defect of form (s. 732(3)(c)) or one to correct an erroneous reference to the relevant act allegedly breached (s. 732(3)(a)).

As regards particulars, the only change made to the relevant sections was to extend to all matters the giving of particulars. Very eloquent is the fact that the precise words (the words "further describing"), upon which *Brodie* rested its finding that particulars could not cure defects of substance, were not deleted or modified. (See also, on the use of particulars: *R. v. Sinclair* (1906), 12 C.C.C. 20; *R. v. Desjardins, supra*; *R. v. Buck* (1932), 57 C.C.C. 290; *R. v. McNab, supra*; *R. v. Rycer, supra*, dissent of O'Halloran J.A.; *R. v. Gotfried, sub nom. Taylor v. Gotfried, supra*, reasons of Freedman J.A.; *R. v. Otterbein, supra*; *R. v. Klein*, [1968] 4 C.C.C. (2d) 209; *R. v. Aulik* (1968), 64 W.W.R. 65; *R. v. Stiopu* (1982), 70 C.C.C. (2d) 464; *contra: R. v. McNicoll* (1967), 50 C.R. 305 (*obiter*) and, to some extent *R. v. Toronto Magistrates, ex parte Bassett*, [1967] 1 C.C.C. 251, and *R. v. Ostrove* (1967), 60 W.W.R. 267.)

*Brodie* had commented on those limitations to the availability of particulars and denied them any curative effect when substance was involved, even when given formally. Indeed, the judgment referred to a passage from the remarks of Mulock C.J.O. in *R. v. Buck, supra*, one might assume with approval given what was said afterwards, (though such approval is not mentioned), where he said, at p. 293:

The true function of particulars is to give further information to the accused of that which it is intended to prove against him, so that he may have a fair trial. It is not intended to be in effect the supplementing of a

la lecture de l'art. 732, je ne trouve rien qui étaye la proposition qu'avant la production d'éléments de preuve des modifications peuvent être apportées sauf dans le cas d'un vice de forme (al. 732(3)c) ou pour rectifier une mention erronée de la loi qu'on aurait enfreinte (al. 732(3)a)).

Quant aux détails, la seule modification apportée aux dispositions pertinentes a consisté à permettre de fournir des détails sur tout sujet, en abolissant les restrictions antérieures. Fait très significatif, les mots anglais précis (*further describing*, rendus en français par «De plus ample description» dans le *Code* de 1927 et par «décrivant plus amplement» dans le *Code* actuel), sur lesquels cette Cour s'est fondée dans l'arrêt *Brodie* pour conclure qu'on ne pouvait remédier à des vices de fond en fournissant des détails, n'ont été ni supprimés ni modifiés. (Voir aussi, relativement aux détails, les affaires: *R. v. Sinclair* (1906), 12 C.C.C. 20; *R. v. Desjardins*, précitée; *R. v. Buck* (1932), 57 C.C.C. 290; *R. v. McNab*, précitée; *R. v. Rycer*, précitée, dissidence du juge O'Halloran de la Cour d'appel; *R. v. Gotfried, sub nom. Taylor v. Gotfried*, précitée, motifs du juge Freedman de la Cour d'appel; *R. v. Otterbein*, précitée; *R. v. Klein*, [1968] 4 C.C.C. (2d) 209; *R. v. Aulik* (1968), 64 W.W.R. 65; *R. v. Stiopu* (1982), 70 C.C.C. (2d) 464; pour le point de vue contraire voir: *R. v. McNicoll* (1967), 50 C.R. 305 (opinion incidente) et, dans une certaine mesure, *R. v. Toronto Magistrates, ex parte Bassett*, [1967] 1 C.C.C. 251, ainsi que *R. v. Ostrove* (1967), 60 W.W.R. 267.)

Dans l'arrêt *Brodie*, la Cour a commenté ces restrictions relatives aux détails, affirmant que, même si on les fournissait dans les formes prévues, les détails ne remédiaient pas à un vice de fond. En fait, la Cour a cité, apparemment en l'approuvant, compte tenu de ce qu'elle a dit par la suite (bien que cette approbation ne soit pas mentionnée), un passage tiré des observations du juge en chef Mulock dans la décision *R. v. Buck*, précitée, où il affirme, à la p. 293:

[TRADUCTION] Les détails ont pour fonction véritable de renseigner davantage le prévenu sur l'infraction qu'on lui impute, afin qu'il puisse subir un procès équitable. Ils ne visent pas à compléter un acte d'accusation défec-

defective indictment by supplying that which ought to have appeared in the indictment itself. This is very plain from the reading of s. 859 of the *Code*.

Rinfret J. then went on to say, at p. 197:

That this is the correct interpretation of sec. 855 is strengthened, in our view, by comparison with sec. 859 enumerating the cases in which particulars may be ordered.

Subsection (*d*) of sec. 859 deals with the charge of selling, or exhibiting, an obscene book, pamphlet, newspaper, printing or writing. If the court is satisfied that it is necessary for a fair trial, it may order the prosecutor to furnish particulars stating what passages in the book, pamphlet, newspaper or other printing or writing are relied on in support of the charge. Which presupposes that the book, pamphlet, newspaper, printing or writing has already been referred to in the charge.

This is made still clearer in subsections (*e*), (*f*) and (*g*) relating to "any document or words the subject of a charge"; to "means by which any offence was committed"; or to "any person, place or thing referred to in any indictment." Each of these subsections begins by the words: "further describing," which obviously contemplates indictments already describing the document or words the subject of a charge, the means by which any offence was committed, but requiring a "further" description which, in the view of the Court, "is necessary for a fair trial."

As for the "person, place or thing" dealt with in subsection (*g*), the point is made doubly clear, since the subsection speaks of a "person, place or thing (already) referred to in any indictment"; and it is stated that a particular may be ordered "further describing" them.

The evident relation between the matters dealt with in subsections (*d*), (*e*), (*f*) and (*g*) of sec. 855 and the corresponding subsections of sec. 859 is, we think, illuminating on the subject-matter of the present discussion. Clearly the result flowing from the two sections read together is: that some statement of the particular circumstances of the offence charged is assumed to be already contained in the count; that there may be omissions which, on account of sec. 855, are not sufficient to make the count objectionable; that the count will not be deemed insufficient by reason only of those omissions; and that if the court is satisfied that it is necessary for a

tueux en fournissant ce qui aurait dû figurer dans l'acte d'accusation lui-même. Cela est très clair à la lecture de l'art. 859 du *Code*.

Le juge Rinfret poursuit, à la p. 197:

[TRADUCTION] Notre opinion qu'il s'agit là de l'interprétation juste de l'art. 855 est renforcée par une comparaison avec l'art. 859 qui énumère les cas où l'on peut ordonner que des détails soient fournis.

L'alinéa 859*d*) porte sur l'accusation de vente ou d'exhibition d'un livre, opuscule, journal, imprimé ou autre écrit obscène. Si la cour est convaincue que la chose est nécessaire pour assurer un procès équitable, elle peut ordonner que le poursuivant donne des détails des passages du livre, de l'opuscule, du journal, de l'imprimé ou de tout autre écrit, sur lesquels repose l'accusation, ce qui présuppose que le livre, opuscule, journal, imprimé ou autre écrit est déjà mentionné dans l'accusation.

Cela ressort d'autant plus clairement des alinéas *e*), *f*) et *g*) qui parlent respectivement «d'un document ou des mots qui font le sujet d'une plainte», «des moyens grâce auxquels une infraction a été commise» et «d'une personne, d'un endroit ou d'une chose dont il est question dans un acte d'accusation». Chacun de ces alinéas commence par les termes «De plus ample description», expression qui envisage manifestement le cas d'actes d'accusation qui contiennent déjà une description soit du document ou des mots qui font l'objet d'une plainte, soit des moyens grâce auxquels une infraction a été commise, mais qui requièrent une description «plus ample» qui, de l'avis de la cour, «est nécessaire pour assurer un procès équitable».

Dans le cas «d'une personne, d'un endroit ou d'une chose» au sens de l'alinéa *g*), la situation est deux fois plus claire puisqu'on y parle «d'une personne, d'un endroit ou d'une chose dont il est [déjà] question dans un acte d'accusation»; l'alinéa porte en outre qu'il peut être ordonné de fournir des détails qui en donnent une «plus ample description».

Selon nous, le rapport manifeste entre les sujets traités aux al. 855*d*), *e*), *f*) et *g*) et les alinéas correspondants de l'art. 859 clarifie la question présentement à l'étude. Il ressort clairement de la lecture des deux articles pris ensemble que l'acte d'accusation est censé déjà contenir quelque énoncé des circonstances particulières entourant l'infraction reprochée; qu'il peut y avoir certaines omissions qui, compte tenu de l'art. 855, ne sont pas suffisantes pour qu'on puisse opposer une exception à l'acte d'accusation; que l'acte d'accusation ne sera pas réputé insuffisant seulement en raison de ces omissions et que, si la cour est convaincue que cela est

fair trial, it may order particulars to describe further, or with more precision the matters in question.

The limited change, in the light of this context, to the section dealing with particulars is striking. Defects of substance were and remain not curable through particulars, and I am unable to distinguish between informations vitiated in their substance under s. 510(1) and those under s. 510(3) in order to find cure through particulars for the latter.

Appellant seeks support in three decisions. The first is *R. v. Otterbein*, *supra*. As in the present case, a motion to quash before plea was made for a failure to comply with s. 492(3) (now s. 510(3)). Fraser J. having found such a defect said, at p. 292:

Having regard to the wording of s. 492(3) and to the cases referred to it seems clear that the proviso at the end of subs. (3) does not excuse failure to comply with the earlier part of that subsection. Having regard to the same cases and to the wording of s. 492(6) it seems equally clear that it is no answer to a motion to quash brought at this stage to say that the defendant could demand or move for particulars under s. 701(2).

(Emphasis added.)

Then, in *obiter*, he said of amendments:

While the question does not arise on this application it would seem to me that, when objection was taken to the sufficiency of the information, there was nothing to prevent it being amended under the provisions of s. 704, had counsel for the Crown made an application for that purpose. In this connection I refer to the judgment of Schroeder J. (now J.A.), in *Regina v. Peacock*, [1954] O.W.N. 169, 18 C.R. 95, 108 C.C.C. 129. I do not in any way rest my judgment herein on the opinion expressed in this paragraph.

It goes without saying that Fraser J. is clearly against appellant's position as regards particulars. As for his *obiter* remarks concerning amendments, the text of s. 704 (now s. 732) makes it clear that,

nécessaire pour assurer un procès équitable, elle peut ordonner de fournir des détails qui décrivent plus amplement ou avec plus de précision ce dont il est question.

Dans ce contexte, la modification limitée apportée à l'article visant les détails est frappante. On ne pouvait et on ne peut toujours pas remédier à des vices de fond en fournissant des détails, et je suis incapable de faire la distinction entre les dénonciations entachées d'un vice de fond aux termes du par. 510(1) et celles dont le vice de fond tient au par. 510(3), de manière à conclure qu'il est possible de remédier aux dénonciations dans ce dernier cas en fournissant des détails.

L'appelante s'appuie sur trois décisions. La première est *R. v. Otterbein*, précitée, où, comme dans la présente espèce, une requête en annulation avant le plaidoyer a été présentée pour le motif qu'on ne s'était pas conformé au par. 492(3) (l'actuel par. 510(3)). Le juge Fraser, ayant conclu au bien-fondé de cette allégation, affirme, à la p. 292:

[TRADUCTION] Eu égard à la formulation du par. 492(3) et à la jurisprudence citée, il semble évident que la réserve qu'on trouve à la fin du par. (3) ne justifie en aucune façon le défaut de se conformer à la première partie de ce paragraphe. Compte tenu de cette même jurisprudence et de la formulation du par. 492(6), il semble tout aussi clair qu'on ne saurait opposer à une requête présentée à ce stade le fait que le défendeur pourrait, en vertu du par. 701(2), exiger ou demander que des détails soient fournis.

(C'est moi qui souligne.)

Puis, dans une opinion incidente, il affirme relativement aux modifications:

[TRADUCTION] Bien que la question ne se pose pas en l'espèce, il me semble que, lorsqu'on a soulevé le caractère insuffisant de la dénonciation, rien n'aurait empêché de la modifier conformément à l'art. 704 si le ministère public en avait fait la demande. Mentionnons sous ce rapport les motifs du juge Schroeder (maintenant juge de la Cour d'appel) dans la décision *Regina v. Peacock*, [1954] O.W.N. 169, 18 C.R. 95, 108 C.C.C. 129. Ma décision dans la présente instance n'a toutefois rien à voir avec l'opinion que je viens d'exprimer.

Il va sans dire que le juge Fraser est nettement en désaccord avec le point de vue de l'appelante relativement aux détails. Quant à l'opinion incidente qu'il a exprimée au sujet des modifications,

except for defects of form or under s. 732(3)(a), amendments can only be made if, and to the extent that the matters to be alleged in the amendment "are disclosed by the evidence taken on the trial".

The second case referred to by appellant is *R. v. Miron* (1974), 28 C.R.N.S. 261, a decision of the Ontario Court of Appeal. That is a case where an amendment was made in the course of the trial. With regard to such an amendment the Court of Appeal said, at p. 262:

We are of the opinion that as originally drawn this indictment did not comply with s. 510(3) of the Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34. The Crown's case was not that the appellants had agreed to rob someone not yet selected; it was that an agreement had been reached to rob a specific person. However, under the authority of *Regina v. Denis*, [1969] 2 O.R. 205, [1970] 1 C.C.C. 86, and under the terms of s. 529(3) of the Code, we think that the trial Judge had authority to amend the indictment, and he did amend it so as to cure the defect.

The reference to the *Denis* decision makes it clear that the amendment was made after plea and was supported by the evidence adduced. Indeed, in *Denis* the amendment was made at the end of the Crown's case. Again I fail to see any support here for the appellant.

The appellant refers us also to *R. v. Bengert* (No. 5) (1980), 53 C.C.C. (2d) 481. That is a case where the motion to quash was presented some five months into the evidence. The Court said, at p. 506:

We think that the power of the Court to make an amendment under the provision of s. 529(3) is greater than the power of amendment which the Court had under the pre-1955 Code. A "defect in substance" must relate to a matter "essential to be proved". That being so, the Court has the power to amend an indictment which is defective in substance, that is, an indictment which would be void if the *Brodie* case was applicable. Moreover, we think that this approach is the "modern

il ressort clairement du texte de l'art. 704 (l'actuel art. 732) que, abstraction faite des vices de forme et des cas visés par l'al. 732(3)a), des modifications ne peuvent être apportées que dans la mesure où les matières devant être alléguées dans la modification «sont révélées par la preuve recueillie au procès».

L'appelante invoque en deuxième lieu l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Miron* (1974), 28 C.R.N.S. 261. Il s'agissait là d'un cas où une modification avait été faite au cours du procès. Voici ce que la Cour d'appel affirme, à la p. 262, au sujet d'une telle modification:

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis que dans sa formulation initiale cet acte d'accusation n'est pas conforme au par. 510(3) du Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34. Le ministère public essayait d'établir non pas que les appelants s'étaient entendus pour voler quelqu'un qu'ils n'avaient pas encore choisi, mais qu'ils s'étaient entendus pour voler une personne en particulier. Toutefois, par application de la décision *Regina v. Denis*, [1969] 2 O.R. 205, [1970] 1 C.C.C. 86, et en vertu du par. 529(3) du Code, nous estimons que le juge du procès avait compétence pour modifier l'acte d'accusation et qu'il l'a fait pour remédier au vice dont il était entaché.

Il ressort clairement de la mention de la décision *Denis* que la modification a été apportée après le plaidoyer et qu'elle était étayée par la preuve produite. En fait, dans l'affaire *Denis*, la modification a été apportée après que le ministère public eut fini de présenter sa preuve. Je ne vois donc pas en quoi cette décision appuie l'argument de l'appelante.

L'appelante cite en outre la décision *R. v. Bengert* (No. 5) (1980), 53 C.C.C. (2d) 481. Dans cette affaire, on a présenté la requête en annulation environ cinq mois après le début du procès. La cour affirme ce qui suit, à la p. 506:

[TRADUCTION] Nous estimons que le pouvoir de modifier qu'a la cour en vertu du par. 529(3) est plus étendu que celui qu'elle possédait en vertu du Code en vigueur avant 1955. Un «vice de fond» doit se rapporter à quelque chose «dont la preuve ... est ... essentielle». Le cas échéant, la cour est habilitée à modifier un acte d'accusation qui est défectueux quant au fond, c'est-à-dire qui serait frappé de nullité si l'arrêt *Brodie* était applicable. D'autre part, nous sommes d'avis qu'il s'agit



approach” to indictments as set out in such decisions of the Supreme Court of Canada as *R. v. Major* (1976), 27 C.C.C. (2d) 239n, [1977] 1 S.C.R. 826, 40 C.R.N.S. 298; *R. v. Côté* (1977), 33 C.C.C. (2d) 353, 73 D.L.R. (3d) 752, [1978] 1 S.C.R. 8, and *R. v. City of Sault Ste. Marie* (1978), 40 C.C.C. (2d) 353, 85 D.L.R. (3d) 161, 3 C.R. (3d) 30, [[1978] 2 S.C.R. 1299].

Then went on to say, at p. 507:

In view of the fact, however, that we have concluded that the indictment in this case does conform to the requirements of s. 510 we do not find it necessary to determine the extent of the Court’s powers under s. 529(3)(b)(iii) or (c).

Added to the fact that the Court’s comments on s. 529(3) were *obiter*, I find nothing there to support what appellant advances in this case.

Finally, appellant invites us to take a “remedial approach” when interpreting s. 732(3) and find that the words “a summary conviction court may, at any stage of the trial, amend the information . . .” include “before plea”. “The remedial approach”, says appellant, relying on *Sisko v. Attorney General of British Columbia* (1977), 8 C.R. (3d) 372, and *Re Lakeview Motors Ltd. v. The Queen* (1982), 66 C.C.C. (2d) 475, “holds that a trial commences at different times for different purposes” and that for purposes of amendment of defects in a charge, a trial commences before plea.

With respect for the British Columbia Court of Appeal, I cannot agree. I readily would adopt a flexible approach to the definition of the word “trial” were it not for the fact that amendments under s. 732(3)(b) are conditional to their subject matter having been “disclosed by the evidence taken on the trial”. Whatever be the scope we give under the section to the word “trial”, the amendment cannot be made before that evidence is adduced.

To sum up, I am of the view that under Part XXIV of the *Code*, an information that fails to comply with either s. 510(1) or (3), if objected to

là de l’«attitude moderne» face aux actes d’accusation, énoncée par la Cour suprême du Canada notamment dans les arrêts suivants: *R. c. Major* (1976), 27 C.C.C. (2d) 239n, [1977] 1 R.C.S. 826, 40 C.R.N.S. 298, *R. c. Côté* (1977), 33 C.C.C. (2d) 353, 73 D.L.R. (3d) 752, [1978] 1 R.C.S. 8 et *R. c. Ville de Sault Ste-Marie* (1978), 40 C.C.C. (2d) 353, 85 D.L.R. (3d) 161, 3 C.R. (3d) 30, [[1978] 2 R.C.S. 1299].

La cour ajoute, à la p. 507:

[TRADUCTION] Ayant conclu toutefois que l’acte d’accusation en l’espèce est conforme aux exigences de l’art. 510, nous ne jugeons pas nécessaire de déterminer l’étendue des pouvoirs attribués à la cour par le sous-al. 529(3)b)(iii) ou par l’al. c).

Outre le fait que les observations de la cour sur le par. 529(3) constituent une opinion incidente, je n’y vois rien qui étaye l’argument de l’appelante en l’espèce.

En dernier lieu, l’appelante nous invite à adopter une [TRADUCTION] «attitude réparatrice» en interprétant le par. 732(3) et à conclure que la phrase «Une cour des poursuites sommaires peut, à toute étape du procès, modifier . . . la dénonciation . . .» comprend les mots «avant le plaidoyer». S’appuyant sur les décisions *Sisko v. Attorney General of British Columbia* (1977), 8 C.R. (3d) 372 et *Re Lakeview Motors Ltd. v. The Queen* (1982), 66 C.C.C. (2d) 475, l’appelante fait valoir que [TRADUCTION] suivant «l’attitude réparatrice, un procès commence à différents moments à différentes fins» et que, lorsqu’il s’agit de modifier un chef d’accusation entaché de vices, le procès commence avant le plaidoyer.

Sauf le respect que je dois à la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, je ne puis être d’accord. Je ferais volontiers preuve de souplesse à l’égard de la définition du mot «procès», si ce n’était du fait que les modifications en vertu de l’al. 732(3)b) sont soumises à la condition que leur objet ait été «révélé[.]» par la preuve recueillie au procès. Quelle que soit la portée que nous donnons au mot «procès» qui figure dans cet article, la modification ne peut être faite avant la production de cette preuve.

Somme toute, j’estime qu’en vertu de la partie XXIV du *Code* la dénonciation qui ne respecte ni les exigences du par. 510(1) ni celles du par.

prior to plea, must be quashed and cannot be salvaged by particulars or by amendment.

Before dismissing, as a result, this appeal, I should like to make a few comments on the vehicle the Crown chose for redress. The Crown sought mandamus. Neither in the Court of Queen's Bench nor in the Court of Appeal of Alberta was an objection taken to that vehicle on the grounds that the proper remedy was that of a stated case. Nor was the matter in any way raised by the courts or counsel below or by counsel in this Court. This is understandable having regard to the law as it now stands in Alberta (see *R. v. Canadian Pacific Ltd.* (1976), 32 C.C.C. (2d) 14).

Given the wording of s. 762 and the decision of *R. v. B & B Stone Ltd. (No. 2)* (1977), 34 C.C.C. (2d) 464, a decision of the Ontario Court of Appeal, and to a certain extent that of *R. v. Schille* (1975), 28 C.C.C. (2d) 230, a decision of the British Columbia Court of Appeal, some might contend that this appeal could not, in any event, have succeeded. Not having had the benefit of argument on that point I would leave the matter open to be decided by this Court in a more appropriate setting.

This appeal should be dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: R. Tassé, Ottawa.*

*Solicitor for the respondents: Aleck H. Trawick, Calgary.*

510(3), et à laquelle est opposée une exception avant le plaidoyer, doit être annulée et ne peut être sauvée ni par voie de modification ni en fournissant des détails.

<sup>a</sup> Avant de rejeter le pourvoi pour ces motifs, je voudrais faire quelques observations sur le mode de redressement choisi par le ministère public. Ce dernier a demandé un *mandamus*. Ni en Cour du Banc de la Reine ni en Cour d'appel de l'Alberta n'a-t-on objecté à cette demande qu'il fallait procéder par voie d'exposé de cause. Ni les cours d'instance inférieure ni les avocats qui y ont plaidé n'ont soulevé cette question et, en cette Cour, les avocats ne l'ont pas fait non plus. Cela est compréhensible étant donné l'état actuel du droit en Alberta (voir *R. v. Canadian Pacific Ltd.* (1976), 32 C.C.C. (2d) 14).

<sup>d</sup> Compte tenu de la formulation de l'art. 762, compte tenu également de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. B & B Stone Ltd. (No. 2)* (1977), 34 C.C.C. (2d) 464 et, dans une certaine mesure, de l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *R. v. Schille* (1975), 28 C.C.C. (2d) 230, certains pourraient prétendre que ce pourvoi était en tout état de cause voué à l'échec. Ce point n'ayant pas été débattu devant nous, je suis d'avis de laisser à cette Cour le soin de le trancher à une occasion plus propice.

Le pourvoi doit être rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

<sup>g</sup> *Procureur de l'appelante: R. Tassé, Ottawa.*

*Procureur des intimés: Aleck H. Trawick, Calgary.*



---

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Part 5, 1984 Vol. 1**

and

**Tables**

**5<sup>e</sup> cahier, 1984 Vol. 1**

et

**Tables**

Cited as [1984] 1 S.C.R. { i-xxviii  
509-637

Renvoi [1984] 1 R.C.S. { i-xxviii  
509-637

---



**NOTICE**

Volume 1 of the Supreme Court Reports [1984]  
will only contain five parts.

February 1985

**AVIS**

Le premier volume du Recueil des arrêts de la  
Cour suprême [1984] ne comprend que cinq  
cahiers.

Février 1985



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

Editor in Chief  
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor  
RICHARD BERBERI

Editorial Assistants  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
MARIELLE BEAULIEU  
BARBARA LONG

*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, 1984.

## CONTENTS

Title Page .....	i
List of Judges .....	ii
Errata .....	iv
Motions .....	v
Table of Judgments .....	xv
Table of Cases Cited .....	xix
Index .....	627

### **Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon et al. .... 509**

Labour law — Trade union — Duty of fair representation — Union responsibilities — Refusal by a trade union to take a grievance to arbitration — No absolute right to arbitration for union member.

### **Consumers Distributing Company Ltd. v. Seiko Time Canada et al. .... 583**

Torts — Passing off — Classic form and "extended version" — Sales network with authorized dealers — Identical watches under original trade mark sold outside sales network — Unauthorized vendors unable to provide manufacturer's guarantee and sales devices — Interlocutory injunction requiring unauthorized vendor to post notice as to guarantee — Permanent injunction forbidding unauthorized vendor to advertise or sell product — Whether or not this interdiction supported by tort of passing off.

### **James Richardson & Sons, Ltd. v. Minister of National Revenue et al. .... 614**

Taxation — Income tax — Compliance check of futures traders — Section 231(3) demand made for identity of appellant's clients and for monthly statements — Demand challenged by

*Continued on next page*

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

Arrêtiŕte en chef  
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Réviŕseur  
RICHARD BERBERI

Adjointes à l'édition  
MADO MAINVILLE-CÔTÉ  
MARIELLE BEAULIEU  
BARBARA LONG

*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, 1984.

## SOMMAIRE

Page titre .....	i
Liste des Juges .....	iii
Errata .....	iv
Requêtes .....	v
Table des Jugements .....	xvii
Table des Causes citées .....	xix
Index .....	633

### **Consumers Distributing Company Ltd. c. Seiko Time Canada et autres .... 583**

Responsabilité délictuelle — *Passing off* — Formes traditionnelle et «élargie» — Réseau de ventes composé de concessionnaires agréés — Montres identiques, portant la même marque de commerce, vendues en dehors de ce réseau — Impossibilité pour les vendeurs non agréés d'assurer la garantie du fabricant et les moyens de promotion des ventes — Injonction interlocutoire imposant au vendeur non agréé d'aviser le public quant à la garantie — Injonction permanente interdisant au vendeur non agréé de faire de la publicité pour le produit ou de le vendre — Interdiction justifiée ou non par le délit civil de *passing off*.

### **Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon et autre .... 509**

Droit du travail — Syndicat — Devoir de représentation — Responsabilité du syndicat — Refus par un syndicat de porter un grief en arbitrage — Syndiqué n'ayant pas un droit absolu à l'arbitrage.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

*certiorari* and declaratory proceedings — Whether or not demand validly made pursuant to s. 231(3) — If so, whether or not s. 231(3) *ultra vires* or in violation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms or Canadian Bill of Rights — Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, ss. 221(1)(d), 231(3), 233, as amended.

**Smith v. The Queen** ..... 582

Criminal law — Conspiracy — Traffic of narcotics — Crown's case bound by particulars — Particulars disclosing two shipments of narcotics — No subordinate conspiracy — Trial judge in error in failing to consider whether the Crown has established an agreement to send narcotics.

**Stuart Investments Ltd. v. The Queen** ..... 536

Taxation — Income tax — Tax reduction scheme — Subsidiary G eligible for loss carry-forward — Subsidiary S's assets transferred to subsidiary G — Business managed by subsidiary S but profits transferred to subsidiary G — Whether or not subsidiary S can avail itself of subsidiary G's loss carry-forward — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 137, now 1970-71-72 (Can.), chap. 63 as amended, s. 245.

## SOMMAIRE (Fin)

**James Richardson & Sons, Ltd. c. Ministre du Revenu national et autres** ..... 614

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Vérification de l'observation de la Loi par les négociants en denrées à terme — Demande d'identification des clients de l'appelante et des états mensuels en vertu de l'art. 231(3) — Demande attaquée par *certiorari* et jugement déclaratoire — Validité de la demande en vertu de l'art. 231(3) — Si oui, l'art. 231(3) est-il *ultra vires* de la Charte des droits et libertés ou de la Déclaration canadienne des droits ou les viole-t-il? — Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63 art. 221(1)d), 231(3), 233, et modifications.

**Smith c. La Reine** ..... 582

Droit criminel — Complot — Trafic de stupéfiants — Ministère public lié par les détails fournis — Détails révélant l'existence de deux envois de stupéfiants — Aucun complot accessoire — Le juge du procès a commis une erreur en n'examinant pas si le ministère public a établi une entente relative à l'envoi de stupéfiants.

**Stuart Investments Ltd. c. La Reine** ..... 536

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Plan de réduction d'impôt — Filiale G bénéficiant du report des pertes — Actif de la filiale S transféré à la filiale G — Affaires gérées par la filiale S, mais transfert des profits à la filiale G — La filiale S peut-elle se prévaloir du report des pertes de la filiale G? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 137, actuellement 1970-71-72 (Can.), chap. 63 et modifications, art. 245.





## 1984 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 ROLAND A. RITCHIE

The Honourable 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

On the 26th day of March 1984, the Right Honourable BORA LASKIN, P.C., Chief Justice of Canada, died.

On the 19th day of April 1984, the Honourable BRIAN DICKSON, Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, was appointed Chief Justice of Canada.

On the 29th day of May 1984, the Honourable GERALD LE DAIN, a Judge of the Federal Court of Appeal, 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 ROLAND A. RITCHIE

L'honorable 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

Le très honorable BORA LASKIN, C.P., juge en chef du Canada, est décédé le 26 mars 1984.

Le 19 avril 1984, l'honorable BRIAN DICKSON, juge puîné à la Cour Suprême du Canada, a été nommé Juge en chef du Canada.

Le 29 mai 1984, l'honorable GERALD LE DAIN, juge à la Cour d'appel fédérale, a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada.

### ERRATA

- [1983] 1 S.C.R. p. xiv, line 3. Read *Skoke-Graham et al.* instead of *Stoke Graham et al.*
- [1983] 1 R.C.S. p. xiv, ligne 3. Lire *Skoke-Graham et al.* au lieu de *Stoke Graham et al.*
- [1984] 1 S.C.R. p. 8. Delete lines *f-3* et *f-4* of the English version.
- [1984] 1 R.C.S. p. 8. Supprimer les lignes *f-3* et *f-4* de la version anglaise.
- [1984] 1 S.C.R. p. 107, line *d-2* of the English and French versions. Read *Newfoundland Act, 1933 (U.K.)*, 24 Geo. V, c. 2 instead of *Newfoundland Act, 1933 (U.K.)*, Geo. V., c. 2.
- [1984] 1 R.C.S. p. 107, ligne *d-2* des versions française et anglaise. Lire *Newfoundland Act, 1933 (R.-U.)*, 24 Geo. V., c. 2 au lieu de *Newfoundland Act, 1933 (R.-U.)*, Geo. V, c. 2.

## MOTIONS—REQUÊTES

- 384238 *Ontario Ltd. et al. v. The Queen in right of Canada* (F.C.A.), 18438, leave to appeal refused with costs, 2.4.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 484566 *Ontario Ltd., carrying on business as the 'Viscount Hotel' v. Bank of Commerce et al.* (Ont.), 18696, leave to appeal refused with costs, 22.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- A & M Transport Ltd. v. Black et al.* (F.C.A.), 18220, leave to appeal refused with costs, 24.1.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Adriatic Development Ltd. v. Canada Trustco Mortgage Co.* (B.C.) 18187, leave to appeal refused with costs, 24.1.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Alberta Human Rights Commission v. Mynarski Park School District No. 5012* (Alta.), 18271, leave to appeal refused with costs, 16.2.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Alexander v. The Queen* (Ont.), 16696, leave to appeal refused, 2.4.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Allman et al. v. Commissioner of the Northwest Territories* (N.W.T.), 18615, leave to appeal refused with costs, 17.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Allstate Grain Co. Ltd. v. Guichon et al.* (B.C.), 18827, leave to appeal refused with costs, 18.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Aluminum J. Labelle Inc. v. Office de la Construction du Québec* (Qué.), 18260, leave to appeal refused with costs, 25.1.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Angus Leitch & Associates Ltd. et al. v. Legrand Industries Ltd. et al.* (Alta.), 18257, leave to appeal refused with costs, 24.1.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ata v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 18830, leave to appeal refused, 18.6.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Attorney General of Nova Scotia v. Basile* (N.S.), 18807, leave to appeal granted, 18.6.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Babineau v. The Queen* (Ont.), 18215, leave to appeal refused, 8.3.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Bachmann v. Bachmann* (Man.), 18456, leave to appeal refused with costs, 3.4.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bank of Montreal et al. v. Mister Broadloom Corporation (1968) Ltd.* (Ont.), 18340, leave to appeal refused with costs, 25.4.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bank of Montreal et al. v. Rogers et al.* (B.C.), 18516, leave to appeal refused with costs, 3.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bank of Montreal v. Wilder et al.* (B.C.), 18010, leave to appeal granted, 16.2.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Bardari v. Bardari* (Qué.), 18729, leave to appeal refused with costs, 7.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Barratt and Clarke et al. v. The Queen in right of Canada* (F.C.A.), 18763, leave to appeal refused with costs, 7.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bégin (W.E.) Inc. v. Union des Employés de Commerce, local 503, C.T.C., F.T.Q.* (Qué.), 18405, leave to appeal refused with costs, 2.4.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bezanson v. The Queen* (N.S.), 18735, leave to appeal refused, 7.6.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Blentzas v. The Queen* (N.S.), 18161, leave to appeal refused, 3.5.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Boettcher v. The Queen* (Alta.), 18695, leave to appeal refused, 17.5.84, autorisation de pourvoi refusée.

- Bory v. The Queen* (B.C.), 18828, leave to appeal refused, 18.6.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Boucher v. La Reine* (Qué.), 18787, leave to appeal refused with costs, 19.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Boucher v. La Reine* (Qué.), 18817, leave to appeal granted, 18.6.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Bramwell v. The Queen* (B.C.), 17894, leave to appeal refused, 24.1.84, autorisation de pourvoi refusée.
- British Columbia Railway Co. et al. v. Constructions Scarmar Ltée* (B.C.), 18777, leave to appeal refused with costs, 4.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brossard (Ville de) v. Pelletier* (Qué.), 18304, leave to appeal granted, 16.2.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Butt et autre v. La Reine* (Qué.), 18708, leave to appeal refused, 18.6.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Canadian Air Traffic Control Association v. The Queen in Right of Canada et al.* (F.C.A.), 18592, leave to appeal refused with costs, 17.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Financial Co. v. Courtemanche* (Qué.), 18293, leave to appeal refused with costs, 6.2.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Imperial Bank of Commerce v. Estate of Allen Sydney Goldstein et al.* (Alta.), 18710, leave to appeal refused with costs, 22.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadien Pacifique Ltée v. Procureur général du Canada* (F.C.A.), 18422, leave to appeal granted, 19.3.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Captain Developments Ltd. v. Nu-West Group Ltd.* (Ont.), 18459, leave to appeal refused with costs, 3.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Carnahan v. Carnahan* (B.C.), 18046, leave to appeal refused with costs, 24.1.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Carrières T.R.P. Ltée v. Ville de St-Bruno de Montarville* (Qué.), 18181, leave to appeal refused with costs, 16.2.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Carruthers et al. v. Therapeutic Abortion Committee Lions Gate Hospital, et al.* (F.C.A.), 18152, leave to appeal refused with costs, 2.2.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Carter v. The Queen* (B.C.) 18658, leave to appeal granted, 7.5.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Central Canadian Structures Ltd. v. Director of Employment Standards Division (Department of Labour and Employment Services, Manitoba)* (Man.), 18780, leave to appeal refused with costs, 7.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Centre Hospitalier Rouyn-Noranda v. Galéa* (Qué.), 18420, leave to appeal refused with costs, 2.4.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Charleswood Homeowners' Association et al. v. City of Winnipeg* (Man.), 18258, leave to appeal refused with costs, 16.2.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Coland Construction Inc. v. Deschênes Drilling Ltée* (Qué.), 18691, leave to appeal refused with costs, 7.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Colbourne et al. v. The Queen* (Ont.), 18298, leave to appeal refused, 16.2.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Colledge v. Niagara Regional Police Commission et al.* (Ont.), 18379, leave to appeal refused with costs, 2.4.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Collège d'enseignement général et professionnel de Matane v. Syndicat des employés de soutien du Collège de Matane (CSN)* (Qué.), 18421, leave to appeal refused with costs, 19.3.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Brossard et autre* (Qué.), 18270, leave to appeal granted, 16.2.84, autorisation de pourvoi accordée.

- Commission des écoles catholiques de Montréal v. Lambert* (Qué.), 18713, leave to appeal refused with costs, 7.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission scolaire Champlain v. Procureur général du Québec* (Qué.), 18474, leave to appeal refused with costs, 17.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission scolaire de Gatineau et autres v. Procureur général du Québec* (Qué.), 18665, leave to appeal refused with costs, 17.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission scolaire des Laurentides v. Syndicat des travailleurs de l'enseignement des Monts et autres* (Qué.), 18162, leave to appeal refused with costs, 16.2.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Communauté urbaine de Montréal v. Dorchester Commerce Realty Ltd. et autres* (Qué.), 18821, leave to appeal refused with costs, 21.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Compagnie de Papier Rolland Ltée v. Cité de St-Jérôme* (Qué.), 18686, leave to appeal refused with costs, 22.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Connaught Laboratories Ltd. v. The Queen* (F.C.A.), 18299, leave to appeal refused with costs, 16.2.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cordeau v. Cordeau et autre* (Qué.), 18775, leave to appeal granted, 4.6.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Cornell v. The Queen* (Ont.), 18701, leave to appeal refused, 17.5.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Corporation municipale (Paroisse St-Lin des Laurentides) v. Burns et autres* (Qué.), 18607, leave to appeal refused with costs, 17.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Crosbie Offshore Services Ltd. v. Canadian Merchant Service Guild et al.* (F.C.A.), 18256, leave to appeal refused with costs, 24.1.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Currie v. The Queen* (Ont.), 18238, leave to appeal refused, 2.2.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Cyr v. Procureur général du Québec* (Qué.), 18583, leave to appeal refused, 7.5.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Davis v. The Queen* (Ont.), 18572, leave to appeal refused, 25.4.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Demaria v. The Queen* (Ont.), 18748, leave to appeal refused, 22.5.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Deroy v. Société canadienne de métaux Reynolds Ltée et autre* (Qué.), 18264, leave to appeal refused, 16.2.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Derrickson v. Derrickson* (B.C.), 18712, leave to appeal granted, 4.6.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Dingman v. Francis et al.* (Ont.), 18272, leave to appeal refused with costs, 2.2.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dome Petroleum Ltd. v. Government of Saskatchewan* (Sask.), 18532, leave to appeal refused with costs, 8.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Donolo (Louis) Inc. v. Canadian International Comstock Co. Ltd.* (Qué.), 18689, leave to appeal refused with costs, 7.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dreer v. Shane et al.* (N.S.), 18305, leave to appeal refused with costs, 6.2.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Druker, syndic à la faillite Collerette v. Collerette* (Qué.), 18506, leave to appeal refused with costs, 3.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dubois v. The Queen* (Alta.), 18608, leave to appeal granted, 24.4.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Elliott v. Freisen et al.* (Ont.), 18488, leave to appeal refused with costs, 3.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Elsom v. Elsom* (B.C.), 18297, leave to appeal refused with costs, 6.2.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Entreprises Kato Inc. (formerly Plastic Maska Inc.) et al. v. Deputy Minister of National Revenue (Customs and Excise)* (F.C.A.), 18313, leave to appeal refused with costs, 5.3.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Ewasiuk (Estate Roy Magnowski) v. Pushka et al.* (Man.), 18792, leave to appeal refused with costs, 19.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Farwaha (Paramjit Singh) v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 18812, leave to appeal refused, 18.6.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Fimognairi v. The Queen* (B.C.), 18195, leave to appeal refused, 16.2.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Frank-N-Stein Franchises Ltd. v. Communauté urbaine de Montréal* (Qué.), 18694, leave to appeal refused with costs, 7.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fredrikson v. Neilson* (B.C.), 18308, leave to appeal refused with costs, 6.2.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fuller Co. v. J. Friedman Receivers and Trustees Ltd.* (Ont.), 18345, leave to appeal refused with costs, 20.2.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- G.S.A. Management Inc. v. Stern* (Qué.), 18399, leave to appeal refused with costs, 19.3.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gaz Métropolitain Inc. v. Société nationale de fiducie et autre* (Qué.), 18584, leave to appeal refused with costs, 24.4.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Georgovich v. The Queen* (Ont.), 18757, leave to appeal refused, 7.6.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Gill (Charanjit Singh) v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 18207, leave to appeal granted, 16.2.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Gindis v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 18809, leave to appeal refused, 18.6.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Giouroukos v. Cadillac Fairview Corp. Ltd. et al.* (Ont.), 18182, leave to appeal granted, 8.3.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Godfrey v. The Queen* (Man.), 18477, leave to appeal refused, 17.5.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Grosse v. The Queen* (N.S.), 18180, leave to appeal refused, 24.1.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Guaranty Trust Co. of Canada v. Rogers et al.* (B.C.), 18529, leave to appeal refused with costs, 3.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Guardian Insurance Co. of Canada v. Short* (N.S.), 18406, leave to appeal refused with costs, 19.3.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Halifax Insurance Co. et al. v. Ghomtmeh Holdings Ltd. et al.* (Ont.), 18671, leave to appeal refused with costs, 17.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hall v. The Queen* (Ont.), 18302, leave to appeal refused, 8.3.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Hare's Cartage Ltd. operating as Neepawa Truck Service et al. v. Gardewine and Sons Ltd.* (Man.), 18490, leave to appeal refused with costs, 3.4.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Haseloh v. The Queen* (Sask.), 18360, leave to appeal refused, 8.3.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Hayward et al. v. Mellick et al.* (Ont.), 18620, leave to appeal granted, 17.5.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Heemskerk v. The Queen* (Alta.), 18731, leave to appeal refused, 22.5.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Henry v. The Queen* (B.C.), 18295, leave to appeal refused, 24.4.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Hunter v. The Queen* (Ont.), 18296, leave to appeal refused, 2.4.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Hunterline Trucking Ltd. v. Alberta Motor Transport Board* (Alta.), 18672, leave to appeal refused with costs, 7.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hydro-Québec v. Boyer et autre* (Qué.), 18247, leave to appeal refused with costs, 25.1.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Iannone (P.) Inc. v. Ville de Montréal et autre* (Qué.), 18616, leave to appeal refused with costs, 17.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.



- Immeubles Alliance, Ltée v. Téléglobe Canada* (Qué.), 18619, leave to appeal refused with costs, 25.4.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Immeubles Trans-Québec Inc. v. Communauté urbaine de Montréal et autre* (Qué.), 18598, leave to appeal refused with costs, 24.4.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Indrani v. Minister of Employment & Immigration* (F.C.A.), 18235, leave to appeal granted, 16.2.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Ironchild v. The Queen* (Sask.), 18447, leave to appeal refused, 2.4.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Jafri v. Public Service Commission Appeal Board of Canada* (F.C.A.), 18518, leave to appeal refused with costs, 17.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jakobauwskas et Biega v. Procureur général du Québec* (Qué.), 18611, leave to appeal refused with costs, 25.4.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jean Baillargeon Inc. v. Céramique Faggion Inc.* (Qué.), 18322, leave to appeal refused with costs, 20.2.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Joe alias Chow v. Joe alias Chow* (Ont.), 18784, leave to appeal refused with costs, 19.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Johnson v. Eaton/Bay Life Assurance Co.* (Ont.), 18727, leave to appeal refused, 4.6.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Jupp v. Nastic* (Ont.), 18783, leave to appeal refused with costs, 19.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kernaghan v. The Queen* (Ont.), 18413, leave to appeal refused, 2.4.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Kernel Farms Ltd. et al. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (Ont.), 18724, leave to appeal refused with costs, 22.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kingsland v. The Queen* (Sask.), 18693, leave to appeal refused, 8.5.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Kirkpatrick v. Corporation of the District of Maple Ridge* (B.C.), 18375, leave to appeal granted, 3.5.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Konechny v. The Queen* (B.C.), 18432, leave to appeal refused, 2.4.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Kozub v. Timko* (Ont.), 18795, leave to appeal refused with costs, 19.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kucharczyk v. Warkentin et al.* (Man.), 18315, leave to appeal refused with costs, 6.2.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kumar v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 18816, leave to appeal refused, 18.6.84, autorisation de pourvoi refusée.
- L'Heureux v. Deshaye et al.* (Sask.), 18273, leave to appeal refused, 16.2.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Laberge v. The Queen* (Alta.), 18266, leave to appeal refused, 24.1.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Landry v. The Queen* (P.E.I.), 18739, leave to appeal refused, 18.6.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Latrémouille v. Conseil canadien des relations du travail, Union des artistes* (F.C.A.), 18445, leave to appeal refused, 2.4.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Lauzon v. La Reine* (Qué.), 17949, leave to appeal refused, 2.2.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Law Society of British Columbia v. Donald* (B.C.), 18348, leave to appeal refused, 3.5.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Lebbad v. Commission d'appel de l'Assurance chômage* (F.C.A.), 18728, leave to appeal refused with costs, 7.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Legault v. La Reine* (Qué.), 18412, leave to appeal refused, 3.5.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Leslie et al. v. Board of Police Commissioners of Weyburn et al.* (Sask.), 18797, leave to appeal refused with costs, 18.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Lester v. Lester et al.* (Ont.), 18766, leave to appeal refused, 4.6.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Libman v. The Queen* (Ont.), 18381, leave to appeal granted, 2.4.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Lilley v. The Queen* (Alta.), 18721, leave to appeal refused, 18.6.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Lucas v. The Queen* (Ont.), 18090, leave to appeal refused, 2.2.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Lyons v. The Queen* (Ont.), 18200, leave to appeal refused, 16.2.84, autorisation de pourvoi refusée.
- MacMillan Bloedel Ltd. v. Appeal Board appointed by Order-in-Council 2058-1981 under s. 156 of the Forest Act, et al.* (B.C.), 18659, leave to appeal refused with costs, 17.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Maisons de Qualité V. Pasquini Ltée v. Fédération de Montréal des Caisses Desjardins* (Qué.), 18294, leave to appeal refused with costs, 6.2.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Malone v. The Queen* (Ont.), 18591, leave to appeal refused, 25.4.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Mann (Paramjit Singh) v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 17952, leave to appeal granted, 16.2.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Marks v. Marks* (Man.), 18790, leave to appeal refused with costs, 19.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mazurek v. The Queen* (B.C.), 18239, leave to appeal refused, 24.01.84, autorisation de pourvoi refusée.
- McLaren v. The Queen* (Ont.), 18320, leave to appeal refused, 20.2.84, autorisation de pourvoi refusée.
- McMillan v. McMillan* (Ont.), 18374, leave to appeal refused with costs, 5.3.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Metcalf v. The Queen* (B.C.), 18528, leave to appeal refused, 2.4.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Milanese v. Taylor, Brazzекk, McCaffrey et al.* (Man.), 18798, leave to appeal refused, 19.6.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Minister of National Revenue v. Shell Canada Resources Ltd.* (F.C.A.), 18517, leave to appeal refused with costs, 2.4.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Montréal (Ville de) v. Bonhomme et autre* (Qué.), 18699, leave to appeal refused with costs, 7.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Montréal (Ville de) v. Dorchester Commerce Realty Ltd. et autres* (Qué.), 18822, leave to appeal refused with costs, 21.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Moreau v. Ville de Dolbeau et autres* (Qué.), 18734, leave to appeal refused, 22.5.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Morisset v. La Reine* (Qué.), 17817, leave to appeal refused, 8.3.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Morrison et al. v. Rogers et al.* (B.C.), 18531, leave to appeal refused with costs, 3.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Motor Transport Board of Manitoba et al. v. Gardewine and Sons Ltd.* (Man.), 18489, leave to appeal refused with costs, 3.4.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mundi (Ranjit Singh) v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 18814, leave to appeal refused, 18.6.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Municipal District of Acadia No. 34 v. Canadian National Railway Co.* (F.C.A.), 18437, leave to appeal refused with costs, 19.3.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Munro v. The Queen* (Ont.), 18747, leave to appeal refused, 7.6.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Mutual of Omaha Insurance Co. v. Johnson* (Ont.), 18723, leave to appeal refused with costs, 22.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Natomas of Canada Ltd. (doing business as Premium Oil Co.) v. Song et al.* (Ont.), 18476, leave to appeal refused with costs, 25.4.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Neith (Estate Luise Neith) v. Jacob (Estate Karl Jacob)* (Sask.), 18772, leave to appeal refused with costs, 4.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Newall et al. v. The Queen* (B.C.), 18578, leave to appeal refused, 24.4.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Nicholson v. The Queen* (Alta.), 18833, leave to appeal refused, 18.6.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Nickerson (H.B.) & Sons Ltd. v. Insurance Co. of North America et al.* (F.C.A.), 18176, leave to appeal refused with costs, 16.2.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nixon v. The Queen in Right of Canada* (Ont.), 18663, leave to appeal refused, 17.5.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Novic v. Novic* (Ont.), 18321, leave to appeal refused with costs, 2.4.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ocelot Industries Ltd. v. Mitsui & Co., Ltd.* (Alta.), 18730, leave to appeal refused with costs, 22.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Office municipal d'habitation de Notre-Dame du Lac v. Compagnie d'assurance La Fidélité du Canada et autre* (Qué.), 18610, leave to appeal refused with costs, 3.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ontario Board of Censors v. Ontario Film and Video Appreciation Society* (Ont.), 18460, leave to appeal granted with costs, 3.4.84, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Orr v. La Reine* (Qué.), 18310, leave to appeal refused, 6.2.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Pacific Western Airlines v. International Association of Machinists and Aerospace Workers* (Man.), 18189, leave to appeal refused with costs, 24.1.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Papineau et Dufour Ltée v. Union des bûcherons et employés de scieries, section locale 2399 et autres* (Qué.), 18199, leave to appeal refused with costs, 25.1.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pascal v. Procureur Général du Québec et autre* (Qué.), 18127, leave to appeal refused with costs, 2.2.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pastway et al. v. Bank of Nova Scotia* (Ont.), 18263, leave to appeal refused with costs, 2.2.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pearce v. The Queen* (Ont.), 17593, notice of discontinuance filed, 19.6.84, avis de désistement produit.
- Pierce v. The Queen* (N.S.), 18560, leave to appeal refused, 3.5.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Pizzurro et al. v. The Queen* (Ont.), 18590, leave to appeal refused, 30.4.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Place Desjardins v. Communauté urbaine de Montréal et autre* (Qué.), 18599, leave to appeal refused with costs, 24.4.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pole Lite Ltée v. Banque Provinciale du Canada et autres* (Qué.), 18587, leave to appeal refused with costs, 3.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Posener v. Posener* (B.C.), 18380, leave to appeal refused, 24.4.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Probe v. The Queen* (Sask.) 18507, leave to appeal refused, 2.4.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Procureur général du Canada v. Loto-Québec et autre* (Qué.), 18212, leave to appeal granted, 8.3.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Procureur général du Québec v. F. H. Hayhurst Co. Ltd. et autres* (Qué.), 18692, leave to appeal refused with costs, 17.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Procureur général du Québec v. Gelberg* (Qué.), 18250, leave to appeal refused, 6.2.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Procureur général du Québec v. Tribunal de l'Expropriation et autres* (Qué.), 18359, leave to appeal granted, 8.3.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Proulx v. Children's Aid Society of Prescott and Russell* (Ont.), 18346, leave to appeal refused, 20.2.84, autorisation de pourvoi refusée.

- Public Utilities Commission of Prince Edward Island v. Town of Summerside et al.* (P.E.I.), 18698, leave to appeal refused with costs, 17.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Bourque* (N.B.), 18581, leave to appeal refused, 3.5.84, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Consumers' Gas Co. Ltd.* (F.C.A.), 18377, leave to appeal refused with costs, 5.3.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.* (B.C.), 18526, leave to appeal granted, 3.5.84, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. John* (Ont.), 18292, leave to appeal granted, 20.2.84, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. MacMillan Bloedel Ltd.* (B.C.), 18463, leave to appeal refused, 3.5.84, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Manninen* (Ont.), 18505, leave to appeal granted, 3.5.84, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Mannion* (Alta.), 18621, leave to appeal granted, 7.6.84, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Parnell* (Ont.), 18300, leave to appeal refused, 7.2.84, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Prince* (Man.), 18223, leave to appeal granted, 16.2.84, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Rendle* (Ont.), 18436, leave to appeal refused, 17.5.84, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Ringland* (Alta.), 18586, leave to appeal refused, 17.5.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Rahn v. The Queen* (Alta.), 18376, leave to appeal granted, 5.3.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Rajovic v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (Ont.), 18415, leave to appeal refused, 19.3.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon Inc. v. Ketra Uebersee Transport GMBH & Co. KG. et autres* (Qué.), 18236, leave to appeal refused with costs, 16.2.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580, et al. v. Dolphin Delivery Ltd.* (B.C.), 18720, leave to appeal granted, 22.5.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Richard v. The Queen* (Ont.), 18301, leave to appeal refused, 7.2.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Robert McAlpine Ltd. v. Caribou Construction Inc.* (Qué.), 18230, leave to appeal refused with costs, 25.1.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rodier et autre v. Banque Nationale du Canada* (Qué.), 18782, leave to appeal refused with costs, 4.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rosenbaum v. Law Society of Manitoba* (Man.), 18341, leave to appeal refused, 3.5.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Ross v. Children's Aid Society of Winnipeg et al.* (Man.), 18382, leave to appeal refused, 5.3.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Ross v. Ross et al.* (Man.), 18451, leave to appeal refused with costs, 3.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rousseau v. Boucher* (Qué.), 18733, leave to appeal refused with costs, 21.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Royal Bank of Canada v. J.I. Case Canada Inc.* (Man.), 18705, leave to appeal refused with costs, 22.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Royal Bank of Canada et al. v. The Queen* (Alta.), 18632, leave to appeal refused, 24.4.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Royal Trustco Ltd. et al. v. Sparling* (Ont.), 18597, leave to appeal granted, 24.4.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Sahaidak et al. v. Clarkson Co. Ltd.* (Ont.), 18188, leave to appeal refused with costs, 25.1.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Saint-Hubert (Ville de) v. Service sanitaire de la Rive-Sud Inc.* (Qué.), 18774, leave to appeal refused with costs, 4.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Saucier v. La Reine* (Qué.), 18770, leave to appeal refused, 18.6.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Savoie v. Roy* (Qué.), 18267, leave to appeal refused with costs, 25.1.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Schmidt v. The Queen* (Ont.), 18343, leave to appeal granted, 17.5.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Schneider v. The Queen* (B.C.), 18629, leave to appeal refused, 24.4.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Schwartz v. The Queen* (Man.), 18401, leave to appeal granted, 5.3.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Shayne v. La Reine* (Qué.), 18749, leave to appeal refused, 18.6.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Sheskay et autre v. General Accident Assurance Co. of Canada et autres* (Qué.), 18443, leave to appeal refused with costs, 25.4.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ship 'Har Rai' v. Marlex Petroleum, Inc. et al.* (F.C.A.), 18595, leave to appeal granted, 3.5.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Singh (Balwinder) v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 17926, notice of discontinuance filed, 12.4.84, avis de désistement produit.
- Singh (Harbhajan) v. Minister of Employment & Immigration* (F.C.A.), 18209, leave to appeal granted, 16.2.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Singh (Kewal) v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 17898, leave to appeal granted, 16.2.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Singh (Malkiat) v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 18697, leave to appeal refused, 18.6.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Singh (Sampuran) v. Jain* (Ont.), 18638, leave to appeal refused with costs, 25.4.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Singh (Satnam) v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 17904, leave to appeal granted, 16.2.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Singh (Tersem) v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 18815, leave to appeal refused, 18.6.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Smith v. Banque Mercantile du Canada* (Qué.), 18717, leave to appeal refused with costs, 7.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Smith v. The Queen* (B.C.), 18561, leave to appeal granted, 24.4.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Smith v. United States of America on behalf of the State of California* (Ont.), 18472, leave to appeal refused, 17.5.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Sorenson v. Minister of National Revenue (Taxation)* (Ont.), 18323, leave to appeal refused, 20.2.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Spino Construction Cie Ltée v. Communauté urbaine de Québec et autre* (Qué.), 18700, leave to appeal refused with costs, 7.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- St. Pierre et al. v. Minister of Transportation and Communications* (Ont.), 18268, leave to appeal granted, 2.2.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Storwal International Inc. v. Bohemier* (Ont.), 18350, leave to appeal refused with costs, 19.3.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Summerside (Town of) v. Maritime Electric Co. Ltd. et al.* (P.E.I.), 18562, leave to appeal refused with costs, 17.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat des employés du Commerce de Rivière-du-Loup (section Emilio Boucher) CSN et autre v. Turcotte et autre* (Qué.), 18740, leave to appeal refused with costs, 7.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Syndicat des professeurs du Collège de Lévis (FNEQ-CSN) et autre v. Thibodeau* (Qué.), 18704, leave to appeal refused with costs, 7.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de l'Outaouais (CSN) v. Union des employés de service, local 298 (FTQ) et autres* (Qué.), 18609, leave to appeal granted, 17.5.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Taylor v. Municipality of Metropolitan Toronto et al.* (Ont.), 18319, leave to appeal refused, 5.3.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Taylor v. Toronto Sun Publishing Ltd.* (Ont.), 18318, leave to appeal refused, 5.3.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Thandi (Sadhu Singh) v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.), 17997, leave to appeal granted, 16.2.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Théberge et al. v. Ville de Métabetchouan et autre* (Qué.), 18458, leave to appeal granted, 17.5.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Tontarelli v. The Queen* (B.C.), 18049, leave to appeal refused, 16.2.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Touche Ross Ltd. et al. v. The Queen* (Alta.), 18633, leave to appeal refused, 24.4.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Tremblay v. Caisse Populaire de Coaticook et autre* (Qué.), 18741, leave to appeal refused with costs, 22.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Trotchie v. The Queen* (Alta.), 17463, leave to appeal refused, 18.6.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Turmel v. Toronto Dominion Bank* (Qué.), 18329, leave to appeal refused, 20.2.84, autorisation de pourvoi refusée.
- United Nurses of Alberta, Local Number 1, Calgary, et al. v. Calgary General Hospital* (Alta.), 18219, leave to appeal refused with costs, 2.2.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- United Nurses of Alberta, Local Number 91, Calgary, et al. v. Bethany Care Centre* (Alta.), 18219, leave to appeal refused with costs, 2.2.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vanier v. Rioux et autres* (Qué.), 18612, leave to appeal refused with costs, 17.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vanier v. The Queen* (Ont.), 17767, leave to appeal refused, 7.2.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Villa Notre-Dame de Grâce v. Syndicat des employés de la Villa Notre-Dame de Grâce et autres* (Qué.), 18269, leave to appeal refused with costs, 16.2.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Waterloo Insurance Co. v. Zurbrigg (Estate Jeffrey Zurbrigg) et al.* (Ont.), 18104, leave to appeal refused with costs, 25.1.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Weight et al. v. Dach* (Alta.), 18796, leave to appeal refused with costs, 18.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Weissbourd et autres v. Protestant School Board of Greater Montreal et autres* (Qué.), 18725, leave to appeal granted, 7.6.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Western Stevedoring Co. Ltd. v. The Queen* (B.C.), 18670, leave to appeal refused with costs, 7.5.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Whyte v. The Queen* (B.C.), 18530, leave to appeal granted, 7.5.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Wigglesworth v. The Queen* (Sask.), 18613, leave to appeal granted, 3.5.84, autorisation de pourvoi accordée.
- Woods v. The Queen* (Alta.), 18050, leave to appeal refused, 8.3.84, autorisation de pourvoi refusée.
- Zen v. Alberta Opportunity Co.* (B.C.), 18660, leave to appeal refused with costs, 4.6.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ziegler et al. v. Hunter et al.* (F.C.A.), 18243, leave to appeal refused with costs, 8.3.84, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Zurbilo v. The Queen* (Ont.), 18706, leave to appeal refused, 22.5.84, autorisation de pourvoi refusée.

## TABLE OF JUDGMENTS

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>F</b>	
Ancio, R. v. ....	225	Fabrique de la paroisse St-Philippe d'Arvida v. Desgagné <i>et al.</i> .....	19
Association des employés de La Laurentienne v. Carrier <i>et al.</i> .....	176	Fabrique de la paroisse St-Philippe d'Arvida, Desgagné v. ....	19
		Farr v. Farr .....	252
		Fording Coal Ltd., Telecommunications Workers' Union, Local 36, <i>et al.</i> v. ....	83
<b>B</b>			
Baugh <i>et al.</i> , Brown v. ....	192		
Beaudoin-Daigneault v. Richard .....	2	<b>G</b>	
Bibeault <i>et al.</i> v. McCaffrey .....	176	Gagnon <i>et al.</i> , Canadian Merchant Service Guild v. ....	509
British Columbia Ferry Corporation, Telecommunications Workers' Union v. ....	83	Garlow, R. v. ....	386
Brown v. Baugh <i>et al.</i> .....	192		
		<b>H</b>	
<b>C</b>		Hartel Holdings Co. Ltd. v. City of Calgary .....	337
Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon <i>et al.</i> .....	509		
Carrier <i>et al.</i> , Association des employés de La Laurentienne v. ....	176	<b>I</b>	
Carrier <i>et al.</i> , Vassart v. ....	176	Isaac, R. v. ....	74
Chiasson v. The Queen .....	266		
City of Calgary, Hartel Holdings Co. Ltd. v. ....	337	<b>J</b>	
Consumers Distributing Company Ltd. v. Seiko Time Canada Ltd. <i>et al.</i> .....	583	James Richardson & Sons, Ltd. v. Minister of National Revenue <i>et al.</i> .....	614
<b>D</b>		<b>K</b>	
Desgagné <i>et al.</i> , Fabrique de la paroisse St-Philippe d'Arvida v. ....	19	Kane v. The Queen .....	387
Desgagné v. Fabrique de la paroisse St-Philippe d'Arvida .....	19		
Droste v. The Queen .....	208		

	PAGE		PAGE
<b>L</b>			
Langlois <i>et al.</i> v. Ministère de la Justice du Québec <i>et al.</i> .....	472	Retail Clerks' International Union <i>et al.</i> , National Bank of Canada v. ....	269
Law Society of Upper Canada v. Skapinker .....	357	Richard, Beaudoin-Daigneault v. ....	2
<b>M</b>		<b>S</b>	
McCaffrey, Bibeault <i>et al.</i> v. ....	176	Seiko Time Canada Ltd. <i>et al.</i> , Consumers Distributing Company Ltd. v. ....	583
McKibbon v. The Queen .....	131	Skapinker, Law Society of Upper Canada v. ....	357
Minister of National Revenue <i>et al.</i> , James Richardson & Sons, Ltd. v. ....	614	Smith v. The Queen .....	582
Ministère de la Justice du Québec <i>et al.</i> , Langlois <i>et al.</i> v. ....	472	Stubart Investments Ltd. v. The Queen .....	536
<b>N</b>		<b>T</b>	
National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union <i>et al.</i> .....	269	Telecommunications Workers' Union v. British Columbia Ferry Corporation .....	83
<b>P</b>		Telecommunications Workers' Union, Local 36, <i>et al.</i> v. Fording Coal Ltd. ....	83
Parrot v. Thompson <i>et al.</i> .....	57	The Queen, Chiasson v. ....	266
<b>R</b>		The Queen, Droste v. ....	208
R. v. Ancio .....	225	The Queen, Kane v. ....	387
R. v. Garlow .....	386	The Queen, McKibbon v. ....	131
R. v. Isaac .....	74	The Queen, Smith v. ....	582
R. v. Wis Development Corporation Ltd. <i>et al.</i> .....	485	The Queen, Stubart Investments Ltd. v. ....	536
Reference re Newfoundland Continental Shelf .....	86	Thompson <i>et al.</i> , Parrot v. ....	57
Reference re Ownership of the Bed of the Strait of Georgia and Related Areas .....	388	<b>V</b>	
Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act .....	297	Vassart v. Carrier <i>et al.</i> .....	176
		<b>W</b>	
		Wis Development Corporation Ltd. <i>et al.</i> , R. v. ....	485



## TABLE DES JUGEMENTS

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>F</b>	
Ancio, R. c. ....	225	Fabrique de la paroisse St-Philippe d'Arvida c. Desgagné <i>et autres</i> .....	19
Association des employés de La Laurentienne c. Carrier <i>et autre</i> .....	176	Fabrique de la paroisse St-Philippe d'Arvida, Desgagné c. ....	19
		Farr c. Farr .....	252
<b>B</b>		Fording Coal Ltd., Telecommunications Workers' Union, section locale 36, <i>et autres</i> c. ....	83
Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce <i>et autre</i> .....	269	<b>G</b>	
Baugh <i>et autre</i> , Brown c. ....	192	Gagnon <i>et autre</i> , Guilde de la marine marchande du Canada c. ....	509
Beaudoin-Daigneault c. Richard .....	2	Garlow, R. c. ....	386
Bibeault <i>et autres</i> c. McCaffrey .....	176	Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon <i>et autre</i> .....	509
British Columbia Ferry Corporation, Telecommunications Workers' Union c. ....	83	<b>H</b>	
Brown c. Baugh <i>et autre</i> .....	192	Hartel Holdings Co. Ltd. c. Ville de Calgary .....	337
<b>C</b>		<b>I</b>	
Carrier <i>et autre</i> , Association des employés de La Laurentienne c. ....	176	Isaac, R. c. ....	74
Carrier <i>et autre</i> , Vassart c. ....	176	<b>J</b>	
Chiasson c. La Reine .....	266	James Richardson & Sons, Ltd. c. Ministre du Revenu national <i>et autres</i> .....	614
Consumers Distributing Company Ltd. c. Seiko Time Canada Ltd. <i>et autres</i> .....	583	<b>K</b>	
<b>D</b>		Kane c. La Reine .....	387
Desgagné <i>et autres</i> , Fabrique de la paroisse St-Philippe d'Arvida c. ....	19		
Desgagné c. Fabrique de la paroisse St-Philippe d'Arvida .....	19		
Droste c. La Reine .....	208		

	PAGE		PAGE
<b>L</b>		Richard, Beaudoin-Daigneault c. ....	2
La Reine, Chiasson c. ....	266	<b>S</b>	
La Reine, Droste c. ....	208	Seiko Time Canada Ltd. <i>et autres</i> , Consumers Distributing Company Ltd. c. ....	583
La Reine, Kane c. ....	387	Skapinker, Law Society of Upper Canada c. ....	357
La Reine, McKibbon c. ....	131	Smith c. La Reine .....	582
La Reine, Smith c. ....	582	Stubart Investments Ltd. c. La Reine.....	536
La Reine, Stubart Investments Ltd. c. ....	536	<b>T</b>	
Langlois <i>et autre</i> c. Ministère de la Justice du Québec <i>et autres</i> .....	472	Telecommunications Workers' Union c. British Columbia Ferry Corporation .....	83
Law Society of Upper Canada c. Skapinker .....	357	Telecommunications Workers' Union, section locale 36, <i>et autres</i> c. Fording Coal Ltd. ....	83
<b>M</b>		Thompson <i>et autre</i> , Parrot c. ....	57
McCaffrey, Bibeault <i>et autres</i> c. ....	176	<b>U</b>	
McKibbon c. La Reine .....	131	Union internationale des employés de commerce <i>et autre</i> , Banque Nationale du Canada c. ....	269
Ministère de la Justice du Québec <i>et autres</i> , Lan- glois <i>et autre</i> c. ....	472	<b>V</b>	
Ministre du Revenu national <i>et autres</i> , James Richardson & Sons, Ltd. c. ....	614	Vassart c. Carrier <i>et autre</i> .....	176
<b>P</b>		Ville de Calgary, Hartel Holdings Co. Ltd. c. ....	337
Parrot c. Thompson <i>et autre</i> .....	57	<b>W</b>	
<b>R</b>		Wis Development Corporation Ltd. <i>et autres</i> , R. c. ....	485
R. c. Ancio .....	225		
R. c. Garlow .....	386		
R. c. Isaac .....	74		
R. c. Wis Development Corporation Ltd. <i>et autres</i>	485		
Renvoi relatif à la propriété du lit du détroit de Géorgie et des régions avoisinantes .....	388		
Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act .....	297		
Renvoi relatif au plateau continental de Terre- Neuve .....	86		

## TABLE OF CASES CITED

## TABLE DES CAUSES CITÉES

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>A</b>		
A. G. Spalding & Bros. v. A. W. Gamage Ltd. ....	(1915), 32 R.P.C. 273 .....	603
A.M.S.S.V.M. & Co. v. State of Madras .....	(1954), A.I.R. Madras 291 .....	466
Abitibi Power and Paper Co. v. Montreal Trust Co. ....	[1943] A.C. 536 .....	325
Abu Dhabi Arbitration .....	(1952), 1 International and Comparative Law Quarterly 247 .....	121
Acklands Ltd. and Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580 .....	[1976] 1 Can LRBR 71 .....	278
Admiralty Case .....	(1611), 12 Co. Rep. 79 .....	441
Air-Care Ltd. v. United Steel Workers of America .....	[1976] 1 S.C.R. 2 .....	190
Alliance Assurance Co. v. Dominion Electric Protection Co. ....	[1970] S.C.R. 168 .....	58
Ancio v. The Queen .....	[1984] 1 S.C.R. 225 .....	218
Annakumar Pillai v. Muthupayal .....	(1904), 27 I.L.R. Madras 551 .....	466
Archambault v. Curé et marguilliers de la Paroisse de St-Charles de Lachenaie .....	(1902), 12 Que. K.B. 349 .....	40
Atinco Paper Products Ltd. v. The Queen .....	[1978] CTC 566 .....	544
Attorney-General for Manitoba v. Attorney-General for Canada .....	[1929] A.C. 260 .....	322
Attorney General of Australia v. Adelaide Steamship Co. ....	[1913] A.C. 781 .....	596
Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada .....	(1889), 14 App. Cas. 295 .....	115
Attorney-General of Canada v. Jackson .....	[1946] S.C.R. 489 .....	371
Attorney General of Quebec v. Labrecque .....	[1980] 2 S.C.R. 1057 .....	275
Authority of Parliament in Relation to the Upper House (Re) .....	[1980] 1 S.C.R. 54 .....	382
<b>B</b>		
B.C. Power Corporation v. Attorney General of British Columbia ....	(1963), 44 W.W.R. 65 .....	320
Bachiu v. United Steelworkers of America, Local 1005 .....	[1975] O.L.R.B. Rep. 919 .....	521
Baird v. Local 647, International Brotherhood of Teamsters .....	[1972] O.L.R.B. Rep. 240 .....	521
Bateman v. Bateman .....	(1981), 22 R.F.L. (2d) 384 .....	263
Beaudoin-Daigneault v. Richard .....	[1984] 1 S.C.R. 2 .....	535
Beauharnois Light, Heat and Power Co. v. Hydro-Electric Power Commission of Ontario .....	[1937] O.R. 796 .....	328
Bécotte v. Syndicat canadien de la fonction publique, local 301 .....	[1979] T.T. 231 .....	521

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Berkey v. Third Avenue Railway Co. ....	244 N.Y. 84 (1926) .....	555
Bollinger v. Costa Brava Wine Co. (No. 1).....	[1959] 3 All E.R. 800 .....	603
Bollinger v. Costa Brava Wine Co. (No. 2).....	[1961] 1 All E.R. 561 .....	603
Bonser v. La Macchia.....	(1969), 122 C.L.R. 177 .....	439
Boulay v. Fraternité des policiers de la communauté urbaine de Montréal Inc.....	[1978] T.T. 319.....	521
Bradford (Borough of) v. Pickles.....	[1895] A.C. 587 .....	552
Bridgeland-Riverside Community Association v. Calgary.....	(1982), 18 M.P.L.R. 180 .....	351
British Coal Corporation v. The King.....	[1935] A.C. 500 .....	365
Brodie v. The King.....	[1936] S.C.R. 188 .....	491
Brodie v. The Queen .....	[1962] S.C.R. 681.....	372
Brotherhood of Railroad Trainmen v. Baltimore & O. R. Co.....	67 S.Ct. 1387 (1947) .....	375

## C

Canada Labour Relations Board v. Halifax Longshoremen's Asso- ciation; Canada Labour Relations Board v. Local 1764 of the International Longshoremen's Association.....	[1983] 1 S.C.R. 245 .....	290
Canada Labour Relations Board v. Transair Ltd.....	[1977] 1 S.C.R. 722 .....	190
Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada .....	[1962] S.C.R. 729 .....	618
Canadian Electric Light Co. v. Pringle.....	(1920), 29 Que. K.B. 26 .....	46
Canadian Indemnity Co. v. Attorney-General of British Columbia ...	[1977] 2 S.C.R. 504 .....	323
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation .....	[1979] 2 S.C.R. 227 .....	184, 277
Carbonneau v. Godbout .....	(1920), 31 Que. K.B. 69 .....	66
Cellular Clothing Co. v. Maxton & Murray.....	[1899] A.C. 326 .....	601
Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan .....	[1979] 1 S.C.R. 42.....	334
Chevalier v. Thompkins.....	(1915), 48 C.S. 53 .....	52
Chrumka v. Calgary Development Appeal Board .....	(1981), 18 M.P.L.R. 95 .....	347
Commission des relations de travail du Québec v. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et tuyauterie des États-Unis et du Canada .....	[1969] S.C.R. 466.....	275
Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Co.....	[1981] T.R. 535 .....	559
Commonwealth v. Peters.....	53 Mass. 387 (1847) .....	445
Connell v. Minister of National Revenue .....	[1946] Ex.C.R. 562 .....	372
Construction St-Hilaire Ltée v. Michaud.....	[1975] C.S. 651 .....	35
Côté v. McKinnon.....	[1959] Que. Q.B. 272 .....	67
Courchesne v. Syndicat des travailleurs de la corporation de batte- ries Cegelec (CBC) de Louiseville (CSN).....	[1978] T.T. 328.....	521
Credit-Foncier Franco-Canadien v. Ross .....	[1937] 3 D.L.R. 365 .....	328
Cridland v. Commissioner of Taxation (Cth) .....	(1978), 52 A.L.J.R. 96 .....	556
Criminal Code (Re).....	(1910), 43 S.C.R. 434 .....	145, 162
Croft v. Dunphy .....	[1933] A.C. 156 .....	100
Curr v. The Queen .....	[1972] S.C.R. 889.....	366

## D

Day v. Victoria .....	[1938] 4 D.L.R. 345 .....	331
-----------------------	---------------------------	-----

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Demers v. Montreal Steam Laundry Co.....	(1897), 27 S.C.R. 537.....	8
Desgagné v. Fabrique de Saint-Philippe d'Arvida; Fabrique de Saint-Philippe d'Arvida v. Desgagné.....	[1984] 1 S.C.R. 19.....	535
Direct United States Cable Co. v. Anglo-American Telegraph Co. ...	(1877), 2 App. Cas. 394.....	431
Director of Public Prosecutions v. Schildkamp.....	[1971] A.C. 1.....	373
Doerner v. Bliss & Laughlin Industries Inc. ....	[1980] 2 S.C.R. 865.....	8
Dominion Bridge Co. v. The Queen.....	75 DTC 5150.....	565
Domkraft Ltée v. Syndicat national des travailleurs de papier façonné d'East Angus.....	[1980] T.T. 69.....	279
Donolo Inc. v. St-Michel Realities Inc.....	[1971] C.A. 536.....	35
Dorval v. Bouvier.....	[1968] S.C.R. 288.....	8, 535
Doyle v. The Queen.....	[1977] 1 S.C.R. 597.....	159
Draper v. Trist.....	[1939] 3 All E.R. 513.....	606
Duham v. Lamphere.....	69 Mass. 268 (1855).....	445

## E

Ead v. The King.....	(1908), 40 S.C.R. 272.....	498
Eastern Counties Railway v. Marriage.....	(1860), 9 H.L.Cas. 31.....	372
Edwards v. Attorney-General for Canada.....	[1930] A.C. 124.....	365
Effie Brady (Re).....	(1913), 21 C.C.C. 123.....	497
Ellens v. Service Employees' Union, Local 204.....	[1972] O.L.R.B. Rep. 770.....	521
Entreprises de nettoyage d'édifices Ltée v. Union des employés de service local 298, C.T.C.-F.T.Q.....	[1974] S.A.G. 2139.....	479
Erven Warnink BV v. J. Townend & Sons (Hull) Ltd.....	[1979] 2 All E.R. 927.....	597
Evenson v. Evenson.....	(1980), 4 Sask. R. 47.....	256

## F

"Fagernes" (The).....	[1927] P. 311.....	443
"Fame" (The).....	8 Fed. Cas. 984 (1822).....	469
Fisher (Re).....	(1905), 9 C.C.C. 451.....	495
Fisher v. Pemberton.....	(1969), 8 D.L.R. (3d) 521.....	522
Foreign Power Securities Corp. v. Minister of National Revenue.....	66 DTC 5012.....	575
Furniss (Inspector of Taxes) v. Dawson.....	[1984] 1 All E.R. 530.....	561
FA and AB Ltd. v. Lupton (Inspector of Taxes).....	[1971] 3 All E.R. 948.....	561

## G

Gagnon v. Gauthier.....	[1958] Que. Q.B. 401.....	535
Gauthier v. Séguin.....	[1969] Que. Q.B. 913.....	30
General Motors of Canada Ltd. v. Brunet.....	[1977] 2 S.C.R. 537.....	512
Gingras v. Cité de Québec.....	[1948] Que. K.B. 171.....	30
Godin v. Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, local 2533.....	[1979] T.T. 157.....	521
Goldstein v. Commissioner of Internal Revenue.....	364 F.2d 734 (1966).....	555
"Grace" (The).....	(1894), 4 Ex. C.R. 283.....	469

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Great West Saddlery Co. v. The King .....	[1921] 2 A.C. 91 .....	321
Greenberg v. Commissioners of Inland Revenue .....	(1971), 47 T.C. 240 .....	560
Gregory v. Helvering, Commissioner of Internal Revenue .....	293 U.S. 465 (1934) .....	552
Guérard v. Travailleurs canadiens de l'alimentation et d'autres industries, local 748 .....	[1980] T.T. 420 .....	521
<b>H</b>		
Harris v. Owners of "Franconia" .....	(1877), 2 C.P.D. 173 .....	429
Hatem v. The King .....	(1927), 49 C.C.C. 164 .....	497
Hauff v. Vancouver (City of) .....	(1980), 12 M.P.L.R. 125 .....	355
Hill-Clarke-Francis, Ltd. v. Northland Groceries (Quebec) Ltd. ....	(1940), 69 Que. K.B. 281 aff'd [1941] S.C.R. 437 .....	35, 36
Hôpital Laval Ltée v. Roberge .....	[1942] C.S. 166 .....	44
Hubert v. Syndicat (unité) des policiers pompiers de la Ville de Nicolet .....	[1980] T.T. 302 .....	521
Hughes Boat Works Inc. and International Union, United Automobile, Aerospace, Agricultural & Implement Workers of America (UAW) Local 1620 (Re) .....	(1979), 102 D.L.R. (3d) 661 .....	276
<b>I</b>		
Inland Revenue Commissioners v. Brebner .....	[1967] 1 All E.R. 779 .....	568
Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster .....	[1936] A.C. 1 .....	540, 552
Inland Revenue Commissioners v. Muller & Co.'s Margarine, Ltd. ...	[1901] A.C. 217 .....	606
International Association of Machinists v. Genaire Ltd. ....	(1958), 18 D.L.R. (2d) 588 .....	190
Interprovincial Co-operatives Ltd. v. Dryden Chemicals Ltd. ....	[1976] 1 S.C.R. 477 .....	103
<b>J</b>		
J. G. Fitzpatrick Ltd. v. Brett .....	[1969] C.S. 144 .....	59
Jacmain v. Attorney General of Canada .....	[1978] 2 S.C.R. 15 .....	480
Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor .....	[1981] 2 S.C.R. 2 .....	8
Jarvis v. Associated Medical Services Inc. ....	[1964] S.C.R. 497 .....	275
John Deere Plow Co. v. Wharton .....	[1915] A.C. 330 .....	321
Johnson v. Johnson .....	(1981), 22 R.F.L. (2d) 262 .....	263
Johnson v. The Queen .....	[1975] 2 S.C.R. 160 .....	372
<b>K</b>		
Kienapple v. The Queen .....	[1975] 1 S.C.R. 729 .....	493
Kipling's Prohibition Application; Re Juvenile Delinquents Act (Re) .....	(1961), 36 W.W.R. 273 .....	502
Knetsch v. United States .....	364 U.S. 361 (1960) .....	553
Kocin v. United States .....	187 F.2d 707 (1951) .....	555

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>L</b>		
Labour Relations Board of New Brunswick v. Eastern Bakeries Ltd.	[1961] S.C.R. 72	190
Labour Relations Board of Saskatchewan v. Dominion Fire Brick and Clay Products Ltd.	[1947] S.C.R. 336	190
Ladore v. Bennett	[1939] A.C. 468	330
Lagacé v. Minister of National Revenue	[1968] 2 Ex. C.R. 98	564
Lajoie v. The Queen	[1974] S.C.R. 399	227
Lakeview Motors Ltd. v. The Queen (Re)	(1982), 66 C.C.C. (2d) 475	507
Latour v. Grenier	[1945] S.C.R. 749	9
Laverdière v. Dorval	[1955] Que. Q.B. 367	35
Lemariier v. Corporation de Sainte-Angèle	(1920), 26 R. de J. 317	41
Levene v. Inland Revenue Commissioners	[1928] A.C. 217	577
Lewis v. Todd and McClure	[1980] 2 S.C.R. 694	8
Liverpool & London & Globe Ins. Co. v. Canadian General Electric Co.	[1981] 1 S.C.R. 600	8
Lloyds Bank Ltd. v. Secretary of State for Employment	[1979] 2 All E.R. 573	374
Lumbers v. Minister of National Revenue	(1943), 2 DTC 631, aff'd [1944] S.C.R. 167	577
Lymburn v. Mayland	[1932] A.C. 318	322
<b>M</b>		
M'Culloch v. State of Maryland	17 U.S. (4 Wheaton's) 316 (1819)	368
MacDonald v. The Queen	(1952), 14 C.R. 387	501
MacLeod v. Attorney-General for New South Wales	[1891] A.C. 455	99
Mahler v. Norwich and New York Transportation Co.	35 N.Y. 352 (1866)	443
Malartic Hygrade Gold Mines Ltd. v. The Queen in Right of Quebec	[1982] C.S. 1147, 142 D.L.R. (3d) 512	381
Manchester v. Massachusetts	139 U.S. 240 (1891)	466
Manley v. The People	7 N.Y. 295 (1852)	445
Marbury v. Madison	5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)	367
Massey-Ferguson Ltd. v. The Queen	[1977] 1 F.C. 760	567
McMeekin v. Daoust	[1947] C.S. 216	52
Métivier v. Cadorette	[1977] 1 S.C.R. 371	9
Millington v. Fox	(1838), 3 M. & Cr. 338	601
Minister of National Revenue v. Cameron	[1974] S.C.R. 1062	539, 572
Minister of National Revenue v. Leon	[1977] 1 F.C. 249	540, 566
Minister of National Revenue v. Shields	[1963] Ex. C.R. 91	539
Morgan v. Attorney General of Prince Edward Island	[1976] 2 S.C.R. 349	323
Morris v. The Queen	[1979] 1 S.C.R. 405	196, 205
Morris Motors, Ltd. v. Lilley	[1959] 3 All E.R. 737	607
Mortensen v. Peters	(1906), 14 S.L.T. 227	440
<b>N</b>		
Nadan v. The King	[1926] A.C. 482	100
New South Wales v. Commonwealth of Australia	(1975), 135 C.L.R. 337	127, 417, 455

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co. ....	[1894] A.C. 535 .....	595
North Sea Continental Shelf .....	Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3 .....	96
Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton .....	[1979] 1 S.C.R. 684 .....	190
<b>O</b>		
Ottawa Valley Power Co. v. Hydro-Electric Power Commission.....	[1937] O.R. 265 .....	328
<b>P</b>		
Parkhill Bedding & Furniture Ltd. v. International Molders & Foundry Workers Union of North America, Local 174.....	(1961), 26 D.L.R. (2d) 589 .....	275
Partington v. Attorney-General .....	(1869), L.R. 4 H.L. 100 .....	577
Pelletier v. Shykofsky .....	[1957] S.C.R. 635 .....	8
Perry v. Truefitt .....	(1842), 49 E.R. 749 .....	601
Post Office v. Estuary Radio Ltd. ....	[1968] 2 Q.B. 740 .....	430
Prayda v. Prayda .....	(1982), 20 Sask. R. 442 .....	263
Pretty v. Solly .....	(1859), 53 E.R. 1032 .....	621
Produits LDG Products Inc. v. The Queen.....	76 DTC 6344 .....	570
“Public Opinion” (The).....	(1832), 2 Hag. Adm. 398 .....	463
<b>R</b>		
R. v. A.N. ....	(1978), 39 C.C.C. (2d) 329 aff'g [1977] 5 W.W.R. 549 .....	195
R. v. Adduono .....	[1940] O.R. 184 .....	501
R. v. Annunziello .....	(1948), 6 C.R. 330 .....	501
R. v. Arcadia Coal Co. ....	[1932] 1 W.W.R. 771 .....	324
R. v. Armstrong .....	(1916), 26 C.C.C. 151 .....	497
R. v. Aulik .....	(1968), 64 W.W.R. 65 .....	503
R. v. B & B Stone Ltd. (No. 2) .....	(1977), 34 C.C.C. (2d) 464 .....	508
R. v. Bainbridge .....	(1917), 30 C.C.C. 214 .....	497
R. v. Beaudry .....	[1967] 1 C.C.C. 272 .....	151
R. v. Beckwith .....	(1903), 7 C.C.C. 450 .....	497
R. v. Bengert (No. 5) .....	(1980), 53 C.C.C. (2d) 481 .....	506
R. v. Biernacki .....	(1962), 37 C.R. 226 .....	151
R. v. Brooks .....	[1951] O.W.N. 513 .....	501
R. v. Bruce .....	(1812), 168 E.R. 782 .....	423
R. v. Buck .....	(1932), 57 C.C.C. 290 .....	503
R. v. Burt .....	(1932), 5 M.P.R. 112 .....	405, 452
R. v. Cameron .....	(1898), 2 C.C.C. 173 .....	498
R. v. Canada Labour Relations Board, Ex parte Martin .....	[1966] 2 O.R. 684 .....	288
R. v. Canadian Pacific Ltd. ....	(1976), 32 C.C.C. (2d) 14 .....	508
R. v. Chabot .....	[1980] 2 S.C.R. 985 .....	133
R. v. Clark .....	(1977), 35 C.C.C. (2d) 319 .....	196, 205
R. v. Cline .....	(1956), 115 C.C.C. 18 .....	247
R. v. Container Materials Ltd. ....	[1939] 4 D.L.R. 387 .....	501
R. v. Cruz .....	(1978), 45 C.C.C. (2d) 255 .....	502



NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Cunningham.....	(1859), Bell C. C. 72 .....	433
R. v. D.G.....	(1978), 45 C.C.C. (2d) 157 .....	195, 203
R. v. Desjardins.....	(1919), 45 C.C.C. 100 .....	497
R. v. Duff (No. 2).....	(1909), 15 C.C.C. 454 .....	145
R. v. Dwyer.....	(1976), 38 C.R.N.S. 129 .....	164
R. v. Dwyer and Lauzon.....	(1978), 42 C.C.C. (2d) 83.....	136
R. v. Farrant.....	[1983] 1 S.C.R. 124 .....	218, 223
R. v. Flannery.....	[1923] 3 W.W.R. 97 .....	235
R. v. Ford; R. v. Gilkey .....	(1956), 115 C.C.C. 113 .....	424
R. v. France.....	(1898), 1 C.C.C. 321 .....	495
R. v. G & P International News Ltd. and Judd.....	(1973), 12 C.C.C. (2d) 169 .....	136
R. v. Goodfellow.....	(1906), 10 C.C.C. 424 .....	497
R. v. Griss.....	[1936] O.R. 604.....	501
R. v. Gross.....	(1913), 23 Cox C.C. 455 .....	214
R. v. Hamilton.....	(1898), 2 C.C.C. 178 .....	143
R. v. Harrison.....	(1964), 45 C.R. 54 .....	502
R. v. Hazen.....	(1893), 20 O.A.R. 633 .....	498
R. v. Henderson, Ex parte Brindle .....	(1926), 45 C.C.C. 310 .....	495
R. v. Higgins.....	(1801), 2 East 5, 102 E.R. 269 .....	244
R. v. Hing Lee Yen.....	(1947), 3 C.R. 352 .....	501
R. v. Hipke.....	(1967), 59 W.W.R. 653 .....	502
R. v. Imperial Tobacco Co.....	(1939), 72 C.C.C. 388 .....	501
R. v. Johanson.....	(1922), 31 B.C.R. 211 .....	424
R. v. Jordan.....	(1925), 44 C.C.C. 23 .....	495
R. v. Kahitaska.....	(1906), 8 W.A.L.R. 154 .....	423
R. v. Kerr.....	(1922), 53 O.L.R. 228 .....	498
R. v. Keyn.....	(1876), 2 Ex. D. 63.....	93, 400, 428
R. v. King.....	(1893), 25 N.S.R. 488 .....	495
R. v. King.....	(1956), 114 C.C.C. 125 .....	148
R. v. Klein.....	[1968] 4 C.C.C. 209 .....	503
R. v. Langlois.....	(1944), 83 C.C.C. 124 .....	501
R. v. Limerick, Ex parte Staples.....	(1922), 39 C.C.C. 351 .....	495
R. v. Loughlin.....	[1959] Crim. L.R. 518 .....	238
R. v. Madill (No. 2).....	[1943] 1 W.W.R. 371 .....	501
R. v. Mannion.....	(1846), 2 Cox C.C. 158 .....	423
R. v. McAuslane (No. 2).....	(1972), 18 C.R.N.S. 9 .....	502
R. v. McNab.....	(1945), 61 B.C.R. 74 .....	501
R. v. McNicoll.....	(1967) 50 C.R. 305 .....	503
R. v. Ménard.....	[1960] Que. Q.B. 398 <i>n</i> , 130 C.C.C. 242.....	236
R. v. Miron.....	(1974), 28 C.R.N.S. 261 .....	506
R. v. Ostrove.....	(1967), 60 W.W.R. 267 .....	503
R. v. Otterbein.....	(1967), 50 C.R. 285 .....	502
R. v. Owens.....	[1970] 2 C.C.C. 38 .....	238
R. v. Philbin and Henderson.....	[1978] 1 W.W.R. 122.....	137
R. v. Quinton.....	[1947] S.C.R. 234.....	248
R. v. Ritchie.....	[1970] 5 C.C.C. 336 .....	236

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Rycer.....	(1946), 2 C.R. 388.....	501
R. v. Safeway Stores Ltd. (No. 1).....	[1938] 2 W.W.R. 479.....	501
R. v. Schille.....	(1975), 28 C.C.C. (2d) 230.....	508
R. v. Scofield.....	(1784), Cald. Mag. Rep. 397.....	242
R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Association of Alberta.....	[1982] 2 All E.R. 118.....	392
R. v. Sinclair.....	(1906), 12 C.C.C. 20.....	503
R. v. Sommerville.....	(1963), 40 C.R. 384.....	150
R. v. Sparrow.....	(1979), 51 C.C.C. (2d) 443.....	81
R. v. St. Louis.....	(1897), 1 C.C.C. 141.....	143
R. v. Steele.....	(1952), 14 C.R. 285.....	501
R. v. Stiopu.....	(1982), 70 C.C.C. (2d) 464.....	503
R. v. Toronto Magistrates, ex parte Bassett.....	[1967] 1 C.C.C. 251.....	503
R. v. Trainor.....	(1916), 27 C.C.C. 232.....	497
R. v. Tremblay.....	[1974] R.L. 373.....	502
R. v. Trinneer.....	[1970] S.C.R. 638.....	235
R. v. Walker.....	[1963] Que. Q.B. 578 <i>n</i> , [1964] 2 C.C.C. 217.....	236
R. v. Weir (No. 2).....	(1899), 3 C.C.C. 155.....	498
R. v. Weir (No. 5).....	(1900), 3 C.C.C. 499.....	498
R. v. Whybrow.....	(1951), 35 Cr. App. R. 141.....	236
R. v. Wilson.....	(1878), 43 U.C.Q.B. 583.....	138
R. v. Wixalbrown.....	(1963), 41 C.R. 113.....	502
R. v. Woods and Gruener.....	(1980), 57 C.C.C. (2d) 220.....	221
Ransom v. Higgs.....	(1974), 50 Tax Cas. 1.....	579
Rayonier Canada (B.C.) Ltd. and International Woodworkers of America, Local 1-217.....	[1975] 2 Can LRBR 196.....	518
Reference re Anti-Inflation Act.....	[1976] 2 S.C.R. 373.....	317, 382
Reference re Mineral and other Natural Resources of the Continental Shelf.....	(1983), 145 D.L.R. (3d) 9.....	91
Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia.....	[1967] S.C.R. 792.....	92, 393, 427
Reference re Residential Tenancies Act, 1979.....	[1981] 1 S.C.R. 714.....	317, 382
Regina and Marcoux (Re).....	(1973), 13 C.C.C. (2d) 222.....	502
Religious Hospitallers of Hotel-Dieu of St. Joseph of the Diocese of London and Service Employees' Union, Local 210 (Re).....	(1974), 7 L.A.C. (2d) 280.....	479
Remington Rand Ltd. v. Transworld Metal Co.....	[1960] Ex. C.R. 463.....	613
Richardson Terminals Ltd. v. Minister of National Revenue.....	71 DTC 5028.....	565
Riopelle v. Desrosiers.....	(1900), 3 Q.P.R. 195.....	495
Rose v. Minister of National Revenue.....	[1973] F.C. 65.....	544
Royal Bank of Canada v. The King.....	[1913] A.C. 283.....	328
Rubis v. Gray Rocks Inn Ltd.....	[1982] 1 S.C.R. 452.....	8

## S

St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen.....	(1888), 14 App. Cas. 46.....	102
Sanbay Developments Ltd. v. London (City of).....	[1975] 1 S.C.R. 485.....	355
"Saxonia" (The).....	(1862) Lush. 410.....	462

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd. ....	[1980] 2 S.C.R. 78.....	8
Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association.....	[1975] 1 S.C.R. 382.....	184, 276
Service, Office and Retail Workers Union of Canada v. Canadian Imperial Bank of Commerce.....	(1977), 20 di 319.....	280
Shumiatcher v. Attorney General of Saskatchewan.....	(1962), 38 C.R. 411.....	502
Singer v. Magnavox Co. ....	380 A.2d 969 (1977).....	555
Sisko v. Attorney General of British Columbia.....	(1977), 8 C.R. (3d) 372.....	507
Smith v. Moody.....	[1903] 1 K.B. 56.....	496
Snook v. London and West Riding Investments, Ltd. ....	[1967] 1 All E.R. 518.....	572
Soo Mill & Lumber Co. Ltd. v. Sault Ste-Marie (City of).....	[1975] 2 S.C.R. 78.....	355
Stein v. The Ship "Kathy K".....	[1976] 2 S.C.R. 802.....	8
Stewart (Re) and The Queen No. 2.....	(1977), 35 C.C.C. (2d) 281.....	165
Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue.....	[1969] 2 Ex. C.R. 408.....	539
Symington v. Symington.....	(1875) L.R. 2 H.L. Sc. 415.....	8
Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée.....	[1959] S.C.R. 206.....	526
<b>T</b>		
Tandy Electronics Ltd. and United Steelworkers of America (Re)....	(1980), 115 D&L.R. (3d) 197.....	277
Taylor v. Gotfried.....	(1964), 43 C.R. 307.....	502
Teamsters Union Local 938 v. Massicotte.....	[1982] 1 S.C.R. 710.....	288
Tegon Developments Ltd. v. Edmonton (City of).....	(1977), 5 Alta. L.R. (2d) 63, aff'd [1979] 1 S.C.R. 98.....	354
The Case of Duels.....	(1615), 2 St. Tr. 1033.....	242
The King v. Crabbs.....	[1934] S.C.R. 523.....	577
The Queen v. Alberta and Southern Gas Co.....	[1978] 1 F.C. 454.....	570
The Queen v. Esskay Farms Ltd. ....	76 DTC 6010.....	569
Tousignant v. The Queen.....	[1960] Que. Q.B. 767n, 130 C.C.C. 285.....	236
<b>U</b>		
United States v. Grush.....	5 Mason 290 (1829).....	445
<b>V</b>		
Van Der Wolf v. United Steelworkers of America, District No. 6.....	[1972] O.L.R.B. Rep. 104.....	521
Vancouver (City of) v. Simpson.....	[1977] 1 S.C.R. 71.....	355
<b>W</b>		
W. A. Sheaffer Pen Co. v. Minister of National Revenue.....	[1953] Ex. C.R. 251.....	577
W.T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners.....	[1981] 2 W.L.R. 449.....	557
Walter v. Attorney General of Alberta.....	[1969] S.C.R. 383.....	314
Wardle v. Bethune.....	(1872), 16 L.C.J. 85.....	51
Werner v. Werner.....	(1980), 1 Sask. R. 327.....	256

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Westinghouse Canada Inc. v. United Electrical, Radio and Machine Workers of America, Local 504 .....	80 CLLC 295 .....	289
Wildman v. Wildman .....	(1980), 8 Sask. R. 115 .....	259
Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Ship- builders Ltd. ....	[1981] 1 S.C.R. 363 .....	8
Workmen's Compensation Board v. Greer .....	[1975] 1 S.C.R. 347 .....	9

**Canadian Merchant Service Guild***Appellant;*

and

**Guy Gagnon** *Respondent;*

and

**Laurentian Pilotage Authority** *Respondent.*

File No.: 16891.

1984: March 13; 1984: June 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Labour law — Trade union — Duty of fair representation — Union responsibilities — Refusal by a trade union to take a grievance to arbitration — No absolute right to arbitration for union member.*

Respondent hired as a pilot boat captain was transferred by his employer to the position of maintenance worker. A grievance was filed and taken by the appellant (the Union) to the three levels provided for by the collective agreement. The Union however refused to take the grievance to arbitration. According to its legal counsel, arbitration was not the appropriate remedy. Under the collective agreement only a dismissal could be the subject of an arbitrable grievance. Respondent was dismissed eight months later. Maintaining that his transfer amounted to a disguised dismissal, respondent brought an action for damages against his union for failure in its duty of representation and against his employer who is no longer involved. The Superior Court and the Court of Appeal both found that the Union had failed in its duty of representation, and ordered the Union to pay damages to respondent. They blamed the Union for failing to conduct a thorough investigation into the way in which respondent had been treated—an investigation which would have shown that his transfer constituted a disguised dismissal and therefore was subject to arbitration under the collective agreement. This appeal is to determine whether the Union has failed in its duty of fair representation by refusing to take respondent's grievance to arbitration.

*Held:* The appeal should be allowed.

The exclusive power conferred on a union to act as spokesman for the employees in a bargaining unit entails a corresponding obligation on the union to fairly repre-

**La Guilde de la marine marchande du****Canada** *Appelante;*

et

<sup>a</sup> **Guy Gagnon** *Intimé;*

et

<sup>b</sup> **L'Administration de pilotage des****Laurentides** *Intimée.*

N° du greffe: 16891.

1984: 13 mars; 1984: 7 juin.

<sup>c</sup> Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

<sup>d</sup> *Droit du travail — Syndicat — Devoir de représentation — Responsabilité du syndicat — Refus par un syndicat de porter un grief en arbitrage — Syndiqué n'ayant pas un droit absolu à l'arbitrage.*

<sup>e</sup> L'intimé, embauché à titre de capitaine de bateau-pilote, a été muté par son employeur au poste de préposé à l'entretien. L'appelante (le syndicat), à la demande de l'intimé, a présenté un grief et l'a poursuivi aux trois paliers prévus par la convention collective. Toutefois le syndicat a refusé de porter l'affaire à l'arbitrage. De <sup>f</sup> l'avis de son conseiller juridique l'arbitrage n'était pas le remède approprié. En vertu de la convention collective seul un congédiement pouvait faire l'objet d'un grief arbitral. Huit mois plus tard l'intimé était congédié. <sup>g</sup> Prétendant que sa mutation équivalait à un congédiement déguisé, l'intimé a intenté une action en dommages contre son syndicat pour manquement à son devoir de représentation et contre son employeur lequel n'est plus en cause. La Cour supérieure et la Cour d'appel ont conclu que le syndicat avait manqué à son devoir de <sup>h</sup> représentation et ont condamné le syndicat à payer des dommages à l'intimé. Elles ont reproché au syndicat de ne pas avoir fait une enquête approfondie sur la façon dont on traitait l'intimé, enquête qui aurait permis de constater que sa mutation constituait un congédiement déguisé, donc sujet à arbitrage en vertu de la convention <sup>i</sup> collective. D'où ce pourvoi qui vise à déterminer si le syndicat a manqué à son devoir de juste représentation en refusant de porter en arbitrage le grief de l'intimé.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

<sup>j</sup> Le pouvoir exclusif reconnu à un syndicat d'agir à titre de porte-parole des employés faisant partie d'une unité de négociation comporte en contre-partie l'obliga-

sent all employees comprised in the unit. The representation must be fair, genuine and not merely apparent, undertaken with integrity and competence, without serious or major negligence, and without hostility towards the employee. When, as is true here, the right to take a grievance to arbitration is reserved to the union, the employee does not have an absolute right to arbitration and the union enjoys considerable discretion. This discretion however must be exercised in good faith, objectively and honestly, after a thorough study of the grievance and the case, taking into account the significance of the grievance and of its consequences for the employee on the one hand and the legitimate interests of the union on the other. In short, the union's decision must not be arbitrary, capricious, discriminatory or wrongful.

In the case at bar, the Union did not fail in its duty of representation. It was not established that the Union acted in an arbitrary, discriminatory, negligent or hostile manner in its representation of the respondent. Nor can failure by the Union to undertake a thorough investigation be compared to bad faith in such a way to make it liable to respondent. The Court of Appeal itself recognized that the Union had been made aware by respondent of all the facts and had all the necessary elements to take an informed position. Clearly, the Union cannot be blamed for relying on the reasoned opinion of its legal counsel.

*General Motors of Canada Ltd. v. Brunet*, [1977] 2 S.C.R. 537; *Rayonier Canada (B.C.) Ltd. and International Woodworkers of America, Local 1-217*, [1975] 2 Can LRBR 196; *Hubert v. Syndicat (unité) des policiers pompiers de la Ville de Nicolet*, [1980] T.T. 302; *Guérard v. Travailleurs canadiens de l'alimentation et d'autres industries, local 748*, [1980] T.T. 420; *Godin v. Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, local 2533*, [1979] T.T. 157; *Bécotte v. Syndicat canadien de la fonction publique, local 301*, [1979] T.T. 231; *Courchesne v. Syndicat des travailleurs de la corporation de batteries Cegelec (CBC) de Louiseville (CSN)*, [1978] T.T. 328; *Boulay v. Fraternité des policiers de la communauté urbaine de Montréal Inc.*, [1978] T.T. 319; *Baird v. Local 647, International Brotherhood of Teamsters*, [1972] O.L.R.B. Rep. 240; *Ellens v. Service Employees' Union, Local 204*, [1972] O.L.R.B. Rep. 770; *Van Der Wolf v. United Steelworkers of America, District No. 6*, [1972] O.L.R.B. Rep. 104; *Bachiu v. United Steelworkers of America, Local 1005*, [1975] O.L.R.B. Rep. 919; *Fisher v. Pemberton* (1969), 8 D.L.R. (3d) 521; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie*

tion de la part du syndicat d'une juste représentation de tous les salariés compris dans l'unité. Cette juste représentation doit être réelle et non pas seulement apparente, faite avec intégrité et compétence, sans négligence grave ou majeure, et sans hostilité envers le salarié. Lorsque, comme en l'espèce, le droit de porter un grief à l'arbitrage est réservé au syndicat, le salarié n'a pas un droit absolu à l'arbitrage et le syndicat jouit d'une discrétion appréciable. Cette discrétion toutefois doit être exercée de bonne foi, de façon objective et honnête, après une étude sérieuse du grief et du dossier, tout en tenant compte de l'importance du grief et des conséquences pour le salarié, d'une part, et des intérêts légitimes du syndicat d'autre part. En somme, la décision du syndicat ne doit pas être arbitraire, capricieuse, discriminatoire, ni abusive.

En l'espèce, le syndicat n'a pas manqué à son devoir de représentation. Il n'a pas été démontré que le syndicat avait agi de façon arbitraire, discriminatoire, négligente ou hostile dans sa façon de représenter l'intimé. Le défaut par le syndicat de faire une enquête approfondie ne peut non plus être assimilé à de la mauvaise foi de façon à engager sa responsabilité envers l'intimé. La Cour d'appel a elle-même reconnu que le syndicat avait été mis au courant de tous les faits par l'intimé et qu'il possédait tous les éléments nécessaires pour prendre une position éclairée. On ne peut certes reprocher au syndicat d'avoir suivi l'opinion motivée de son conseiller juridique.

Jurisprudence: *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537; *Rayonier Canada (B.C.) Ltd. and International Woodworkers of America, Local 1-217*, [1975] 2 Can LRBR 196; *Hubert c. Syndicat (unité) des policiers pompiers de la Ville de Nicolet*, [1980] T.T. 302; *Guérard c. Travailleurs canadiens de l'alimentation et d'autres industries, local 748*, [1980] T.T. 420; *Godin c. Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, local 2533*, [1979] T.T. 157; *Bécotte c. Syndicat canadien de la fonction publique, local 301*, [1979] T.T. 231; *Courchesne c. Syndicat des travailleurs de la corporation de batteries Cegelec (CBC) de Louiseville (CSN)*, [1978] T.T. 328; *Boulay c. Fraternité des policiers de la communauté urbaine de Montréal Inc.*, [1978] T.T. 319; *Baird v. Local 647, International Brotherhood of Teamsters*, [1972] O.L.R.B. Rep. 240; *Ellens v. Service Employees' Union, Local 204*, [1972] O.L.R.B. Rep. 770; *Van Der Wolf v. United Steelworkers of America, District No. 6*, [1972] O.L.R.B. Rep. 104; *Bachiu v. United Steelworkers of America, Local 1005*, [1975] O.L.R.B. Rep. 919; *Fisher v. Pemberton* (1969), 8 D.L.R. (3d) 521; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v.*

*Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206; *Lecavalier v. Seaforth Fednav Inc.*; *Lecavalier v. Seafarers' International Union of Canada*, C.L.R.B., No. 443, November 15, 1983; *Doyon v. Ville de Laval*, S.C. Mtl., No. 736-125, May 22, 1968; *Herder v. G. Lapalme Inc.*, S.C. Mtl., No. 777-401, February 24, 1972; *Brais v. Association des contremaîtres de la C.E.C.M.*, S.C. Mtl., No. 813-850, May 29, 1972; *Hamilton v. Union des arts graphiques de Montréal*, S.C. Mtl., No. 818-113, September 6, 1973, affirmé C.A. Mtl., No. 500-09-000773-73, January 7, 1980; *Dalton v. Union internationale des employés professionnels et de bureau, local 409*, S.C. St-Maurice, No. 410-05-000255-74, May 24, 1977, affirmé C.A. Qué., No. 200-09-000298-77, April 12, 1983; *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288; *Gagnon v. Gauthier*, [1958] Que. Q.B. 401; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Desgagné v. Fabrique de Saint-Philippe d'Arvida*; *Fabrique de Saint-Philippe d'Arvida v. Desgagné*, [1984] 1 S.C.R. 19, referred to.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1981] C.A. 431, affirming in part a judgment of the Superior Court. Appeal allowed.

*Irving Gaul and Marie-France Paquet*, for the appellant.

*Louis-Marie Lavoie and Robert Décary*, for the respondent Gagnon.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—Appellant is appealing from a judgment of the Court of Appeal of November 6, 1981, [1981] C.A. 431, which affirmed in part a judgment of the Superior Court of May 17, 1978 and ordered it to pay respondent Gagnon “sixteen thousand two hundred and eighty-six dollars and forty-eight cents with costs at trial of an action of this class, plus the additional indemnity provided for by article 1056c C.C.”.

Respondent Gagnon initially sued for damages, first, his employer the Laurentian Pilotage Authority (the “L.P.A.”), for unjustified dismissal, and second, his union the Canadian Merchant Service Guild (the “Guild”), for failing in its duty of representation in connection with respondent’s dismissal grievance.

*Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206; *Lecavalier c. Cie Seaforth Fednav Inc.*; *Lecavalier c. Syndicat international des marins canadiens*, C.C.R.T., n° 443, 15 novembre 1983; *Doyon c. Ville de Laval*, C.S. Mtl., n° 736-125, 22 mai 1968; *Herder c. G. Lapalme Inc.*, C.S. Mtl., n° 777-401, 24 février 1972; *Brais c. Association des contremaîtres de la C.E.C.M.*, C.S. Mtl., n° 813-850, 29 mai 1972; *Hamilton c. Union des arts graphiques de Montréal*, C.S. Mtl., n° 818-113, 6 septembre 1973, confirmé C.A. Mtl., n° 500-09-000773-73, 7 janvier 1980; *Dalton c. Union internationale des employés professionnels et de bureau, local 409*, C.S. St-Maurice, n° 410-05-000255-74, 24 mai 1977, confirmé C.A. Qué., n° 200-09-000298-77, 12 avril 1983; *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288; *Gagnon c. Gauthier*, [1958] B.R. 401; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Desgagné c. Fabrique de Saint-Philippe d'Arvida*; *Fabrique de Saint-Philippe d'Arvida c. Desgagné*, [1984] 1 R.C.S. 19.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec, [1981] C.A. 431, qui a confirmé en partie un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli.

*Irving Gaul et Marie-France Paquet*, pour l’appelante.

*Louis-Marie Lavoie et Robert Décary*, pour l’intimé Gagnon.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—L’appelante se pourvoit contre l’arrêt de la Cour d’appel du 6 novembre 1981, [1981] C.A. 431, qui confirme pour partie le jugement de la Cour supérieure du 17 mai 1978 et la condamne à payer à l’intimé Gagnon «seize mille deux cent quatre-vingt-six dollars et quarante-huit cents avec dépens en première instance d’une action de cette classe plus l’indemnité additionnelle prévue à l’article 1056c C.C.».

À l’origine l’intimé Gagnon recherchait en dommages d’une part son employeur, l’Administration de pilotage des Laurentides (l’A.P.L.), pour renvoi injustifié et d’autre part son syndicat, la Guilde de la marine marchande du Canada (la Guilde), pour manquement à son devoir de représentation à l’occasion du grief de renvoi de l’intimé.

The Superior Court ordered the two defendants jointly and severally to pay respondent the sum of \$20,000, that is a total of \$18,000 for loss of salary and \$2,000 for injury to his reputation, nuisance and inconvenience. Both parties appealed.

The Court of Appeal affirmed the order to pay \$2,000 made against the L.P.A. On the remainder, finding that the rights which respondent Gagnon sought to assert proceeded exclusively from the collective agreement, and relying on the decision of this Court in *General Motors of Canada Ltd. v. Brunet*, [1977] 2 S.C.R. 537, the Court of Appeal allowed the appeal and dismissed the action. A motion for an extension of time to apply for leave to appeal against the L.P.A., submitted by respondent Gagnon in November 1982, was dismissed. An out-of-court settlement was subsequently reached between respondent Gagnon and the L.P.A. on the part of the order which was affirmed by the Court of Appeal.

With leave of this Court granted in February 1982, the Guild entered an appeal against respondent Gagnon and against the L.P.A. It has since discontinued the appeal against the latter. The Court accordingly only has before it the appeal of the Guild against the order made for failure in its duty to represent respondent Gagnon, reduced to \$16,286.48 by the Court of Appeal.

Both parties were agreed on the following summary of the facts made by Claire L'Heureux-Dubé J.A. of the Court of Appeal, at pp. 432-33:

[TRANSLATION] In June 1970, Gagnon was hired full-time by the Department of Transport (Transport Canada) as a pilot boat captain.

On February 1, 1972 the *Pilotage Act* (S.C. 1970-71-72, c. 52) replaced the *Canada Shipping Act* (R.S.C. 1970, c. S-9) for the purposes of the case at bar and created the Laurentian Pilotage Authority (L.P.A.).

On February 21, 1972, the L.P.A. offered Gagnon, who accepted, the right to retain his position as a pilot boat captain in accordance with the agreement by which the L.P.A. undertook to incorporate the employees of Transport Canada.

La Cour supérieure a condamné les deux défenderesses conjointement et solidairement à payer à l'intimé la somme de 20 000 \$, soit un total de 18 000 \$ à titre de perte de salaire et 2 000 \$ pour atteinte à sa réputation, troubles et inconvénients. Les deux en ont appelé.

En ce qui concerne l'A.P.L. la Cour d'appel a confirmé la condamnation à 2 000 \$. Pour le reste, constatant que les droits que l'intimé Gagnon cherchait à faire valoir découlaient exclusivement de la convention collective et se fondant sur l'arrêt de cette Cour *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537, la Cour d'appel accueillit l'appel et rejeta l'action. Une requête en prorogation de délai pour demander l'autorisation de se pourvoir contre l'A.P.L., présentée par l'intimé Gagnon en novembre 1982, a été rejetée. Un règlement hors cour est intervenu par la suite entre l'intimé Gagnon et l'A.P.L. sur cette partie de la condamnation confirmée par la Cour d'appel.

La Guilde pour sa part, avec l'autorisation de cette Cour accordée en février 1982, a inscrit un pourvoi contre l'intimé Gagnon et contre l'A.P.L. Elle s'est depuis désistée en ce qui regarde cette dernière. La Cour n'est donc saisie que du pourvoi de la Guilde contre sa condamnation pour manquement à son devoir de représentation de l'intimé Gagnon, réduite à 16 286,48 \$ par la Cour d'appel.

Les deux parties sont d'accord sur le résumé suivant des faits établi par le juge Claire L'Heureux-Dubé de la Cour d'appel, aux pp. 432 et 433:

En juin 1970, Gagnon est embauché à plein temps par le ministère des Transports (Transports Canada) comme capitaine de bateau-pilote.

Le 1<sup>er</sup> février 1972, la *Loi sur le pilotage* (S.C. 1970-71-72, c. 52) remplace, pour les fins du litige, la *Loi sur la marine marchande du Canada* (S.R.C. 1970, c. S-9) et crée l'Administration de pilotage des Laurentides (A.P.L.).

Le 21 février 1972, l'A.P.L. offre à Gagnon, qui accepte, de conserver son poste de capitaine de bateau-pilote, conformément à l'entente intervenue selon laquelle l'A.P.L. se charge d'intégrer les employés de Transports Canada.



On January 29, 1973, alleging several incidents (marine accidents and offences of a disciplinary nature), the L.P.A. transferred Gagnon and assigned him to the maintenance of facilities and equipment.

In accordance with the collective agreement then in effect (February 1, 1973 . . .), the Canadian Merchant Service Guild (the Guild) filed a grievance at the request of Gagnon, and advised Gagnon to carry out his new assignment. The grievance was taken to the three levels provided for by the collective agreement, but on March 29, 1973 the Guild informed Gagnon by letter . . . that it was unable to continue the grievance to the stage of arbitration for the reasons given in the legal opinion obtained by the Guild . . . including, most importantly, the fact that under the collective agreement the transfer of an employee could not be the subject of an arbitrable grievance.

On November 1, 1973 Gagnon was dismissed.

In August 1974 Gagnon, maintaining that his transfer amounted to a dismissal and that he might have been the victim of a deliberate scheme, brought an action for damages in the amount of \$44,500 (increased by amendment to \$53,005.12) plus interest from the date of service, the indemnity provided for in article 1056 C.C., and costs. His action was brought against appellants: his employer (the L.P.A.) and his union (the Guild).

L'Heureux-Dubé J.A. added at p. 434:

[TRANSLATION] I note forthwith that Captain Gagnon's claim concerns only the damages resulting from his transfer in January 1973, which he regards as a disguised dismissal, and not the damages he may have sustained as a result of his dismissal on November 1, 1973.

Respondent added the following, which it is advisable to reproduce verbatim:

[TRANSLATION] . . . it is important to note that after the letter of January 29, 1973, by which the L.P.A. "transferred" respondent and assigned him to the maintenance of facilities and equipment, and until October 31 of the same year, Captain Gagnon was assigned to duties that were humiliating for someone in his position: he had to wash the engine room, shovel snow, pick up garbage including bottles and bottle fragments, remove rust from the metal portions of boats and paint the said boats, and this was known and seen by all his fellow-workers, the four (4) other captains, the four (4) engineers, the four (4) sailors, the office clerks, and the ninety-one (91) pilots at the Escoumins station.

Le 29 janvier 1973, alléguant plusieurs incidents (accidents maritimes et fautes de nature disciplinaire) l'A.P.L. mute Gagnon et l'affecte à l'entretien des installations et équipements.

<sup>a</sup> Conformément à la convention collective alors en vigueur (1<sup>er</sup> février 1973, . . .), la Guilde de la marine marchande du Canada (la Guilde) loge un grief à la demande de Gagnon, tout en conseillant à Gagnon de respecter sa nouvelle assignation. Le grief est poursuivi <sup>b</sup> aux trois paliers prévus par la convention collective, mais le 29 mars 1973, la Guilde informe Gagnon par lettre . . . qu'elle est dans l'impossibilité de continuer le grief de façon à l'amener au stage de l'arbitrage et ce, <sup>c</sup> pour des motifs qui apparaissent à l'avis juridique obtenu par la Guilde . . . dont, principalement, le fait que la mutation d'un employé ne peut, en vertu de la convention collective, faire l'objet d'un grief arbitrable.

Le 1<sup>er</sup> novembre 1973, Gagnon est congédié.

<sup>d</sup> En août 1974, Gagnon, prétendant que sa mutation équivaut à un congédiement et qu'il peut avoir été victime d'une machination, intente son recours en dommages pour la somme de 44 500 \$ (augmentée par amendement à 53 005,12 \$) plus les intérêts depuis l'assignation, l'indemnité prévue à l'article 1056 C. C. et les <sup>e</sup> dépens. Son action est dirigée contre les appelantes: son employeur (l'A.P.L.) et son syndicat (la Guilde).

Et le juge L'Heureux-Dubé ajoute à la p. 434:

<sup>f</sup> Je note immédiatement que la réclamation du capitaine Gagnon ne porte que sur les dommages subis par suite de son déplacement en janvier 1973 qu'il assimile à un congédiement déguisé, et non sur les dommages qu'il a pu subir par suite de son congédiement du 1<sup>er</sup> novembre 1973. <sup>g</sup>

L'intimé ajoute ce qui suit qu'il convient de reproduire au texte:

<sup>h</sup> . . . il est important de noter qu'après la lettre du 29 janvier 1973, par laquelle l'A.P.L. «mutait» l'intimé et l'affectait à l'entretien des installations et équipements, et ce jusqu'au 31 octobre de la même année, le capitaine Gagnon fut assigné à des tâches dégradantes pour sa fonction; on lui faisait laver la chambre des moteurs, <sup>i</sup> pelleter la neige, ramasser les ordures dont les bouteilles et les tessons de bouteilles, enlever la rouille sur des parties métalliques de bateaux, peindre lesdits bateaux, et ce au vu et au su de tous ses confrères de travail, soit les quatre (4) autres capitaines, les quatre <sup>j</sup> (4) ingénieurs, les quatre (4) matelots, les commis de bureau, et les quatre-vingt-onze (91) pilotes de la station des Escoumins.

Between March 29, 1973, the date on which the union informed Captain Gagnon of its intention not to go to arbitration, and September 19, 1973, the date on which Captain Gagnon wrote Captain Viet a long letter which was filed . . . appellant conducted no thorough investigation, though it could have seen that the duties assigned to Captain Gagnon were unacceptable, and that it was accordingly clear that the transfer was only intended to cover a disguised dismissal on which the employer had in fact decided, and that Captain Gagnon was given no opportunity to explain his side of the matter. The proceeding to finally dismiss Captain Gagnon had just begun. His actual and inevitable dismissal occurred on November 1, 1973.

On October 1, 1973, in reply to Captain Gagnon's letter, Captain Viet said he was willing to re-assess at its true worth the position occupied by Captain Gagnon at this time . . . Similarly, counsel for the union suggested that the grievance be taken to arbitration . . . and he wrote:

Subject to my written opinion of March 27, 1973, concerning the matter of whether or not it can be successfully argued that a demotion in this case can be deemed to be a dismissal or equivalent to a dismissal, I am prepared to bring the matter up before an arbitrator, the whole in accordance with the terms and conditions governing your present Collective Agreement, in order to determine if there were sufficient causes for the Authority to act thus in this case.

Appellant presented two arguments, which can be summarized as follows.

- (A) Under the collective agreement, only a dismissal can be the subject of an arbitrable grievance. A transfer cannot be submitted to arbitration. The decision made by the employer on January 29, 1973 could not in any way be regarded as a dismissal or lay-off within the meaning of the collective agreement in effect.
- (B) The decision on whether a grievance should be taken to arbitration is for the union alone. In the circumstances of the case, the liability of appellant union is limited by the provisions of the collective agreement. Its decision not to take the grievance to arbitration cannot be regarded as bad faith or serious misconduct which would make it liable.

Entre le 29 mars 1973, date à laquelle le syndicat avisait le capitaine Gagnon de son intention de ne pas aller en arbitrage, et le 19 septembre 1973, date à laquelle le capitaine Gagnon écrivait au capitaine Viet une longue lettre produite . . . , l'appelante n'a fait aucune enquête approfondie même si elle pouvait constater que les tâches confiées au capitaine Gagnon étaient inacceptables, et qu'il était alors évident que la mutation ne couvrait qu'un congédiement déguisé que l'employeur avait de fait décidé, et qu'aucune chance n'avait d'ailleurs été accordée au capitaine Gagnon de s'expliquer. Le processus en vue de congédier définitivement le capitaine Gagnon venait de commencer. Son congédiement véritable et inévitable aura lieu le 1<sup>er</sup> novembre 1973.

Le 1<sup>er</sup> octobre 1973, en réponse à la lettre du capitaine Gagnon, le capitaine Viet se dit prêt à ré-estimer à sa juste valeur la position dans laquelle se trouvait le capitaine Gagnon à cette époque . . . Dans le même sens, le procureur du syndicat suggère de porter le grief à l'arbitrage . . . où il écrit:

[TRADUCTION] Sous réserve de mon opinion écrite du 27 mars 1973 sur la question de savoir si on peut prétendre avec succès que la rétrogradation en l'espèce peut être considérée comme un congédiement ou comme l'équivalent d'un congédiement, je suis disposé à porter l'affaire devant un arbitre, le tout conformément aux modalités qui régissent votre présente convention collective, afin d'établir si l'Administration avait des raisons suffisantes d'agir comme elle l'a fait en l'espèce.

L'appelante fait valoir deux moyens que l'on peut résumer de la façon suivante:

- A) En vertu de la convention collective, seul un congédiement peut faire l'objet d'un grief arbitrable. Une mutation ne peut être soumise à l'arbitrage. La décision arrêtée par l'employeur, le 29 janvier 1973, ne pouvait d'aucune façon être assimilée à un congédiement ou à un renvoi au sens de la convention collective en vigueur.
- B) Il appartient au syndicat seul de décider de pousser ou non un grief à l'arbitrage. Dans les circonstances de la cause, la responsabilité du syndicat/appelant est limitée par les dispositions de la convention collective. Sa décision de ne pas porter le grief à l'arbitrage ne peut être assimilée à de la mauvaise foi ou à une inconduite grave engageant sa responsabilité.

The applicable provisions of the collective agreement are para. (e) of clause 11.01, clause 11.03, para. (1) of clause 12.01 and clauses 20.04, 20.05 and 20.06:

[TRANSLATION] 11.01 Grievances shall be dealt with exclusively in accordance with the following procedures:

(e) only the Guild or the employer may refer the grievance to arbitration if it is not dealt with to the satisfaction of either of the parties or of the complainant.

11.03 When a grievance which may be referred to arbitration by an employee concerns the interpretation or application to him of a provision of a collective agreement or a decision of an arbitrator, the employee may only submit the grievance to arbitration if the Guild indicates, in the prescribed manner, that

(a) it approves reference of the grievance to arbitration, and

(b) it agrees to represent the employee in the arbitration proceeding.

#### CLAUSE 12—ARBITRATION

12.01 Any grievance, dispute or issue arising from the interpretation or from an alleged breach of any of the provisions of this collective agreement, and as to which the Guild and the employer have not reached agreement following discussion, may be submitted to an arbitration board. Any matters requiring an alteration to this collective agreement, or which are not covered by the same, shall not be referred to arbitration.

20.04 No employee shall be dismissed by the employer without just cause. When an employee is dismissed by the employer, the latter shall give him at that time a notice in writing indicating the reasons for the dismissal.

20.05 If an employee wishes to know the reasons for his dismissal, the employer shall furnish him within seven (7) days of his making such a request with a detailed report in writing setting forth the reasons for his dismissal.

20.06 The dismissal of an employee shall be subject to the grievance and arbitration procedure provided by this agreement, and if the dispute is referred to the arbitration board it may, before rendering its decision, suspend the dismissal.

Les dispositions pertinentes de la convention collective sont le par. e) de l'art. 11.01, l'art. 11.03, le premier paragraphe de l'art. 12.01 et les art. 20.04, 20.05 et 20.06:

<sup>a</sup> 11.01 Les griefs seront résolus exclusivement selon la procédure ci-après décrite:

<sup>b</sup> e) seule la Guilde ou l'employeur aura le droit de recourir à l'arbitrage du grief si le grief n'est pas réglé à la satisfaction de l'une ou de l'autre des parties, ou du plaignant.

<sup>c</sup> 11.03 Lorsqu'un grief qui peut être présenté par un employé à l'arbitrage se rattache à l'interprétation ou à l'application concernant sa personne d'une disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale, l'employé n'a pas le droit de présenter le grief à l'arbitrage à moins que la Guilde ne signifie, de la façon prescrite,

<sup>d</sup> a) son approbation du renvoi du grief à l'arbitrage, et

<sup>e</sup> b) son accord de représentation de l'employé dans la procédure d'arbitrage.

#### ARTICLE 12—ARBITRAGE

<sup>f</sup> 12.01 Tout grief, différend ou litige découlant de l'interprétation ou d'une prétendue violation de l'une ou l'autre des dispositions de la présente convention collective et au sujet duquel l'employeur et la Guilde n'en sont pas venus à un accord à la suite de pourparlers peut être soumis à un conseil d'arbitrage. Les questions qui supposent une modification de la présente convention collective ou qui ne sont pas prévues par la présente convention collective, ne seront pas soumises à l'arbitrage.

<sup>g</sup> 20.04 Aucun employé ne sera renvoyé par l'employeur sans cause suffisante. Lorsqu'un employé est renvoyé par l'employeur, celui-ci lui fera parvenir un avis écrit lui en donnant raisons au moment de son congédiement.

<sup>h</sup> 20.05 Dans le cas où un employé désire connaître les raisons de son renvoi, l'employeur lui fera parvenir dans les sept (7) jours de la demande formulée, un rapport détaillé par écrit, énonçant les motifs de son renvoi.

<sup>i</sup> 20.06 Le renvoi d'un employé sera sujet à la procédure de griefs et d'arbitrage prévue par cette convention, et dans le cas où le différend se rend à la Commission d'arbitrage, la Commission peut, avant de rendre sa décision, suspendre le congédiement.

The Superior Court and the Court of Appeal both held that the transfer of respondent Gagnon from his position as a pilot to the position of a maintenance man constituted a disguised dismissal in the circumstances of the case; that this assignment was the first step, a preliminary, to getting rid of him, an action calculated to bring about his departure: either he would resign, or the unpleasantness of the duties to which he was assigned would induce him to commit a blunder or to do something that would justify his outright dismissal—hence the arbitrable nature of the penalty.

Appellant argued that, considering only the transfer in January 1973—since, as L'Heureux-Dubé J.A. of the Court of Appeal pointed out, respondent had not made his later dismissal on November 1 an issue—that transfer cannot be regarded as a dismissal because respondent remained an employee of the L.P.A., performed work for it and was paid for the work he did.

It is beyond question that respondent was subjected to unfair treatment by his employer without just cause: that is no longer at issue. However, in my opinion it is not necessary to decide the question of whether his transfer constituted a disguised dismissal, as in any case the determining question in the case at bar is that concerning appellant's duty of representation. Respondent can only have an action against appellant to the extent that the latter failed in that duty. Even assuming there is no doubt that respondent's grievance is arbitrable, as to which I express no opinion, it does not necessarily follow that appellant made itself liable when it decided not to take the matter to arbitration.

#### Duty of Representation

The *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, and several provincial statutes now contain provisions regarding a union's duty to represent its members.

The provision in the *Canada Labour Code* is s. 136.1, adopted in 1978:

La Cour supérieure et la Cour d'appel ont toutes deux jugé que la mutation de l'intimé Gagnon de son poste de pilote au poste de préposé à l'entretien constituait, dans les circonstances de l'espèce, un congédiement déguisé; que cette affectation était le premier jalon, une première mesure en vue de se débarrasser de lui, un geste calculé devant entraîner son départ: soit qu'il démissionne, soit que vu l'ingratitude des tâches qui lui étaient confiées, il commette une bétise ou pose un geste qui justifie son congédiement pur et simple. D'où le caractère arbitrable de la sanction.

À cela l'appelante oppose que compte tenu seulement de la mutation du mois de janvier 1973, l'intimé n'invoquant pas son congédiement postérieur du 1<sup>er</sup> novembre comme l'a fait observer le juge L'Heureux-Dubé de la Cour d'appel, telle mutation ne peut être assimilée à un congédiement parce que l'intimé demeurait un employé de l'A.P.L., qu'il effectuait un travail pour son compte et recevait une rémunération pour sa prestation de travail.

Il est indéniable que l'intimé s'est vu infliger sans cause suffisante un traitement injuste par son employeur, lequel n'est plus en cause. Cependant, il n'est pas essentiel, à mon avis, de trancher la question de savoir si sa mutation constituait un congédiement déguisé car quoi qu'il en soit la question déterminante en l'espèce est celle qui a trait au devoir de représentation de l'appelante. Ce n'est que dans la mesure où l'appelante a manqué à ce devoir que l'intimé peut avoir un recours contre elle. Même en l'absence de tout doute quant au caractère arbitrable du grief de l'intimé, ce sur quoi je ne me prononce pas, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'appelante a engagé sa responsabilité en décidant de ne pas le pousser jusqu'à l'arbitrage.

#### Le devoir de représentation

Il existe aujourd'hui dans le *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, et dans plusieurs législations provinciales des dispositions relatives au devoir de représentation d'un syndicat vis-à-vis ses membres.

Dans le *Code canadien du travail*, c'est l'art. 136.1 adopté en 1978:

**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.

In the same year the present s. 47.2 of the Quebec *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, came into effect:

**47.2** A certified association shall not act in bad faith or in an arbitrary or discriminatory manner or show serious negligence in respect of employees comprised in a bargaining unit represented by it, whether or not they are members.

In 1973 British Columbia had adopted the provision which became s. 7(1) of the *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212:

**7. (1)** A trade-union or council of trade-unions shall not act in a manner that is arbitrary, discriminatory, or in bad faith in representing any of the employees in an appropriate bargaining unit, whether or not they are members of the trade-union or of any constituent union of the council of trade-unions, as the case may be.

It was Ontario which, in 1971, first adopted a specific provision on the point. This is now s. 68 of the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228:

**68.** A trade union or council of trade unions, so long as it continues to be entitled to represent employees in a bargaining unit, shall not act in a manner that is arbitrary, discriminatory or in bad faith in the representation of any of the employees in the unit, whether or not members of the trade union or of any constituent union of the council of trade unions, as the case may be.

Section 136.1 of the *Canada Labour Code*, like s. 47.2 of the Quebec *Labour Code* and s. 7 of the British Columbia *Labour Code*, is subsequent to the facts giving rise to the issue at bar. It is nonetheless useful to see how this legislation has subsequently been interpreted since, as we shall see below, the Canadian and Quebec courts recognized long before this legislation that a union has a duty to represent its members and that certain obligations follow from that duty.

**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.

La même année, au Québec, entré en vigueur l'art. 47.2 actuel du *Code du travail*, L.R.Q., chap. C-27:

**47.2** Une association accréditée ne doit pas agir de mauvaise foi ou de manière arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave à l'endroit des salariés compris dans une unité de négociation qu'elle représente, peu importe qu'ils soient ses membres ou non.

La Colombie-Britannique avait adopté en 1973 la disposition devenue le par. 7(1) du *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, chap. 212:

[TRADUCTION] **7. (1)** Le syndicat ou le conseil de syndicats ne doit pas se comporter d'une façon arbitraire ni discriminatoire, ni faire preuve de mauvaise foi dans la représentation d'un employé compris dans l'unité de négociation, qu'il soit membre ou non du syndicat ou d'un syndicat qui fait partie du conseil de syndicats.

C'est l'Ontario qui la première, en 1971, avait adopté une disposition spécifique sur ce sujet. C'est maintenant l'art. 68 de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, chap. 228:

**68.** Le syndicat ou le conseil de syndicats, tant qu'il conserve la qualité de représenter les employés compris dans une unité de négociation, ne doit pas se comporter d'une façon arbitraire ni discriminatoire, ni faire preuve de mauvaise foi dans la représentation d'un employé compris dans l'unité de négociation, qu'il soit membre ou non du syndicat ou d'un syndicat qui fait partie du conseil de syndicats.

L'article 136.1 du *Code canadien du travail*, tout comme d'ailleurs l'art. 47.2 du *Code du travail* du Québec et l'art. 7 du *Labour Code* de la Colombie-Britannique sont postérieurs aux faits qui ont donné naissance au litige. Il n'en reste pas moins utile de voir comment ces dispositions législatives ont été interprétées depuis car, comme nous le verrons plus loin, la jurisprudence canadienne et québécoise reconnaissait bien avant ces législations le devoir d'un syndicat de représenter ses membres et les obligations découlant de ce devoir.

In an as yet unpublished decision of November 15, 1983, No. 443, *Lecavalier v. Seaforth Fednav Inc.*; *Lecavalier v. Seafarers' International Union of Canada*, the Canada Labour Relations Board reviewed and summarized the various factors and tests developed in its extensive earlier case law and applied by it, in deciding on a complaint by a member against his union under s. 136.1:

In *Brenda Haley* (1981), 41 di 311; [1981] 2 Can LRBR 121; 81 CLLC 16,096; *André Cloutier* (1981), 40 di 222; [1981] 2 Can LRBR 335; and 81 CLLC 16,108; and *Jean Laplante* (1981), 40 di 235; and [1981] 3 Can LRBR 52, the Board had the opportunity to enunciate the main principles of its policy respecting the interpretation of section 136.1 of the Code. A brief review of these principles is in order here. Without limiting the generality of the text of section 136.1, the Board indicated the criteria it would apply in determining whether a bargaining agent had discharged its duty of fair representation: serious negligence, discrimination, arbitrariness and bad faith. The Board stated that it would hold the bargaining agent to a much stricter standard where the career path of a member of a bargaining unit may be seriously affected, the most obvious example being dismissal. It noted that it would consider the resources of the bargaining agent and warned that it would carefully scrutinize its actions in each specific case.

A decision on which several others in Canada have been based is that of the British Columbia Labour Relations Board in *Rayonier Canada (B.C.) Ltd. and International Woodworkers of America, Local 1-217*, [1975] 2 Can LRBR 196.

That case concerned a complaint by a member against his union under s. 7 of the British Columbia *Labour Code*, cited above. The complainant alleged that the union had failed in its duty of representation by deciding not to take the grievance based on his dismissal to arbitration, which he considered unfair in light of the provisions of the collective agreement concerning seniority. The complaint was dismissed on the ground that it had not been shown that the union had acted arbitrarily, with discrimination or in bad faith in the way in which it represented the complainant.

The following review of the duty of representation is contained in this decision, at pp. 200-01:

Dans une décision non encore publiée du 15 novembre 1983, n° 443, *Lecavalier c. Cie Seaforth Fednav Inc.*; *Lecavalier c. Syndicat international des marins canadiens*, le Conseil canadien des relations du travail reprend et résume les différents facteurs et critères élaborés dans son abondante jurisprudence antérieure et dont il tient compte pour juger une plainte d'un membre contre son syndicat fondée sur l'art. 136.1:

Dans la trilogie des causes *Brenda Haley* (1981), 41 di 311; [1981] 2 Can LRBR 121; 81 CLLC 16,096, *André Cloutier* (1981), 40 di 222; [1981] 2 Can LRBR 335; 81 CLLC 16,108 et *Jean Laplante* (1981), 40 di 235; [1981] 3 Can LRBR 52, le Conseil a eu l'occasion de poser les jalons majeurs de sa politique d'interprétation de l'article 136.1 du Code. Rappelons brièvement ces jalons. Sans restreindre la portée générale du texte de l'article 136.1, le Conseil a signalé qu'il acceptait comme critères d'évaluation de l'exercice du devoir de la représentation juste par un agent négociateur, les critères de la négligence majeure, de la discrimination, de l'arbitraire et de la mauvaise foi. Il a dit qu'il serait beaucoup plus sévère dans les cas où la carrière d'un membre d'une unité de négociation peut être sérieusement affectée, l'exemple le plus patent étant le congédiement. Il a rappelé qu'il tiendrait compte des moyens de l'agent négociateur et averti qu'il scruterait attentivement sa démarche dans chaque cas spécifique.

Une décision qui en a inspiré plusieurs autres au Canada est celle du Labour Relations Board de la Colombie-Britannique dans *Rayonier Canada (B.C.) Ltd. and International Woodworkers of America, Local 1-217*, [1975] 2 Can LRBR 196.

Il s'agissait dans cette affaire d'une plainte d'un membre contre son syndicat en vertu de l'art. 7 précité du *Labour Code* de la Colombie-Britannique. Le plaignant alléguait que le syndicat avait failli à son devoir de représentation en décidant de ne pas pousser à l'arbitrage son grief consécutif à sa mise à pied qu'il considérait injuste au regard des dispositions de la convention collective relatives à l'ancienneté. La plainte fut rejetée au motif qu'il n'avait pas été démontré que le syndicat avait agi de façon arbitraire, discriminatoire ou de mauvaise foi dans sa façon de représenter le plaignant.

On trouve dans cette décision, aux pp. 200 et 201, l'historique suivant du devoir de représentation:

Once a majority of the employees in an appropriate bargaining unit have decided they want to engage in collective bargaining and have selected a union as their representative, this union becomes the exclusive bargaining agent for all the employees in that unit, irrespective of their individual views. The union is granted the legal authority to negotiate and administer a collective agreement setting terms and conditions of employment for the unit and the employer does not have the right to strike a separate bargain with groups of employees directly (see *MacMillan Bloedel Industries* [1974] 1 Canadian LRBR 313). This legal position expresses the rationale of the Labour Code as a whole that the bargaining power of each individual employee must be combined with that of all the others to provide a sufficient countervailing force to the employer so as to secure the best overall bargain for the group.

Some time after the enactment in this form of the Wagner Act—which was the model for all subsequent North American labour legislation—American courts drew the inference that the granting of this legal authority to the union bargaining agent must carry with it some regulation of the manner in which these powers were exercised in order to protect individual employees from abuse at the hands of the majority. This came to be known as the duty of fair representation. Beginning with the decision in *Steele v. Louisville* (1944) 323 U.S. 192, which struck down a negotiated seniority clause that placed all black employees at the bottom of the list, the duty has been extended to all forms of union decisions. An enormous body of judicial decisions and academic comment has been spawned. This culminated in the U.S. Supreme Court decision of *Vaca v. Sipes* (1967) 55 L.C. 11,731, which is the leading American precedent in this area of the law. This initiative by the United States judiciary was emulated by one Canadian judge, in the case of *Fisher v. Pemberton* (1969), 8 D.L.R. (3d) 521 (B.C.S.C.), where he concluded that the same duty must bind British Columbia unions certified under the old Labour Relations Act (at pp. 540-541). But Canadian legislatures have not waited for the evolution of a common law principle to run its course. Instead, they have uniformly moved to write the obligation explicitly into the statute and entrust its administration to the Labour Relations Board which is responsible for the remainder of the legislation. (For the Ontario history, see *Gebbie v. U.A.W. and Ford Motor Co.* (1973) OLRB 519). The B.C. legislature followed suit when it enacted s. 7 in late 1973.

What is the content of the duty of fair representation imposed on a union? Section 7(1) requires that a

[TRADUCTION] Dès que les employés d'une unité de négociation appropriée ont décidé à la majorité qu'ils veulent négocier collectivement et dès qu'ils ont choisi le syndicat qui doit les représenter, ce syndicat devient l'agent négociateur exclusif de tous les employés de cette unité, indépendamment de leurs opinions individuelles. Le syndicat a le pouvoir légal de négocier et d'appliquer une convention collective qui établit les modalités d'emploi à l'égard de l'unité de négociation et l'employeur n'a pas le droit de conclure une entente distincte directement avec des groupes d'employés (voir *MacMillan Bloedel Industries* [1974] 1 Canadian LRBR 313). Cette situation juridique est une manifestation de la raison d'être du Code du travail dans son ensemble, savoir que le pouvoir de négociation de chaque employé pris individuellement doit être combiné avec celui de tous les autres pour fournir une force compensatoire suffisante opposable à l'employeur de manière à garantir la meilleure entente globale pour le groupe.

Quelque temps après l'adoption de cette réplique de la Wagner Act, qui a inspiré toute la législation nord-américaine du travail, les tribunaux américains ont conclu que l'octroi de ce pouvoir légal à l'agent négociateur doit être assorti d'une réglementation de l'exercice de ce pouvoir de manière à protéger les employés pris individuellement contre les abus de la majorité. C'est ce qu'on a appelé le devoir de représentation équitable. Né avec la décision *Steele v. Louisville* (1944) 323 U.S. 192, qui a annulé une clause d'ancienneté négociée qui plaçait tous les employés de race noire au bas de la liste, ce devoir a été étendu à toutes les formes de décisions syndicales. Jurisprudence et doctrine abondent. Le point culminant est l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Vaca v. Sipes* (1967) 55 L.C. 11,731 qui fait jurisprudence dans ce domaine du droit. Cette initiative des tribunaux américains a été suivie par un seul juge canadien, dans la décision *Fisher v. Pemberton* (1969), 8 D.L.R. (3d) 521 (C.S.C.-B.), qui a conclu, aux pp. 540 et 541, que les syndicats de la Colombie-Britannique accrédités en vertu de l'ancienne Loi sur les relations de travail ont le même devoir. Les assemblées législatives canadiennes n'ont pas attendu la formation d'un principe de *common law*. Au contraire, elles ont toutes inséré explicitement cette obligation dans le texte de la loi et en ont confié l'application à la commission des relations de travail chargée de l'application du reste de la loi. (Pour ce qui s'est passé en Ontario, voir *Gebbie v. U.A.W. and Ford Motor Co.* (1973) OLRB 519). L'Assemblée législative de la Colombie-Britannique a suivi le mouvement quand elle a adopté l'art. 7 à la fin de 1973.

Que comporte le devoir de représentation équitable imposé à un syndicat? Le paragraphe 7(1) prévoit qu'un

trade-union not "act in a manner that is arbitrary, discriminatory or in bad faith in the representation of any of the employees" in the unit. The relevance of the American background can best be appreciated by these quotations from *Vaca v. Sipes* which defined the scope of (its) judicially developed obligation:

"Under this doctrine, the exclusive agent's statutory authority to represent all members of a designated unit includes a statutory obligation to serve the interests of all members without hostility or *discrimination* toward any, to exercise its discretion with complete *good faith* and honesty, and to avoid *arbitrary* conduct . . . (at p. 18,294).

A breach of the statutory duty of fair representation occurs only when a union's conduct toward a member of the collective bargaining unit is *arbitrary, discriminatory, or in bad faith* . . . (at p. 18,299)."

This comment by the Board follows at pp. 201-02:

Under this language, which has been directly imported into our legislation, it is apparent that a union is prohibited from engaging in any one of three distinct forms of misconduct in the representation of the employees. The union must not be actuated by bad faith in the sense of personal hostility, political revenge, or dishonesty. There can be no discrimination, treatment of particular employees unequally whether on account of such factors as race and sex (which are illegal under the Human Rights Code) or simple, personal favouritism. Finally, a union cannot act arbitrarily, disregarding the interests of one of the employees in a perfunctory matter. Instead, it must take a reasonable view of the problem before it and arrive at a thoughtful judgment about what to do after considering the various relevant and conflicting considerations.

The Board goes on to find that an employee's right to have his grievance taken to arbitration is not absolute. It points out that arbitration is a costly procedure which requires the parties to invest a great deal of time and energy. The Board recognizes that the union has considerable scope in making its decision, even when the member insists on his grievance being taken to arbitration. Finally, it identifies various factors which should be taken into account in assessing the position taken by the union: the importance of the grievance for the employee in question, the apparent validity of the grievance based on the collective agreement

syndicat ne doit pas «se comporter d'une façon arbitraire ni discriminatoire, ni faire preuve de mauvaise foi dans la représentation d'un employé» compris dans l'unité. On peut mieux comprendre la pertinence des précédents américains en se référant aux extraits suivants de l'arrêt *Vaca v. Sipes* qui a défini son obligation découlant de la jurisprudence:

«En vertu de cette doctrine, le pouvoir légal de l'agent exclusif de représenter tous les membres d'une unité désignée comprend l'obligation légale de défendre leurs intérêts sans hostilité ni *discrimination* envers l'un deux, d'exercer son pouvoir discrétionnaire en toute *bonne foi* et d'éviter de se comporter d'une façon *arbitraire* . . . (à la p. 18, 294).

Un syndicat manque à son devoir légal de représentation équitable uniquement lorsqu'il se comporte envers un membre de l'unité de négociation collective d'une façon *arbitraire, discriminatoire, ou de mauvaise foi* . . . (à la p. 18, 299).»

Suit aux pp. 201 et 202 ce commentaire du Board:

[TRADUCTION] Il ressort manifestement de ces termes qui ont été directement incorporés dans notre législation qu'un syndicat ne doit accomplir aucun de ces trois actes fautifs lorsqu'il représente les employés. Il ne doit pas agir de mauvaise foi en se montrant hostile, en voulant se venger pour des raisons politiques ou en faisant preuve de malhonnêteté. Il doit éviter, à l'égard de certains employés, toute discrimination fondée sur la race et le sexe (qui sont illégaux en vertu du Code des droits de la personne) ou sur le simple favoritisme. Enfin, un syndicat ne doit pas agir arbitrairement ni, de façon négligente, méconnaître les intérêts d'un employé. Il doit au contraire se pencher sur les problèmes qui lui sont soumis et réfléchir sur les mesures à prendre après avoir examiné les différents éléments pertinents et opposés.

Le Board détermine plus loin que le droit d'un salarié de voir son grief porté à l'arbitrage n'est pas absolu. Il fait observer que l'arbitrage est une procédure coûteuse qui requiert des parties beaucoup de temps et d'énergie. Le Board reconnaît au syndicat une latitude considérable de décision même lorsque le membre insiste pour que son grief soit porté à l'arbitrage. Il identifie enfin divers facteurs dont il doit être tenu compte pour juger de la position prise par le syndicat: l'importance du grief pour le salarié en cause, le bien-fondé apparent du grief en regard de la convention collective et de la preuve disponible, le soin que le syndicat a



and the available evidence, the care taken by the union in investigating, the union's practice in such cases, the interests of other employees and of the bargaining unit as a whole.

Since this decision Mr. P. Weiler, who presided over the Board which rendered it, in his work titled *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), has suggested at pp. 137-39 that dismissal should give rise to an absolute right to arbitration in all cases provided the employee is willing to pay the costs of such arbitration. This point of view was rejected by the Canada Labour Relations Board in *Haley*, mentioned in *Lecavalier*, *supra*, and admittedly does not represent the present state of the law. See also Margriet Zwarts, "The Duty of Fair Representation: Individual Rights in the Collective Bargaining Process, or Squaring the Circle", (1982) 28 McGill L.J. 59, at p. 86 *et seq.*

The number of available precedents is so great that it would be vain to attempt even a brief review of them. I shall simply refer to the following decisions of the Quebec Labour Court: *Hubert v. Syndicat (unité) des policiers pompiers de la Ville de Nicolet*, [1980] T.T. 302; *Guérard v. Travailleurs canadiens de l'alimentation et d'autres industries, local 748*, [1980] T.T. 420; *Godin v. Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, local 2533*, [1979] T.T. 157; *Bécotte v. Syndicat canadien de la fonction publique, local 301*, [1979] T.T. 231; *Courchesne v. Syndicat des travailleurs de la corporation de batteries Cegelec (CBC) de Louiseville (CSN)*, [1978] T.T. 328; *Boulay v. Fraternité des policiers de la communauté urbaine de Montréal Inc.*, [1978] T.T. 319.

I would refer also to the following decisions of the Ontario Labour Relations Board: *Baird v. Local 647, International Brotherhood of Teamsters*, [1972] O.L.R.B. Rep. 240; *Ellens v. Service Employees' Union, Local 204*, [1972] O.L.R.B. Rep. 770; *Van Der Wolf v. United Steelworkers of America, District No. 6*, [1972] O.L.R.B. Rep. 104; *Bachiu v. United Steelworkers of America, Local 1005*, [1975] O.L.R.B. Rep. 919.

mis à s'en enquérir, la pratique du syndicat en pareil cas, les intérêts des autres salariés et de l'unité de négociation dans son ensemble.

<sup>a</sup> Depuis cette décision, Monsieur P. Weiler, qui avait présidé le tribunal qui l'a rendue, dans son ouvrage intitulé *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), a suggéré, aux pp. 137 à 139, que le congédiement devrait donner ouverture dans tous les cas à un droit absolu à l'arbitrage pourvu que le salarié accepte d'en assumer les frais. Ce point de vue est rejeté par le Conseil canadien des relations de travail dans l'affaire *Haley* mentionnée dans *Lecavalier*, précité, et l'on ne peut dire que tel soit l'état actuel du droit. Voir aussi Margriet Zwarts, «The Duty of Fair Representation: Individual Rights in the Collective Bargaining Process, or Squaring the Circle», (1982) 28 McGill L.J. 59, aux pp. 86 et suivantes.

<sup>e</sup> La jurisprudence disponible par ailleurs est si abondante qu'il serait vain de tenter d'en faire une revue même sommaire. Je me contenterai de me référer aux décisions suivantes du Tribunal du travail du Québec: *Hubert c. Syndicat (unité) des policiers pompiers de la Ville de Nicolet*, [1980] T.T. 302; *Guérard c. Travailleurs canadiens de l'alimentation et d'autres industries, local 748*, [1980] T.T. 420; *Godin c. Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, local 2533*, [1979] T.T. 157; *Bécotte c. Syndicat canadien de la fonction publique, local 301*, [1979] T.T. 231; *Courchesne c. Syndicat des travailleurs de la corporation de batteries Cegelec (CBC) de Louiseville (CSN)*, [1978] T.T. 328; *Boulay c. Fraternité des policiers de la communauté urbaine de Montréal Inc.*, [1978] T.T. 319.

<sup>i</sup> Je me réfère en outre aux décisions suivantes du Ontario Labour Relations Board: *Baird v. Local 647, International Brotherhood of Teamsters*, [1972] O.L.R.B. Rep. 240; *Ellens v. Service Employees' Union, Local 204*, [1972] O.L.R.B. Rep. 770; *Van Der Wolf v. United Steelworkers of America, District No. 6*, [1972] O.L.R.B. Rep. 104; *Bachiu v. United Steelworkers of America, Local 1005*, [1975] O.L.R.B. Rep. 919.

All these decisions relate to the various legislative provisions on the duty of representation which were adopted—except for those in Ontario—after the present cause of action had arisen.

However, as mentioned above, the Canadian cases, following the U.S. precedents, had already recognized the existence of a union's duty of representation and of the resulting obligations.

The first judgment to this effect, which is the starting-point for all this case law, is *Fisher v. Pemberton* (1969), 8 D.L.R. (3d) 521, mentioned in *Rayonier Canada (B.C.) Ltd.*, *supra*.

The headnote states:

The broad authority of a trade union as exclusive bargaining representative of a unit of employees pursuant to the *Labour Relations Act*, R.S.B.C. 1960, c. 205, carries with it the responsibility of representing the interests of all employees fairly and impartially without hostility to any. Where a member of a trade union who is actively supporting a rival union in a jurisdictional dispute commits a breach of company regulations, an official of his union is not in breach of any duty to the member simply because he reports the breach of regulations to an officer of the company with the result that the member is discharged from his employment. The union has, however, a duty of fair representation of the member in connection with his subsequent grievance. In this respect the standards of a professional advocate cannot be imposed upon the union officials who are involved. Nevertheless, where the union men who appear on the member's behalf are hostile to him, and are anxious to see him out of the company's mill, and where they make no effort to obtain from the member and other witnesses an account of the events constituting the alleged breach of company regulations, so that a defence of the member is never put up, there is a breach of the duty of fair representation, and an action lies against the trade union for damages for breach of this duty. However, where the member would not have been reinstated by the company regardless of the representations which the union might have made and where the prospects of his gaining an arbitration award in his favour are negligible, the case is one for nominal damages only.

Toutes ces décisions se rapportent aux diverses dispositions législatives relatives au devoir de représentation adoptées, sauf celles de l'Ontario, après la naissance de la présente cause d'action.

Cependant, tel que déjà mentionné, la jurisprudence canadienne, s'inspirant de la jurisprudence américaine, avait déjà reconnu l'existence du devoir de représentation d'un syndicat et des obligations qui en découlent.

Le premier jugement à cet effet et qui est le point de départ de toute cette jurisprudence est celui de *Fisher v. Pemberton* (1969), 8 D.L.R. (3d) 521, mentionné dans *Rayonier Canada (B.C.) Ltd.*, précité.

Le sommaire du jugement expose:

[TRADUCTION] Les pouvoirs étendus d'un syndicat qui agit à titre d'agent négociateur exclusif d'un groupe d'employés conformément à la *Labour Relations Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 205, comportent l'obligation de défendre équitablement et impartialement les intérêts de tous les employés sans hostilité à l'égard de l'un d'eux. Lorsqu'un membre d'un syndicat qui appuie activement un syndicat rival dans un conflit juridictionnel contrevient aux règles de la compagnie, un dirigeant de son syndicat ne manque pas à son devoir envers le membre en question simplement parce qu'il fait part de cette faute à un cadre de la compagnie et que cela entraîne le renvoi du membre. Le syndicat a cependant l'obligation de représenter équitablement le membre si celui-ci dépose subséquemment un grief. A cet égard, on ne peut imposer aux dirigeants syndicaux concernés les critères applicables aux avocats. Néanmoins, lorsque des dirigeants sont hostiles à un membre qu'ils représentent et souhaitent vivement le voir quitter l'usine de la compagnie et lorsqu'ils ne font aucun effort pour obtenir du membre en question et d'autres témoins un compte rendu des événements qui ont donné lieu à la prétendue violation des règles de la compagnie, de sorte que le membre en question est privé de tout moyen de défense, le syndicat ne remplit pas son devoir de représentation équitable et il peut faire l'objet d'une poursuite en dommages-intérêts en raison de l'inexécution de cette obligation. Cependant, un membre ne pourrait obtenir que des dommages-intérêts symboliques s'il n'était pas réintégré par la compagnie indépendamment des observations que le syndicat aurait pu présenter et si les chances qu'une sentence arbitrale soit prononcée en sa faveur étaient négligeables.

On the law, Macdonald J.A. wrote at pp. 540-41:

In the circumstances of this case what duty in law did Spencer owe the plaintiff when acting in the course of his office as acting president of Local 592? That duty is not spelled out in any Canadian decisions of which I am aware, but there are decisions of the Supreme Court of the United States which are in point. They define the duty with which I am concerned in a way which, with respect, appeals to me as sound and I therefore apply them in this case. I refer, first, to the judgment of White, J., expressing the views of five members of the Supreme Court in *Humphrey et al. v. Moore* (1964), 375 U.S. 335, in which he said the following at p. 342:

The undoubted broad authority of the union as exclusive bargaining agent in the negotiation and administration of a collective bargaining contract is accompanied by a responsibility of equal scope, the responsibility and duty of fair representation. *Syres v. Oil Workers Union*, 350 U.S. 892 . . . "By its selection as bargaining representative, it has become the agent of all the employees, charged with the responsibility of representing their interests fairly and impartially". *Wallace Corp. v. Labor Board*, 323 U.S. 248, 255. The exclusive agent's obligation "to represent all members of an appropriate unit requires (it) to make an honest effort to serve the interests of all of those members, without hostility to any . . ." and its powers are "subject always to complete good faith and honesty of purpose in the exercise of its discretion." *Ford Motor Co. v. Huffman*, 345 U.S. 330, . . .

Mr. Justice White delivered the opinion of the Court in *Vaca et al. v. Sipes, Administrator* (1967), 386 U.S. 171. He gave this exposition of the duty at p. 177:

It is now well established that, as the exclusive bargaining representative of the employees in Owens' bargaining unit, the Union had a statutory duty fairly to represent all of those employees, both in its collective bargaining with Swift, see *Ford Motor Co. v. Huffman*, 345 U.S. 330; . . . and in its enforcement of the resulting collective bargaining agreement, see *Humphrey v. Moore*, . . . The statutory duty of fair representation was developed over 20 years ago in a series of cases involving alleged racial discrimination by unions certified as exclusive bargaining representatives under the Railway Labor Act, . . . and was soon extended to unions certified under the N.L.R.A., see *Ford Motor Co. v. Huffman, supra*. Under this doctrine, the exclusive agent's statutory authority to represent all members of a designated unit includes a statutory obligation to serve the interests of all mem-

Sur le droit, le juge Macdonald écrit aux pp. 540 et 541:

[TRADUCTION] Dans les circonstances de l'espèce, quelle obligation légale Spencer avait-il envers le demandeur lorsqu'il a agi à titre de président par intérim de la section locale 592? Cette obligation n'est déterminée dans aucune des décisions canadiennes que je connais mais certains arrêts de la Cour suprême des États-Unis sont pertinents. Ils définissent cette obligation d'une façon qui, avec égards, m'apparaît juste et je les appliquerai par conséquent au présent cas. Je citerai tout d'abord la décision du juge White qui s'est prononcé au nom de cinq membres de la Cour suprême dans l'arrêt *Humphrey et al. v. Moore* (1964), 375 U.S. 335, où il a dit à la p. 342:

Les pouvoirs incontestablement étendus du syndicat qui agit à titre d'agent négociateur exclusif pour les fins de la négociation et de l'application d'une convention collective comportent une responsabilité d'étendue comparable: le devoir de représentation équitable. *Syres v. Oil Workers Union*, 350 U.S. 892 . . . «Ayant été choisi à titre d'agent négociateur, il est devenu le représentant de tous les employés, chargé de défendre leurs intérêts d'une façon équitable et impartiale». *Wallace Corp. v. Labor Board*, 323 U.S. 248, 255. L'obligation exclusive d'un agent «de représenter tous les membres d'une unité donnée exige qu'il s'efforce de défendre leurs intérêts sans hostilité envers l'un deux . . . » et il doit «toujours faire preuve de bonne foi dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire». *Ford Motor Co. v. Huffman*, 345 U.S. 330, . . .

Le juge White a rendu le jugement de la Cour dans l'arrêt *Vaca et al. v. Sipes, Administrator* (1967), 386 U.S. 171. Il a défini l'obligation en question à la p. 177:

Il est maintenant reconnu que, en qualité d'agent négociateur exclusif des employés d'Owens, le syndicat avait l'obligation légale de représenter équitablement tous ces employés aussi bien en négociant avec Swift, voir *Ford Motor Co. v. Huffman*, 345 U.S. 330; . . . qu'en appliquant la convention collective qui en a résulté, voir *Humphrey v. Moore*, . . . L'obligation légale de représentation équitable a été créée il y a plus de 20 ans dans une série de causes où des syndicats accrédités à titre d'agents négociateurs exclusifs conformément à la Railway Labor Act se seraient rendus coupables de discrimination raciale, . . . et cette obligation s'est rapidement étendue aux syndicats accrédités conformément à la N.L.R.A., voir *Ford Motor Co. v. Huffman, précité*. En vertu de cette doctrine, le pouvoir légal de l'agent exclusif de représenter tous les membres d'une unité désignée

bers without hostility or discrimination toward any, to exercise its discretion with complete good faith and honesty, and to avoid arbitrary conduct. *Humphrey v. Moore*, 375 U.S., at 342.

After a lengthy analysis of the evidence, Macdonald J.A. held the union liable as follows, at pp. 546-47:

There is now the question whether Local 592 was in breach of its duty of fair representation of the plaintiff in connection with his grievance. Now, the standards of a professional advocate cannot be imposed upon the union officials who were involved. These were simply men employed at the mill who happened at the time to be elected to union office. But I am of the opinion that there was a failure of duty here. An important factor is that with the exception of Girbav, all the union men who appeared on the plaintiff's behalf were hostile to him. I am sure that they were all anxious to see him out of the mill. This made it more than usually important to ensure that he was given adequate representation. No attempt was made in connection with the second and third stages in the procedure to obtain from the plaintiff and lay before the Company officials Fisher's account of what happened the evening of July 31st, and his explanations therefor. Nor were the other men present in the pipe shop interviewed. A defence of the plaintiff was never put up. He was in effect pleaded guilty at the outset—and without his consent—and argument directed only to the question of penalty. I recognize that the union representatives may well have been somewhat overwhelmed by the formidable list of past incidents of misconduct which were alleged against Fisher. Counsel for the defendants pointed out that the grievance was processed without delay. However, in the circumstances I am doubtful that this is a factor favouring the union men involved. I prefer Bryan's evidence to that of Fisher, and think that he may very well have offered on August 7th to assist the plaintiff with a letter to the International. But it was a meaningless gesture in view of the circular, ex. 14, to all locals of the International in British Columbia and Alberta which was put out by Local 592 the same day. In *Vaca v. Sipes, supra*, White, J., had this to say on p. 194:

In administering the grievance and arbitration machinery as statutory agent of the employees, a union must, in good faith and in a nonarbitrary manner,

comprend l'obligation légale de défendre leurs intérêts sans hostilité ni discrimination envers l'un d'eux, d'exercer son pouvoir discrétionnaire en toute bonne foi et d'éviter de se comporter d'une façon arbitraire. *Humphrey v. Moore*, 375 U.S., à la p. 342.

Après une longue analyse de la preuve, le juge Macdonald conclut à la responsabilité du syndicat en ces termes, aux pp. 546 et 547:

[TRADUCTION] Il faut maintenant se demander si la section locale 592 a manqué à son devoir de représenter équitablement le demandeur pour les fins de son grief. On ne peut imposer aux dirigeants syndicaux en cause les critères applicables aux avocats. Ils étaient de simples employés d'usine élus au secrétariat syndical. Je suis cependant d'avis que, dans le présent cas, cette obligation n'a pas été remplie. Il importe de souligner que, à l'exception de Girbav, tous les employés du syndicat qui ont comparu pour le compte du demandeur lui étaient hostiles. Je suis convaincu qu'ils souhaitaient tous vivement le voir quitter l'usine. Ainsi, il fallait d'autant plus s'assurer que le demandeur était représenté adéquatement. Aux deuxième et troisième paliers de la procédure de grief, on n'a pas tenté d'obtenir du demandeur ni de soumettre aux cadres de la compagnie la version et les explications de Fisher concernant les événements survenus le soir du 31 juillet. On n'a pas non plus interviewé les autres hommes qui se trouvaient dans l'atelier de la tuyauterie. Le demandeur a été privé de tout moyen de défense. Il était reconnu coupable dès le début—sans son consentement—et les arguments n'ont porté que sur la question de la peine. J'admets que les représentants du syndicat ont pu être quelque peu décontenancés par la série impressionnante d'incidents antérieurs qui ont donné lieu aux allégations de mauvaise conduite contre Fisher. L'avocat des défendeurs a fait remarquer que la procédure de grief s'est déroulée sans délai. Je doute cependant, à la lumière des circonstances, qu'il s'agisse d'un facteur favorisant les employés concernés du syndicat. Je préfère le témoignage de Bryan à celui de Fisher et je pense qu'il a très bien pu offrir, le 7 août, de venir en aide au demandeur en envoyant une lettre à l'International. Il s'agissait cependant d'un geste sans importance, étant donné la circulaire, pièce 14, qui a été envoyée le même jour par la section locale 592 à toutes les sections locales de l'International en Colombie-Britannique et en Alberta. Dans l'arrêt *Vaca v. Sipes*, précité, le juge White a dit à la p. 194:

Dans l'application de la procédure de grief et d'arbitrage, un syndicat doit, en qualité d'agent légal des employés, prendre des décisions de bonne foi et de

make decisions as to the merits of particular grievances. See *Humphrey v. Moore* . . .

Certainly in this case the local union did not make in a nonarbitrary manner a decision as to the merits of Fisher's grievance. The whole matter was handled in a perfunctory way. I conclude therefore that the plaintiff has proved against Local 592 the breach of duty charged.

In an article entitled "Le devoir de représentation des associations de salariés en droit canadien et québécois", (1981) 41 R. du B. 639, Professor Jean Denis Gagnon of the University of Montréal Faculty of Law observed at pp. 645-46:

[TRANSLATION] In Canada, before the adoption of legislation concerning associations' duty of representation, the courts heard a number of actions in damages brought against employee associations or their representatives by employees who, following decisions taken by their employer, were disappointed in their expectations that their grievance would be taken to arbitration. In the judgments which they gave, the Canadian courts generally adopted the rules developed in the U.S. cases. Thus, several judgments held that in such cases it is for the plaintiff to show that the union which was supposed to represent him had demonstrated bad faith, had acted arbitrarily, had indicated hostility or had committed serious negligence.

These rules were applied in Quebec in several judgments which unfortunately are nowhere to be found in the reports (several of these judgments are mentioned in the judgment of the Labour Court in *Boulay v. La Fraternité des Policiers de la C.U.M. et le Conseil de Sécurité de la C.U.M.*, [1978] T.T. 319), and they were generally followed until the Canadian and Quebec legislators amended the labour codes so as to expressly impose on unions a duty to fairly represent employees for whom they are the spokesmen in respect of the employer. Of the judgments rendered elsewhere in Canada, the decision of the British Columbia Supreme Court in *Fisher v. Pemberton* (1969), 8 D.L.R. (3d) 521, is undoubtedly the one which has received the most general comment. (See especially Bernard L. Adell, *The Duty of Fair Representation—Effective Protection for Individual Rights in Collective Agreements*, (1970) 25 Rel. Industrielles 602.) Discussing the arbitrary attitude of union leaders, the Court applied in its judgment the concept developed by the United States Supreme Court in dealing with such an attitude in *Vaca v. Sipes*, 386 U.S. 171, stating that the union must genuinely attempt

façon non arbitraire en ce qui concerne le bien-fondé de certains griefs. Voir *Humphrey v. Moore* . . .

Dans le présent cas, le syndicat local n'a certainement pas pris une décision de façon non arbitraire en ce qui concerne le bien-fondé du grief de Fisher. Toute la question a été traitée de façon négligente. Je conclus par conséquent que le demandeur a prouvé que la section locale 592 n'a pas rempli son obligation.

Dans un article intitulé «Le devoir de représentation des associations de salariés en droit canadien et québécois», (1981) 41 R. du B. 639, le professeur Jean Denis Gagnon de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, observe aux pp. 645 et 646:

Au Canada, avant l'adoption de dispositions législatives traitant du devoir de représentation des associations, les tribunaux furent saisis d'un certain nombre d'actions en dommages intentées contre des associations de salariés ou leurs représentants par des employés qui, à la suite de décisions prises par leur employeur, avaient été frustrés dans leur attente de voir leur grief porté à l'arbitrage. Dans les jugements qu'ils prononcèrent, les tribunaux canadiens s'inspirèrent généralement des principes élaborés par la jurisprudence américaine. Ainsi, ils affirmèrent en de nombreux arrêts, qu'en de tels cas il incombait au demandeur de démontrer que le syndicat qui devait le représenter avait fait preuve de mauvaise foi, avait agi d'une manière arbitraire, ou s'était montré hostile, ou encore avait commis une négligence grave.

Ces règles furent appliquées au Québec dans de nombreux jugements dont on ne trouve malheureusement pas trace dans les recueils de jurisprudence (plusieurs de ces jugements sont mentionnés dans le jugement rendu par le Tribunal du travail dans l'affaire *Boulay c. La Fraternité des Policiers de la C.U.M. et le Conseil de Sécurité de la C.U.M.*, (1978) T.T. 319); et elles furent généralement suivies jusqu'à ce que les législateurs canadiens et québécois modifient les codes du travail de manière à imposer en termes exprès aux syndicats, le devoir de représenter justement les salariés dont ils sont les porte-parole, vis-à-vis de leur employeur. Parmi les jugements prononcés ailleurs au Canada, l'arrêt de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Fisher c. Pemberton* (1969), 8 D.L.R. (3d) 521, est certes celui qui a été le plus abondamment commenté. (Voir principalement Bernard L. Adell, *The Duty of Fair Representation—Effective Protection for Individual Rights in Collective Agreements*, (1970) 25 Rel. Industrielles 602.) Traitant de l'attitude arbitraire des dirigeants syndicaux, la cour retient dans son jugement la notion qui avait été dégagée par la Cour suprême des

to effectively represent the employees and cannot limit itself merely to formal gestures made simply to preserve appearances.

This brief review of certain U.S. and Canadian cases which have marked the development of the case law on the duty of representation of employee associations seemed to be necessary, as it indicates how the Canadian legislators who adopted rules in this regard after 1971 have been influenced by the rules developed by the courts.

The unpublished judgments of the Quebec courts to which Professor Gagnon refers in this passage are the following: *Doyon v. Ville de Laval*, S.C. Mtl., No. 736-125, May 22, 1968; *Herder v. G. Lapalme Inc.*, S.C. Mtl., No. 777-401, February 24, 1972; *Brais v. Association des contremaîtres de la C.E.C.M.*, S.C. Mtl., No. 813-850, May 29, 1972; *Hamilton v. Union des arts graphiques de Montréal*, S.C. Mtl., No. 818-113, September 6, 1973, affirmed on appeal C.A. Mtl., No. 500-09-000773-73, January 7, 1980; *Dalton v. Union internationale des employés professionnels et de bureau, local 409*, S.C. St-Maurice, No. 410-05-000255-74, May 24, 1977, affirmed on appeal C.A. Qué., No. 200-09-000298-77, April 12, 1983. The same concepts are applied as those stated in *Fisher v. Pemberton*, *supra*, and the causes on which a union's liability may be based are given as negligence, recklessness, carelessness, bad faith, animosity, dishonesty and malice.

The duty of representation arises out of the exclusive power given to a union to act as spokesman for the employees in a bargaining unit.

In *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206, Judson J. for a majority of this Court described at p. 212 the status conferred on a certified union of exclusive representative of all employees who are members of the bargaining unit:

The union is, by virtue of its incorporation under the *Professional Syndicates' Act* and its certification under the *Labour Relations Act*, the representative of all the employees in the unit for the purpose of negotiating the

États-Unis quant à telle attitude, dans l'affaire *Vaca c. Sipes*, 386 U.S. 171, affirmant que le syndicat doit véritablement tenter de représenter efficacement les salariés et ne pas se limiter à de simples démarches formelles accomplies dans le but de sauver certaines apparences.

Ce bref rappel de quelques arrêts américains et canadiens qui ont marqué l'évolution de la jurisprudence portant sur le devoir de représentation des associations de salariés paraissait utile, car il permet de réaliser combien les législateurs canadiens qui ont adopté des règles à ce sujet à partir de 1971 furent tributaires des principes énoncés par les tribunaux.

Les jugements inédits des tribunaux québécois auxquels le professeur Gagnon réfère dans ce passage sont les suivants: *Doyon c. Ville de Laval*, C.S. Mtl., n° 736-125, 22 mai 1968; *Herder c. G. Lapalme Inc.*, C.S. Mtl., n° 777-401, 24 février 1972; *Brais c. Association des contremaîtres de la C.E.C.M.*, C.S. Mtl., n° 813-850, 29 mai 1972; *Hamilton c. Union des arts graphiques de Montréal*, C.S. Mtl., n° 818-113, 6 septembre 1973, confirmé en appel C.A. Mtl., n° 500-09-000773-73, 7 janvier 1980; *Dalton c. Union internationale des employés professionnels et de bureau, local 409*, C.S. St-Maurice, n° 410-05-000255-74, 24 mai 1977, confirmé en appel C.A. Qué., n° 200-09-000298-77, 12 avril 1983. Il y est fait état des mêmes concepts que ceux énoncés dans *Fisher v. Pemberton*, précité, et sont mentionnées comme causes de la responsabilité d'un syndicat la négligence, l'insouciance, l'incurie, la mauvaise foi, l'animosité, la malhonnêteté, la malice.

Le devoir de représentation trouve sa source dans le pouvoir exclusif qui est reconnu à un syndicat d'agir à titre de porte-parole des employés faisant partie d'une unité de négociation.

Dans *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206, le juge Judson, au nom de la majorité de cette Cour, décrit ainsi, à la p. 212, le caractère de représentant exclusif de tous les salariés membres de l'unité d'accréditation conféré au syndicat accrédité:

[TRADUCTION] Étant constitué conformément à la *Loi sur les syndicats professionnels* et accrédité conformément à la *Loi des relations ouvrières*, le syndicat est le représentant de tous les employés de l'unité pour les

labour agreement. There is no room left for private negotiation between employer and employee. Certainly to the extent of the matters covered by the collective agreement, freedom of contract between master and individual servant is abrogated.

The following principles, concerning a union's duty of representation in respect of a grievance, emerge from the case law and academic opinion consulted.

1. The exclusive power conferred on a union to act as spokesman for the employees in a bargaining unit entails a corresponding obligation on the union to fairly represent all employees comprised in the unit.

2. When, as is true here and is generally the case, the right to take a grievance to arbitration is reserved to the union, the employee does not have an absolute right to arbitration and the union enjoys considerable discretion.

3. This discretion must be exercised in good faith, objectively and honestly, after a thorough study of the grievance and the case, taking into account the significance of the grievance and of its consequences for the employee on the one hand and the legitimate interests of the union on the other.

4. The union's decision must not be arbitrary, capricious, discriminatory or wrongful.

5. The representation by the union must be fair, genuine and not merely apparent, undertaken with integrity and competence, without serious or major negligence, and without hostility towards the employee.

#### Application to the Case at Bar

The Superior Court judge stated that the union has [TRANSLATION] "... an obligation to ensure that the collective agreement is applied fairly and equitably, without taking any arbitrary or discriminatory decisions and taking all necessary steps to fully protect the employee's interests".

Essentially, the Superior Court judge felt that the Guild had not undertaken a [TRANSLATION] "substantive investigation", which would have

fins de la négociation de la convention de travail. Les négociations privées entre l'employeur et employé n'ont plus leur place. Il est certain qu'au regard des matières visées par la convention collective, la liberté contractuelle entre maître et employé individuel est supprimée.

De la jurisprudence et de la doctrine consultées se dégagent les principes suivants, en ce qui touche le devoir de représentation d'un syndicat relativement à un grief:

1. Le pouvoir exclusif reconnu à un syndicat d'agir à titre de porte-parole des employés faisant partie d'une unité de négociation comporte en contrepartie l'obligation de la part du syndicat d'une juste représentation de tous les salariés compris dans l'unité.

2. Lorsque, comme en l'espèce et comme c'est généralement le cas, le droit de porter un grief à l'arbitrage est réservé au syndicat, le salarié n'a pas un droit absolu à l'arbitrage et le syndicat jouit d'une discrétion appréciable.

3. Cette discrétion doit être exercée de bonne foi, de façon objective et honnête, après une étude sérieuse du grief et du dossier, tout en tenant compte de l'importance du grief et des conséquences pour le salarié, d'une part, et des intérêts légitimes du syndicat d'autre part.

4. La décision du syndicat ne doit pas être arbitraire, capricieuse, discriminatoire, ni abusive.

5. La représentation par le syndicat doit être juste, réelle et non pas seulement apparente, faite avec intégrité et compétence, sans négligence grave ou majeure, et sans hostilité envers le salarié.

#### Application à l'espèce

Le juge de la Cour supérieure énonce que le syndicat a «... l'obligation d'assurer l'application de la convention collective de façon juste et équitable, sans prendre de décision arbitraire ou discriminatoire et en prenant toutes les dispositions nécessaires afin que les intérêts de l'employé soient bien protégés».

Essentiellement, le juge de la Cour supérieure reproche à la Guilde de n'avoir pas fait d'«enquête approfondie» qui lui aurait fait découvrir qu'il ne

indicated to it that this was not a transfer but a disguised dismissal, and so subject to arbitration.

The judge wrote:

[TRANSLATION] Reasonably thorough research on these lines would have shown that the type of duties plaintiff was being asked to perform were unacceptable.

He went on to say:

[TRANSLATION] Because of the nature of the new duties assigned to plaintiff, it was clear that the transfer was not a transfer.

In these circumstances, the fact of having obtained a legal opinion was not sufficient, and he concluded that the Guild had failed in its essential duties and was fully liable.

The Court of Appeal also was of the view that respondent's transfer constituted a disguised dismissal, and was accordingly subject to arbitration. L'Heureux-Dubé J.A. wrote, at p. 445:

[TRANSLATION] As I have already pointed out, my analysis of the evidence leads me to conclude, in common with the trial judge, that Gagnon's transfer actually constituted a dismissal in the circumstances of the case at bar. While, by virtue of the right of management recognized by the collective agreement, the L.P.A. had the power to transfer Gagnon, in my opinion it was not this right but the right to dismiss him which it exercised when it transferred Gagnon.

The Court of Appeal attributed to the Guild the same wrongful act as did the Superior Court, namely that of failing to undertake an investigation into the way in which respondent Gagnon had been treated, which would have shown it that his transfer constituted a disguised dismissal.

L'Heureux-Dubé J.A. wrote at p. 453:

[TRANSLATION] In light of these facts, I consider that the Guild has made itself liable here. After taking the grievance to the first three levels, in light of the information which it already had, the Guild could not be unaware of the validity of the grievance. Considering Gagnon's insistence that his grievance be taken to arbitration and considering the full facts submitted to it by him, the Guild should have undertaken a thorough investigation which would have disclosed not only the unfair treatment of Gagnon by the L.P.A., but the fact that Gagnon's transfer was actually only a disguised

s'agissait pas d'une mutation mais d'un congédiement déguisé, donc sujet à arbitrage.

Le juge écrit:

<sup>a</sup> Des recherches quelque peu sérieuses dans ce sens, auraient dû démontrer que le genre de tâches qu'on demandait au demandeur d'effectuer étaient inacceptables.

Il ajoute plus loin:

<sup>b</sup> A cause de la nature des nouvelles tâches confiées au demandeur, il était évident que la mutation n'en était pas une.

<sup>c</sup> Dans ces circonstances, le fait d'avoir obtenu une opinion juridique n'était pas suffisant et il conclut que la Guild a manqué à ses devoirs essentiels et que sa responsabilité est entièrement engagée.

<sup>d</sup> La Cour d'appel est également d'avis que la mutation de l'intimé constituait un congédiement déguisé et par conséquent sujet à arbitrage. Le juge L'Heureux-Dubé écrit, à la p. 445:

<sup>e</sup> Comme je l'ai déjà souligné, mon analyse de la preuve m'amène, en accord avec le premier juge, à conclure que la mutation de Gagnon constituait un véritable congédiement dans les circonstances de l'espèce. Si, en vertu du droit de gérance que lui reconnaît la convention collective, l'A.P.L. avait le pouvoir de muter Gagnon, ce n'est pas ce droit, à mon avis, mais bien le droit de le congédier qu'elle exerçait lorsqu'elle a muté Gagnon.

<sup>g</sup> La Cour d'appel adresse à la Guild le même reproche que la Cour supérieure, soit de ne pas avoir fait une enquête sur la façon dont on traitait l'intimé Gagnon, qui aurait permis de constater que sa mutation constituait un congédiement déguisé.

<sup>h</sup> Le juge L'Heureux-Dubé écrit à la p. 453:

<sup>i</sup> A la lumière de ces données, je suis d'avis que la Guild a ici engagé sa responsabilité. Ayant porté le grief aux trois premiers paliers, compte tenu des informations qu'elle possédait déjà, la Guild ne pouvait ignorer le sérieux du grief. Devant l'insistance de Gagnon à poursuivre son grief à l'arbitrage et devant les faits complets que ce dernier lui avait soumis, la Guild se devait de faire une enquête sérieuse qui aurait révélé non seulement le traitement injuste que l'A.P.L. avait fait subir à Gagnon mais le fait qu'effectivement la mutation de Gagnon n'était qu'une façon déguisée de le



means of dismissing him. The failure of the Guild to undertake such an investigation, in circumstances which ought logically to have led it to do so, constitutes in my view a fault, a failure in its duty to adequately represent the legitimate interests of its member.

She went on to say, at p. 454:

[TRANSLATION] The decision not to take the grievance to arbitration, in the circumstances of the case at bar, constitutes an arbitrary and wrongful decision which is contrary to the employee's legitimate interests. It was taken negligently, without thorough investigation.

These passages are difficult to reconcile with the earlier passage, found at p. 446, in which L'Heureux-Dubé J.A. held that respondent's refusal to go to Montréal to meet with legal counsel for the Guild when the latter was preparing to review the situation was justified, since respondent Gagnon had submitted all the necessary facts and the Guild had all the information it needed to decide to proceed with respondent Gagnon's case:

[TRANSLATION] Even admitting that it is the employee's responsibility to provide his union with all the relevant facts needed to support his grievance, and to meet with counsel retained by the Guild to look into the matter, I consider that in the case at bar Gagnon had given his union all the facts supporting his grievance and had done everything necessary to enable the union and its counsel to take an informed decision. A further interview was not essential, and the reasons cited by Gagnon in support of his refusal appear valid to me, and not to have been prompted by a desire not to co-operate. On the contrary, in my opinion Gagnon co-operated at all times and showed that he earnestly desired that his grievance should be taken to arbitration, and at this stage the Guild had all the information it needed to decide to proceed with Gagnon's case. This argument is rejected.

In another respect the judge found that it was not conclusively shown that the Guild had itself acted in a manner hostile to Gagnon in handling his grievance (p. 454).

L'Heureux-Dubé J.A. further said that in her opinion there [TRANSLATION] "... is no evidence which necessarily indicates that there was a conspiracy between the Guild and the L.P.A. to force Gagnon out of his job, or any malicious conduct towards Gagnon" (p. 454).

congédié. Le défaut de la Guilde de mener une telle enquête, dans des circonstances qui auraient dû logiquement l'amener à la poursuivre, constitue à mon sens une faute, un manquement à son devoir de représenter adéquatement les intérêts légitimes de son syndiqué.

Elle ajoute, à la p. 454:

La décision de ne pas porter le grief à l'arbitrage, dans les circonstances de l'espèce, constitue une décision arbitraire, abusive et contraire aux intérêts légitimes du syndiqué. Elle a été prise de façon négligente, sans enquête sérieuse.

Ces passages sont difficiles à réconcilier avec le passage antérieur que l'on trouve à la p. 446, où le juge L'Heureux-Dubé décide que le refus de l'intimé de se rendre à Montréal rencontrer le conseiller juridique de la Guilde alors que celle-ci était à reconsidérer la situation, était justifié puisque l'intimé Gagnon avait soumis tous les faits nécessaires et que la Guilde avait tous les éléments pour décider de prendre en main la cause de l'intimé Gagnon:

Même s'il faut admettre qu'il appartient au syndiqué de soumettre à son syndicat tous les faits pertinents propres à étayer son grief et de répondre à l'invitation d'un procureur retenu par la Guilde pour examiner l'affaire, il m'apparaît qu'en l'espèce, Gagnon avait soumis à son syndicat tous les faits à l'appui de son grief et fait toutes les démarches nécessaires pour permettre au syndicat et à son procureur de prendre une position éclairée. L'entrevue additionnelle n'était pas essentielle, et les raisons invoquées par Gagnon à l'appui de son refus m'apparaissent sérieuses et non inspirées par un désir de ne pas coopérer. À mon avis, Gagnon a plutôt coopéré en tout temps et démontré qu'il désirait ardemment que son grief soit porté à l'arbitrage et, à ce stade, la Guilde avait tous les éléments pour décider de prendre en main la cause de Gagnon. Ce moyen n'est pas retenu.

Par ailleurs, le juge est d'avis qu'il n'a pas été démontré de façon concluante que la Guilde a elle-même agi de façon hostile à l'égard de Gagnon dans le traitement de son grief (p. 454).

Le juge L'Heureux-Dubé se dit également d'avis qu'il "... n'existe pas de preuve qui emporte nécessairement conviction qu'il y a eu complot entre la Guilde et l'A.P.L. pour évincer Gagnon de son emploi ou conduite malicieuse envers Gagnon" (p. 454).

With regard to the opinion of legal counsel, L'Heureux-Dubé J.A. wrote at p. 454:

[TRANSLATION] The Guild also cannot take refuge behind the opinion of its legal counsel that the grievance was not arbitrable, since despite the opinion which he initially gave, the latter subsequently changed his view and said he was prepared to take the grievance to arbitration.

This last statement should be corrected, as in his opinion of October 4, 1973 legal counsel wrote the following, which I again reproduce:

Subject to my written opinion of March 27, 1973, concerning the matter of whether or not it can be successfully argued that a demotion in this case can be deemed to be a dismissal or equivalent to a dismissal, I am prepared to bring the matter up before an arbitrator, the whole in accordance with the terms and conditions governing your present Collective Agreement, in order to determine if there were sufficient causes for the Authority to act thus in this case.

L'Heureux-Dubé J.A. sought support in *General Motors of Canada Ltd. v. Brunet, supra*, and citing a passage from the decision of Pigeon J., at p. 548, she concluded at p. 454:

[TRANSLATION] In the case at bar, bad faith is alleged and in my opinion, the negligence and incompetence which have been demonstrated here must be treated as amounting to bad faith, if that is indeed the only criterion which should guide the Court, which I do not think it is.

The full passage at p. 548 of *General Motors of Canada Ltd. v. Brunet* is as follows:

I do not find it necessary to consider to what extent the Union may be obliged to take an employee's grievance to the third stage. In any case, para. 31 clearly gives the Union the sole responsibility of deciding whether it will go to the next stage. With respect to recourse to arbitration, the wording is equally clear: the only person who can claim it, according to para. 33, is the Canadian Director or his designated representative. It would be absolutely contrary to these provisions to allow the discharged employee to ask the courts to assume the function of the arbitrator appointed by the agreement, if the Union drops the grievance rather than carrying it to arbitration. The situation might be different if the Union acted in bad faith, but good faith is to be presumed and there is no allegation of bad faith.

Quant à l'opinion du conseiller juridique, le juge L'Heureux-Dubé écrit, à la p. 454:

La Guilde ne peut non plus se retrancher derrière l'opinion de son conseiller juridique quant à la non-arbitrabilité du grief puisque ce dernier, malgré l'opinion qu'il avait d'abord donnée, s'est subséquemment ravisé pour se déclarer prêt à porter le grief à l'arbitrage.

Cette dernière affirmation doit être corrigée car dans son opinion de 4 octobre 1973, le conseiller juridique écrit ce passage que je reproduis de nouveau:

[TRADUCTION] Sous réserve de mon opinion écrite du 27 mars 1973 sur la question de savoir si on peut prétendre avec succès que la rétrogradation en l'espèce peut être considérée comme un congédiement ou comme l'équivalent d'un congédiement, je suis disposé à porter l'affaire devant un arbitre, le tout conformément aux modalités qui régissent votre présente convention collective, afin d'établir si l'Administration avait des raisons suffisantes d'agir comme elle l'a fait en l'espèce.

Le juge L'Heureux-Dubé cherche appui dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*, précité, et cite un extrait d'un passage du juge Pigeon, à la p. 548, pour conclure, à la p. 454:

Dans la présente instance, la mauvaise foi est alléguée et, à mon avis, la négligence et l'incompétence dont on a fait ici la preuve doivent être assimilées à mauvaise foi, si tant est que ce soit là l'unique critère qui doive nous guider, ce que je ne crois pas.

Le passage complet, à la p. 548, de l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet* est le suivant:

Il ne me paraît pas nécessaire de rechercher dans quelle mesure le Syndicat peut être obligé de pousser le grief d'un employé jusqu'à la troisième étape. De toute façon, le texte du par. 31 laisse clairement au Syndicat seul le soin de décider s'il passera à l'étape suivante. Quant au recours à l'arbitrage, le texte est également clair: le seul qui, selon le par. 33, puisse le réclamer c'est le directeur canadien ou son représentant désigné. C'est aller directement à l'encontre de ces stipulations que de permettre à l'employé renvoyé de demander aux tribunaux de se substituer à l'arbitre désigné par la convention, si le Syndicat laisse tomber le grief au lieu de le pousser jusqu'à l'arbitrage. Il pourrait en être autrement au cas où le Syndicat agirait de mauvaise foi, mais la bonne foi se présume et il n'y a pas d'allégation de mauvaise foi.

It can clearly be seen that Pigeon J. refrains from dealing with a union's obligation to take a grievance to the third stage. The gist of the passage cited above is that it would be contrary to the provisions of the agreement to recognize that the employee has any recourse in the courts against his employer when the Union decides not to take a grievance any further. The reference to bad faith seems to be a qualification to the rule stated, indicating that if the grievance has been abandoned in bad faith, the situation could be different and perhaps in such a case an employee would have an action in the courts. In my view, *General Motors of Canada Ltd. v. Brunet* does not in any way support the finding of the Court of Appeal, especially as at p. 552 we find the following passage, which clearly indicates that the Court was making no ruling on actions by an employee in the case of bad faith by the Union, or indeed on whether such an action by the employee would only exist in the case of bad faith, or as to what the phrase "bad faith" means:

It does not appear necessary to consider what recourse an employee would have if the certified union which signed the collective agreement refused in bad faith to submit a grievance and whether there is a distinction to be made depending on the employer's awareness or ignorance of such bad faith.

In short, the only finding made by the Superior Court and the Court of Appeal against the Guild is that it did not undertake an investigation into the treatment given to respondent, one which would have shown the Guild that this treatment was so unfair that its purpose must have been to induce respondent Gagnon to resign or to provoke insubordination or misconduct by him which would have justified his eventual dismissal. Yet the Court of Appeal was satisfied that the Guild had been made aware of all the facts which it, and its counsel, needed in order to take an informed decision, and that [TRANSLATION] "the Guild had all the information it needed to decide to proceed with Gagnon's case", so much so that an interview by the latter with counsel was not essential.

The Court of Appeal also found that it was not established that the Guild had acted with hostility towards Gagnon, and there is no evidence which

Il apparaît clairement que le juge Pigeon s'abstient de traiter de l'obligation d'un syndicat de pousser un grief jusqu'à la troisième étape. L'objet du passage précité est de dire que ce serait aller à l'encontre des dispositions de la convention que de reconnaître à l'employé un recours aux tribunaux contre son employeur lorsque le syndicat décide de ne pas pousser plus loin un grief. Quant à l'allusion faite à la mauvaise foi, cela me semble un tempérament à la règle énoncée, laissant entendre que si c'est de mauvaise foi que le grief a été abandonné, la situation pourrait être différente et peut-être en pareil cas y aurait-il un recours de l'employé aux tribunaux. À mon avis, l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet* n'appuie, en aucune façon, la conclusion de la Cour d'appel. D'autant plus qu'à la p. 552 on trouve le passage suivant qui indique bien que la Cour ne se prononce pas sur les recours du salarié au cas de mauvaise foi de la part du syndicat, non plus qu'elle se prononce à savoir si tel recours du salarié n'existerait que dans le seul cas de mauvaise foi, ni à savoir ce que comprend l'expression «mauvaise foi»:

Il ne me paraît pas nécessaire de rechercher quel recours un salarié pourrait exercer au cas où le syndicat accrédité, signataire de la convention collective, refuserait de mauvaise foi de faire valoir son grief et s'il y a une distinction à faire selon que l'employeur le sait ou l'ignore.

Bref, le seul reproche que la Cour supérieure et la Cour d'appel adressent à la Guilde est de n'avoir pas fait une enquête sur le traitement fait à l'intimé, laquelle aurait permis à la Guilde de constater que ce traitement était injuste au point de n'avoir pour objet que d'inciter l'intimé Gagnon à démissionner ou à provoquer de sa part une insubordination ou une inconduite qui aurait justifié son congédiement éventuel. La Cour d'appel pourtant est d'avis que la Guilde avait été mise au courant de tous les faits pour lui permettre, ainsi qu'à son procureur, de prendre une position éclairée, et que «la Guilde avait tous les éléments pour décider de prendre en main la cause de Gagnon» si bien qu'une entrevue de ce dernier avec le procureur n'était pas essentielle.

La Cour d'appel détermine par ailleurs qu'il n'a pas été démontré que la Guilde a agi de façon hostile à l'égard de l'intimé et qu'il n'existe pas de

[TRANSLATION] “necessarily indicated that there was a conspiracy between the Guild and the L.P.A. to force Gagnon out of his job, or any malicious conduct towards Gagnon”.

It is common ground that the Guild handled respondent’s grievance from the outset, that it took the grievance to the third level, and that between January and November of 1973 there was, in the words of the trial judge, [TRANSLATION] “an abundant exchange of correspondence” between the Guild and respondent.

On March 22, 1973, the Guild consulted its legal counsel and the latter submitted his written opinion, with reasons, on March 27.

Essentially, legal counsel for the Guild formally gave it as his opinion that the grievance was not arbitrable and mentioned the risks of failure, either before the arbitration board itself on objection by the employer or on a decision by the arbitration board *proprio motu*, or subsequently in the Federal Court. The following are the passages from this five-page opinion which seem to be most relevant, and which in my view left the Guild with no alternative:

[TRANSLATION] . . . it is also necessary to bear in mind the provisions of clause 6, entitled “Responsibilities of Management”, which provides that unless otherwise specified, “this agreement shall in no way limit the authority of persons made responsible for management by the Pilotage Act”. The situation accordingly involves the residual powers of the employer after the collective agreement has been signed, and may include *inter alia* the absolute right of the employer to decide on transfers, regardless of the collective agreement.

First, I do not think that the transfer of Captain Gagnon, and his grievance in this regard, constitutes “a grievance, dispute or issue arising from the interpretation or from an alleged breach of any of the provisions of this collective agreement . . .”, for none of the provisions of this collective agreement directly or indirectly affects employee transfers: cf. 12.01.

Further, it clearly states at the end of clause 12.01 that “matters . . . not covered by this collective agreement shall not be referred to arbitration”.

preuve qui «emporte nécessairement conviction qu’il y a eu complot entre la Guilde et l’A.P.L. pour évincer Gagnon de son emploi ou conduite malicieuse envers Gagnon».

Il est constant que la Guilde s’est occupée du grief de l’intimé depuis le premier moment, qu’elle a mené le grief jusqu’au troisième palier, que de janvier à novembre 1973 il y a eu entre la Guilde et l’intimé, selon les termes du juge de première instance, «un abondant échange de correspondance».

Dès le 22 mars 1973, la Guilde a consulté son conseiller juridique et celui-ci lui a soumis son opinion écrite et circonstanciée le 27 mars.

Essentiellement, le conseiller juridique de la Guilde exprime l’avis formel que le grief n’est pas arbitrable et signale les risques d’échec soit au niveau du conseil d’arbitrage lui-même sur objection de l’employeur ou sur décision du conseil d’arbitrage de son propre chef, soit plus tard au niveau de la Cour fédérale. Voici de cette opinion de cinq pages les passages qui me paraissent les plus pertinents et qui, à mon avis, ne laissent pas d’alternative à la Guilde:

. . . il faut de plus retenir les dispositions de l’article 6, intitulé «Responsabilités de Direction», lequel prévoit qu’à moins d’un texte précis, «la présente convention ne restreint aucunement l’autorité des personnes chargées de responsabilité de direction en vertu de la Loi sur le pilotage». Il s’agit donc ici des pouvoirs résiduels de l’employeur après la signature de la convention collective, et pouvant inclure entre autres le droit absolu de l’employeur de décider des mutations, sans égard à la convention collective.

D’abord, je ne crois pas que la mutation du Capitaine Gagnon, et son grief à ce sujet, constitue «un grief, différend ou litige découlant de l’interprétation ou d’une prétendue violation de l’une ou l’autre des dispositions de la présente convention collective . . .» car aucune des dispositions de cette convention collective touche directement ou indirectement les mutations d’employés. cf. 12.01.

De plus, il est dit clairement à la fin de la clause 12.01, de l’article 12 que «Les questions . . . qui ne sont pas prévues par la présente convention collective, ne seront pas soumises à l’arbitrage».

Accordingly, as transfers are not one of the subjects of the agreement, and in the absence of any specific provision regarding the right of resort to arbitration in connection with a transfer, I have no choice but to conclude that arbitration is not the appropriate remedy in this case, and that unless the employer agrees to the matter being submitted to an arbitrator, the latter would not be entitled to render a decision under clause 12 of the agreement.

It could well be that the employer based its decision on the same reasons, for in his letter of March 6, 1973 Mr. Paré stated, in the third paragraph, [TRANSLATION] "in view of the foregoing we feel that our position is justified. We did not dismiss Captain Gagnon, but placed him in a more suitable position with an equivalent salary . . ."

I have not examined the merits of the dispute between Captain Gagnon and his employer, for if the employer has the right to act in this way under its residual powers, it is useless to attempt to determine whether the employer had good reasons for making this transfer.

However, I would add that the reasons given by Mr. Paré in his letter of March 6, 1973 do not seem convincing and appear to me to be of little weight. Further, if it is true that Captain Gagnon did not even receive the usual warnings before this transfer, the least that can be said is that the employer appears to have committed quasi-arbitrary acts which could be a basis for other personal actions by Captain Gagnon against his employer.

In short, I think that an application to refer the grievance to arbitration would entail the risk that the employer would object, and that even if by omission, or for some other reason, it did not object, the arbitrator appointed could well conclude himself that he was unable to render a decision on a grievance not within the subjects of the agreement, or not specifically provided for as in the case of a dismissal. Further, even in the event that the arbitrator agreed to render a decision on this point, this may be a case where, despite the third paragraph of clause 12.01(d), the Federal Court of Canada could be asked to decide the matter, and would perhaps confirm that the arbitrator had no right to make a ruling in this case, or on this point.

I am returning your complete file, and would add in closing that I should be pleased to provide you with any further information you may wish in this regard.

Appellant sent a copy of the opinion to respondent with a letter of March 29 in which it wrote that [TRANSLATION] "Due to the terms of this

Donc, comme les mutations ne font pas partie des sujets de la convention, et en l'absence d'un texte précis concernant le droit de recourir à l'arbitrage au sujet d'une mutation, je suis obligé de conclure que l'arbitrage n'est pas le remède approprié à ce cas et qu'à moins que l'employeur consente à ce que la question soit soumise à un arbitre, ce dernier ne serait pas fondé à rendre une décision suivant l'article 12 de la convention.

Il se peut fort bien que l'employeur ait basé sa décision sur les mêmes raisons car, dans sa lettre du 6 mars 1973, M. Paré déclare au 3<sup>ème</sup> paragraphe, « nous croyons notre position justifiée étant donné ce qui précède. Nous n'avons pas congédié le capitaine Gagnon mais l'avons placé à un poste plus approprié avec salaire équivalent . . . »

Je n'ai pas examiné à fond le mérite du différend entre le Capitaine Gagnon et son employeur car, si l'employeur a le droit d'agir ainsi en vertu de ses pouvoirs résiduels, il est inutile de tenter de déterminer si l'employeur avait ou non des raisons sérieuses de procéder à cette mutation.

J'ajouterai cependant que les raisons données par M. Paré, dans sa lettre du 6 mars 1973, ne semblent pas très convaincantes et ne me paraissent pas très sérieuses. De plus, s'il est exact que le Capitaine Gagnon n'a même pas reçu les avertissements d'usage avant cette mutation, le moins que l'on puisse dire, c'est que l'employeur semble poser des actes quasi-arbitraires pouvant peut-être donner naissance à d'autres recours personnels au Capitaine Gagnon contre son employeur.

Bref, je crois qu'une demande de renvoi du grief à l'arbitrage comporterait le risque que l'employeur s'y objecte, et que même s'il ne s'y objectait pas par omission, ou pour d'autres raisons, l'arbitre choisi, ou désigné, pourra fort bien lui-même conclure qu'il ne peut rendre une décision portant sur un grief ne faisant pas partie des sujets de la convention, ou non prévu spécifiquement comme dans le cas d'un renvoi. De plus, même dans le cas où l'arbitre consentirait à rendre une décision à ce sujet, ce serait un cas où, nonobstant le 3<sup>ème</sup> paragraphe de la clause 12.01 (d), la Cour Fédérale du Canada pourrait être appelée à rendre une décision, et peut-être confirmer que l'arbitre n'avait pas le droit de se prononcer dans ce cas, ou à ce sujet.

Je vous retourne votre dossier complet, et j'ajoute, en terminant, qu'il me fera plaisir de vous fournir tout autre renseignement que vous pourriez désirer à ce sujet.

L'appelante envoie une copie de l'opinion à l'intimé et lui écrit par une lettre du 29 mars que «Dû à la teneur de cet avis légal, soyez avisé que,

legal opinion, this is to inform you that we are unfortunately unable to continue with this grievance by taking it to the stage of arbitration”.

The correspondence between respondent and appellant continued nonetheless, and respondent wrote appellant *inter alia* his letter of September 19, describing in detail the situation which he was in and the unpleasantness of the duties assigned to him.

The Guild's representative again met with legal counsel, and the latter wrote the Guild again on October 4. He said, first, that he had reviewed the Guild's entire file, which of course contained all the correspondence subsequent to his original opinion of March 27, *inter alia* the aforementioned letter from respondent to the Guild dated September 19. Then, legal counsel stated he was willing to take the grievance to arbitration, but as already noted subject to his original opinion cited above. The grievance was subsequently dropped, events took their course and respondent was eventually dismissed by the employer.

With respect, I cannot see how the failure by the Guild to undertake a [TRANSLATION] “substantive investigation” or a “thorough investigation”, as the judges of the Superior Court and the Court of Appeal respectively described it in indicating the only fault they attributed to the Guild, can constitute bad faith by the latter and make it liable to respondent. The Court of Appeal stated that the Guild had been informed by respondent of all the facts and had all the information necessary to act. Further, the decision of the Guild not to proceed was not arrived at because it did not believe respondent's version. There was no indication of this. The Guild relied on the opinion of its legal counsel and that is what it told respondent on March 29. In early October, although legal counsel was willing to proceed, this was subject to his opinion which had not changed. I do not see how the Guild can be blamed for relying on this reasoned opinion even if it was incorrect, a point on which I express no opinion.

malheureusement, nous sommes dans l'impossibilité de continuer ce grief de façon à l'apporter au stage de l'arbitrage».

Les échanges entre l'intimé et l'appelante n'en continuent pas moins et l'intimé adresse notamment à l'appelante sa lettre du 19 septembre décrivant par le menu la situation qui lui est faite et l'ingratitude des tâches qui lui sont confiées.

Suit une nouvelle rencontre du représentant de la Guilde avec le conseiller juridique et celui-ci écrit de nouveau à la Guilde le 4 octobre. Il indique en premier lieu qu'il a pris connaissance de tout le dossier de la Guilde, ce qui comprend, il va de soi, toute la correspondance échangée depuis son opinion originaire du 27 mars et entre autres la lettre précitée de l'intimé à la Guilde en date du 19 septembre. Puis, le conseiller juridique indique qu'il est disposé à porter le grief à l'arbitrage mais, tel que déjà mentionné, sous réserve de son opinion originaire précitée. Le grief a été subséquemment abandonné, les événements se sont précipités et l'intimé a éventuellement été congédié par l'employeur.

Avec égards, il ne m'est pas possible de voir en quoi le défaut par la Guilde de faire une «enquête approfondie», une «enquête sérieuse» comme l'expriment respectivement les juges de la Cour supérieure et de la Cour d'appel dont c'est le seul reproche fait à la Guilde, peut constituer mauvaise foi de la part de celle-ci et engager sa responsabilité envers l'intimé. La Cour d'appel affirme que la Guilde avait été mise au courant de tous les faits par l'intimé et possédait tous les éléments nécessaires pour agir. Du reste, ce n'est pas parce qu'elle ne croyait pas la version de l'intimé que la Guilde a décidé de ne pas procéder. Il n'y a aucune indication à cet effet. La Guilde s'est appuyée sur l'opinion de son conseiller juridique et c'est ce qu'elle a fait savoir à l'intimé dès le 29 mars. Début octobre, bien que le conseiller juridique se dise disposé à procéder, c'est sous réserve de son opinion qui n'avait pas changé. Je ne vois pas que l'on puisse par ailleurs reprocher à la Guilde de s'être appuyée sur cette opinion motivée, fût-elle mal fondée, ce sur quoi je ne me prononce pas.

As Margriet Zwarts wrote in the article cited above, at p. 65: "... to require the arbitration of every grievance would quickly drain even the most powerful and wealthy unions of money and energy; it would also tax the employer unnecessarily".

Respondent submitted that the case at bar concerns questions of fact on which the Superior Court and the Court of Appeal concurred, and there was no basis for this Court to intervene unless a manifest error appeared. He cited in support *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288, and *Gagnon v. Gauthier*, [1958] Que. Q.B. 401.

These principles are well-known and were recently restated in two decisions of this Court rendered on February 2, 1984: *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Desgagné v. Fabrique de Saint-Philippe d'Arvida*; *Fabrique de Saint-Philippe d'Arvida v. Desgagné*, [1984] 1 S.C.R. 19.

In the latter case, Beetz J. wrote for the Court, at p. 31:

It therefore does not entail substituting my own view of the evidence for that of the trial judge, but drawing conclusions in law based on the facts which she herself considered to have been established. When an appellate court accepts all the conclusions of fact as such made by the trial judge, as I do, it is in as good a position as he is to characterize facts.

The same is true in the case at bar and, with respect, I consider that the facts as determined by the Superior Court judge and by the Court of Appeal do not constitute a basis in law for an order to appellant to pay damages for failing in its duty to represent respondent.

I would allow the appeal, set aside the judgments of the Court of Appeal and of the Superior Court and dismiss the action of respondent against appellant with costs in all courts.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Chapados, Chevalier & Gaul, Montréal.*

*Solicitors for the respondent Gagnon: Des Rivières, Vermette, Bérubé, Thivierge & Associés, Québec.*

Comme l'écrit Margriet Zwarts dans l'article précité, à la p. 65: [TRADUCTION] «... exiger l'arbitrage de tous les griefs draineraient rapidement les fonds et l'énergie des syndicats même les plus puissants et les plus riches; cela éprouverait aussi l'employeur sans nécessité».

L'intimé a soumis qu'il s'agissait en l'espèce de questions de fait déterminées de façon concordante par la Cour supérieure et la Cour d'appel et qu'il n'y avait pas lieu pour cette Cour d'intervenir à moins d'une erreur manifeste. Il cite à l'appui *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288 et *Gagnon c. Gauthier*, [1958] B.R. 401.

Ces principes sont bien connus et ont été rappelés récemment dans deux arrêts de cette Cour rendus le 2 février 1984: *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Desgagné c. Fabrique de Saint-Philippe d'Arvida*; *Fabrique de Saint-Philippe d'Arvida c. Desgagné*, [1984] 1 R.C.S. 19.

Dans ce dernier arrêt, le juge Beetz écrit, au nom de la Cour, à la p. 31:

Il ne s'agit donc pas de substituer ma propre appréciation de la preuve à celle du premier juge, mais de tirer des conclusions en droit à partir des faits qu'il a lui-même considérés comme établis. Lorsqu'une juridiction d'appel accepte toutes les conclusions de fait proprement dites du premier juge, comme je le fais, elle est en aussi bonne position que lui pour qualifier ces faits.

Il en va de même en l'espèce et, avec égards, je suis d'avis que les faits tels que déterminés par le juge de la Cour supérieure et par la Cour d'appel ne constituent pas en droit un fondement d'une condamnation de l'appelante à des dommages pour manquement à son devoir de représentation de l'intimé.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de la Cour supérieure et de rejeter l'action de l'intimé contre l'appelante avec dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Chapados, Chevalier et Gaul, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé Gagnon: Des Rivières, Vermette, Bérubé, Thivierge & Associés, Québec.*

**Stubart Investments Limited** *Appellant;*

and

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

File No.: 16623.

1983: November 23 and 24; 1984: June 7.

Present: Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Taxation — Income tax — Tax reduction scheme — Subsidiary G eligible for loss carry-forward — Subsidiary S's assets transferred to subsidiary G — Business managed by subsidiary S but profits transferred to subsidiary G — Whether or not subsidiary S can avail itself of subsidiary G's loss carry-forward — Income Tax Act, R.S.C 1952, c. 148, s. 137, now 1970-71-72 (Can.), chap. 63 as amended, s. 245.*

Appellant's sister subsidiary, Grover Cast Stone Co., incurred substantial losses recognized under the *Income Tax Act* for the purpose of the Act's carry-forward provisions. Effective January 1966, appellant sold its assets to Grover and, concurrent with the agreement of purchase and sale, Grover appointed appellant by a separate agreement as its agent to carry on business for and to the account of Grover. Appellant then carried on the business on Grover's behalf and, at the end of the fiscal years for 1966, 1967 and 1968, paid the net income realized from the business over to Grover. Grover, in turn, reported that amount in its corporate tax return. National Revenue reassessed appellant, set aside the entry transferring the net income to Grover and charged it back to appellant's taxable income. Appellant appealed this reassessment but the Tax Appeal Board, the Federal Court (Trial Division) and the Federal Court of Appeal all upheld it. At issue is whether a corporate taxpayer with the avowed purpose of reducing its taxes can establish an arrangement whereby future profits are routed through a sister subsidiary in order to avail itself of the latter corporation's loss carry-forward. Two subsidiary issues dealt with whether or not the transaction was a sham, and whether or not it was incomplete. The Crown advanced no argument based on s. 137 of the *Income Tax Act*.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per* Beetz, Estey and McIntyre JJ.: A transaction cannot be disregarded for tax purposes solely on the

**Stubart Investments Limited** *Appelante;*

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

<sup>a</sup> N° du greffe: 16623.

1983: 23 et 24 novembre; 1984: 7 juin.

Présents: Les juges Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Plan de réduction d'impôt — Filiale G bénéficiant du report des pertes — Actif de la filiale S transféré à la filiale G — Affaires gérées par la filiale S, mais transfert des profits à la filiale G — La filiale S peut-elle se prévaloir du report des pertes de la filiale G? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 137, actuellement 1970-71-72 (Can.), chap. 63 et modifications, art. 245.*

La filiale-soeur de l'appelante, Grover Cast Stone Co. a subi des pertes importantes auxquelles s'appliquent les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sur les reports. En janvier 1966, l'appelante a vendu son actif à Grover et, en même temps que la convention d'achat-vente mais dans une entente distincte, Grover a fait de l'appelante sa mandataire pour exploiter l'entreprise pour son compte, ce que l'appelante a fait. À la fin des années financières 1966, 1967, et 1968, l'appelante a versé à Grover le revenu net tiré de l'entreprise. Grover a alors déclaré ce montant dans sa déclaration de revenu des sociétés. Le ministère du Revenu national a établi une nouvelle cotisation pour l'appelante, a annulé l'écriture transférant le revenu net à Grover et l'a ajouté au revenu imposable de l'appelante. L'appelante a interjeté appel de cette nouvelle cotisation, mais la Commission de révision de l'impôt, la Division de première instance de la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale l'ont confirmée. La question en l'espèce est de savoir si dans le but avoué de réduire ses impôts, une société peut conclure une entente par laquelle les futurs profits sont passés à une filiale-soeur dans le but de se prévaloir du report des pertes de cette dernière. Deux questions subsidiaires traitent du point de savoir si l'opération était fictive et si elle était incomplète. Le substitut du procureur général n'a présenté aucun argument fondé sur l'art. 137 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

*Les juges* Beetz, Estey et McIntyre: Une opération ne peut pas être écartée à des fins fiscales seulement parce



basis that it was entered into by a taxpayer without an independent or *bona fide* business purpose. Guidelines for a court faced with this interpretative issue could be discerned. Where the facts reveal no *bona fide* business purpose for the transaction, s. 137 may be found to be applicable depending on all the circumstances of the case. Where s. 137 does not apply, the older rule of strict interpretation of a taxation statute as modified by the courts in recent years prevails but will not assist the taxpayer where the transaction is (a) legally ineffective or incomplete or (b) a sham within the classical definition. The formal validity of the transaction may also be insufficient where (a) the setting in the Act of the benefit or allowance sought clearly indicates a legislative intention to restrict that benefit to rights accrued prior to the arrangement adopted by the taxpayer for tax purposes; (b) the provisions necessarily relate to an identified business function; (c) the "object and spirit" of the benefit or allowance sought is defeated by the procedures blatantly adopted by the taxpayer to synthesize a tax saving device, even though the transactions might not meet the level of "artificiality" in s. 137. Otherwise, where the substance of the Act, when the clause in question is contextually construed, is clear and unambiguous and there is no prohibition in the Act which embraces the taxpayer, the taxpayer shall be free to avail himself of the beneficial provision in question.

The transaction here was not a sham. It was not constructed to create a false impression and the appearance created by the documentation was the reality. The concept of a sham transaction does not extend to include either a transaction that might be reversed or an otherwise valid transaction entered into between parties not at arm's length.

The sale and transfer of the business was complete in law. Arguments to the contrary which were based on information filed under *The Corporations Information Act*, the absence of duplicate licensing, and the party issuing T-4 slips, had no consequence in law concerning the completeness of the sale. There was no commitment or enforceable agreement to reverse the sale.

*Per Ritchie and Wilson JJ.*: The transaction was effectual and not a sham because it created the legal relations between the parties which the parties intended to create. The business purpose test is a distinct test from that of sham but is inapplicable because of its incompatibility with the longstanding principle that a person might order his affairs so as to attract the least

qu'elle a été effectuée par un contribuable sans fin commerciale véritable ou indépendante. On peut néanmoins dégager des règles à suivre par les tribunaux confrontés par cette question d'interprétation. Lorsque les faits révèlent que l'opération n'a aucune fin commerciale véritable, on pourra juger que l'art. 137 est applicable, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire. Si l'art. 137 ne s'applique pas, la vieille règle de l'interprétation stricte des lois fiscales, telle que les cours l'ont modifiée au cours des dernières années, prévaut, mais elle ne sera d'aucun secours pour le contribuable si l'opération est a) sans effet juridique ou incomplète ou b) fictive selon la définition classique. La validité formelle de l'opération peut également être insuffisante a) si dans la Loi, le cadre du bénéfice ou de la déduction cherché indique clairement que le législateur a eu l'intention de limiter ce bénéfice aux droits acquis avant l'arrangement adopté par le contribuable à des fins fiscales, b) si les dispositions se rapportent nécessairement à une fonction commerciale précise, c) si «l'objet et l'économie» du bénéfice ou de la déduction cherché sont mis en échec par des procédures adoptées de façon flagrante par le contribuable pour synthétiser un mécanisme de dégrèvement, même si les opérations n'atteignent peut-être pas le degré d'«artifice» prévu à l'art. 137. Autrement, lorsque le fond de la Loi est claire et sans ambiguïté, quand la clause en question est interprétée dans son contexte, et qu'aucune interdiction de la Loi ne vise le contribuable, ce dernier est libre de se prévaloir de la disposition avantageuse en question.

L'opération en l'espèce n'est pas fictive. Elle n'a pas été agencée pour créer une impression fautive et l'apparence créée par les documents est la réalité. La notion d'opération fictive ne s'étend pas pour inclure une opération qui pourrait être annulée ou une opération par ailleurs valide que des parties ayant un lien de dépendance ont effectué.

La vente et le transfert de l'entreprise étaient complets en droit. Les arguments au contraire fondés sur les renseignements produits conformément à *The Corporations Information Act*, sur l'absence de double licence et sur la partie délivrant des reçus T-4, n'ont aucune conséquence juridique sur le caractère complet de la vente. Il n'existe aucun engagement ni aucune entente exécutoire d'annuler la vente.

*Les juges Ritchie et Wilson*: L'opération peut produire un effet et ne pas être fictive parce qu'elle crée entre les parties les relations juridiques que ces dernières voulaient créer. Le critère de la fin commerciale est un critère distinct de celui de l'opération fictive, mais il est inapplicable car il est incompatible avec le principe ancien qu'une personne peut organiser ses affaires pour

tax liability—a principle too deeply entrenched in Canadian law to be rejected in the absence of clear statutory authority. No such authority was advanced here.

*Gregory v. Helvering, Commissioner of Internal Revenue*, 293 U.S. 465 (1934); *Knetsch v. United States*, 364 U.S. 361 (1960); *Cridland v. Commissioner of Taxation (Cth)* (1978), 52 A.L.J.R. 96; *Dominion Bridge Co. v. The Queen*, 75 DTC 5150; *Lagacé v. Minister of National Revenue*, [1968] 2 Ex. C.R. 98; *Minister of National Revenue v. Leon*, [1977] 1 F.C. 249; *Massey-Ferguson Ltd. v. The Queen*, [1977] 1 F.C. 760, considered; *W.T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1981] 2 W.L.R. 449; *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Co.*, [1981] T.R. 535; *Furniss (Inspector of Taxes) v. Dawson*, [1984] 1 All E.R. 530, distinguished; *Atinco Paper Products Ltd. v. The Queen*, [1978] CTC 566; *Rose v. Minister of National Revenue*, [1973] F.C. 65; *Bradford (Borough of) v. Pickles*, [1895] A.C. 587; *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Kocin v. United States*, 187 F.2d 707 (1951); *Goldstein v. Commissioner of Internal Revenue*, 364 F.2d 734 (1966); *Berkey v. Third Avenue Railway Co.*, 244 N.Y. 84 (1926); *Singer v. Magnavox Co.*, 380 A.2d 969 (1977); *Greenberg v. Commissioners of Inland Revenue* (1971), 47 T.C. 240; *Richardson Terminals Ltd. v. Minister of National Revenue*, 71 DTC 5028; *FA and AB Ltd. v. Lupton (Inspector of Taxes)*, [1971] 3 All E.R. 948; *Inland Revenue Commissioners v. Brebner*, [1967] 1 All E.R. 779; *The Queen v. Esskay Farms Ltd.*, 76 DTC 6010; *Produits LDG Products Inc. v. The Queen*, 76 DTC 6344; *The Queen v. Alberta and Southern Gas Co.*, [1978] 1 F.C. 454; *Snook v. London and West Riding Investments Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518; *Minister of National Revenue v. Cameron*, [1974] S.C.R. 1062; *Foreign Power Securities Corp. v. Minister of National Revenue*, 66 DTC 5012; *Levene v. Inland Revenue Commissioners*, [1928] A.C. 217; *Partington v. Attorney-General* (1869), L.R. 4 H.L. 100; *The King v. Crabbs*, [1934] S.C.R. 523; *Lumbers v. Minister of National Revenue* (1943), 2 DTC 631, aff'd [1944] S.C.R. 167; *W. A. Sheaffer Pen Co. v. Minister of National Revenue*, [1953] Ex. C.R. 251; *Ransom v. Higgs* (1974), 50 Tax Cas. 1; *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex. C.R. 408; *Minister of National Revenue v. Shields*, [1963] Ex. C.R. 91, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal dismissing an appeal from a judgment of the Federal Court (Trial Division), 81 DTC 5120, dismissing an appeal from a judgment of the

payer le moins d'impôt possible, principe trop profondément ancré dans le droit canadien pour être rejeté à défaut d'un énoncé législatif clair. Or on n'en a fait valoir aucun en l'espèce.

<sup>a</sup> Jurisprudence: arrêts examinés: *Gregory v. Helvering, Commissioner of Internal Revenue*, 293 U.S. 465 (1934); *Knetsch v. United States*, 364 U.S. 361 (1960); *Cridland v. Commissioner of Taxation (Cth)* (1978), 52 A.L.J.R. 96; *Dominion Bridge Co. c. La Reine*, 75 DTC 5150; *Lagacé v. Minister of National Revenue*, [1968] 2 R.C. de l'É 98; *Ministre du Revenu national c. Leon*, [1977] 1 C.F. 249; *Massey-Ferguson Ltd. c. La Reine*, [1977] 1 C.F. 760; distinction faite avec les arrêts: *W. T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1981] 2 W.L.R. 449; *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Co.*, [1981] T.R. 535; *Furniss (Inspector of Taxes) v. Dawson*, [1984] 1 All E.R. 530; arrêts mentionnés: *Atinco Paper Products Ltd. c. La Reine*, [1978] CTC 566; *Rose c. Ministre du Revenu national*, [1973] C.F. 65; *Bradford (Borough of) v. Pickles*, [1895] A.C. 587; *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Kocin v. United States*, 187 F.2d 707 (1951); *Goldstein v. Commissioner of Internal Revenue*, 364 F.2d 734 (1966); *Berkey v. Third Avenue Railway Co.*, 244 N.Y. 84 (1926); *Singer v. Magnavox Co.*, 380 A.2d 969 (1977); *Greenberg v. Commissioners of Inland Revenue* (1971), 47 T.C. 240; *Richardson Terminals Ltd. c. Ministre du Revenu national*, 71 DTC 5028; *FA and AB Ltd. v. Lupton (Inspector of Taxes)*, [1971] 3 All E.R. 948; *Inland Revenue Commissioners v. Brebner*, [1967] 1 All E.R. 779; *La Reine c. Esskay Farms Ltd.*, 76 DTC 6010; *Produits LDG Products Inc. c. La Reine*, 76 DTC 6344; *La Reine c. Alberta and Southern Gas Co.*, [1978] 1 C.F. 454; *Snook v. London & West Riding Investments Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518; *Ministre du Revenu national c. Cameron*, [1974] R.C.S. 1062; *Foreign Power Securities Corp. v. Minister of National Revenue*, 66 DTC 5012; *Levene v. Inland Revenue Commissioners*, [1928] A.C. 217; *Partington v. Attorney-General* (1869), L.R. 4 H.L. 100; *The King v. Crabbs*, [1934] R.C.S. 523; *Lumbers v. Minister of National Revenue* (1943), 2 D.T.C. 631, aff'd [1944] R.C.S. 167; *W.A. Sheaffer Pen Co. v. Minister of National Revenue*, [1953] R.C. de l'É. 251; *Ransom v. Higgs* (1974), 50 Tax Cas. 1; *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C. de l'É. 408; *Minister of National Revenue v. Shields*, [1963] R.C. de l'É. 91.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui a rejeté un appel d'un jugement de la Division de première instance de la Cour fédérale, 81 DTC 5120, qui avait rejeté un appel d'un

Tax Appeal Board dismissing an appeal from the Department of National Revenue reassessments. Appeal allowed.

*P. B. C. Pepper, Q.C., and M. J. Penman*, for the appellant.

*William Hobson, Q.C., Jagg Gill, and Susan Van der Hout*, for the respondent.

The reasons of Ritchie and Wilson JJ. were delivered by

WILSON J.—I agree with my colleague Mr. Justice Estey that the transaction involved in this appeal was an effectual transaction and that it was not a sham. Indeed, I cannot see how a sham can be said to result where parties intend to create certain legal relations (in this case the purchase and sale of a business and a nominee arrangement to operate it) and are successful in creating those legal relations.

As I understand it, a sham transaction as applied in Canadian tax cases is one that does not have the legal consequences that it purports on its face to have. For example, in *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 Ex.C.R. 408, Mr. Justice Gibson found a purported employees' pension plan to be a mere "simulate" that was "masquerading" as a pension plan; the actions of the taxpayers in question "never established a pension plan, nor any relationship of trustee, *cestui que trust*, nor any other legal or equitable rights or obligations in any of the parties and none of the parties intended at any material time that there should be any" (pp. 420-21). In *Minister of National Revenue v. Shields*, [1963] Ex.C.R. 91, Mr. Justice Cameron held that an alleged partnership agreement between the taxpayer and his son was "not a reality, but a mere simulate agreement" (p. 114); the parties never intended that it should give rise to a partnership and in law it did not do so. And in *Minister of National Revenue v. Cameron*, [1974] S.C.R. 1062, Mr. Justice Martland declined to find a contract for services between an employer and a company incorporated by his former employees to be a sham because "the legal rights and obligations which it created were exactly those which the

jugement de la Commission d'appel de l'impôt rejetant un appel des nouvelles cotisations du ministère du Revenu national. Pourvoi accueilli.

*P. B. C. Pepper, c.r., et M. J. Penman*, pour l'appelante.

*William Hobson, c.r., Jagg Gill, et Susan Van der Hout*, pour l'intimée.

Version française des motifs des juges Ritchie et Wilson rendu par

LE JUGE WILSON—Je partage l'avis de mon collègue le juge Estey que l'opération visée par le présent pourvoi est une opération valide et non un trompe-l'oeil. À la vérité, je ne puis voir comment on peut soutenir qu'il y a un trompe-l'oeil quand les parties ont voulu créer des rapports juridiques (en l'espèce, la vente d'une entreprise et une désignation de mandataire pour l'exploiter) et ont réussi à créer ces rapports juridiques.

Selon moi, une opération qui constitue un trompe-l'oeil en droit fiscal canadien est une opération qui n'a pas les effets juridiques qu'elle semble avoir à première vue. Par exemple, dans l'arrêt *Susan Hosiery Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1969] 2 R.C. de l'É. 408, le juge Gibson a conclu qu'un prétendu régime de pension pour les employés n'était qu'un «simulacre» qui se présentait comme un régime de pension; les actes du contribuable en cause [TRADUCTION] «n'ont jamais créé de régime de pension, ni aucun rapport de fiduciaire, de *cestui que trust*, ni aucun droit ou obligation en droit ou en *equity* entre les parties et que jamais les parties n'avaient eu l'intention qu'il en existe (pp. 420 et 421). Dans l'arrêt *Minister of National Revenue v. Shields*, [1963] R.C. de l'É. 91, le juge Cameron a conclu qu'une convention de société intervenue entre un contribuable et son fils n'était [TRADUCTION] «pas réelle, mais une simple simulation de convention» (p. 114); les parties n'ont jamais eu l'intention qu'il existe une société entre elles et elle n'existait pas en droit. De même, dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Cameron*, [1974] R.C.S. 1062, le juge Martland a refusé de conclure qu'un contrat de services intervenu entre un employeur et une société commerciale formée par ses anciens employés était un trompe-l'oeil parce que «les obligations et les droits

parties intended" (p. 1069).

I am also of the view that the business purpose test and the sham test are two distinct tests. A transaction may be effectual and not in any sense a sham (as in this case) but may have no business purpose other than the tax purpose. The question then is whether the Minister is entitled to ignore it on that ground alone. If he is, then a massive inroad is made into Lord Tomlin's dictum that "Every man is entitled if he can to order his affairs so as that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be": *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1, at p. 19. Indeed, it seems to me that the business purpose test is a complete rejection of Lord Tomlin's principle.

The appellant would clearly be liable to pay tax on the income from the flavourings business if the business purpose test is part of our law since it is freely admitted that the saving of tax for the Finlayson conglomerate was the sole motivation for the transaction. In my opinion, the Federal Court of Appeal in *Minister of National Revenue v. Leon*, [1977] 1 F.C. 249, characterized a transaction which had no business purpose other than the tax purpose as a sham and was in error in so doing. I do not view that case as introducing the business purpose test as a test distinct from that of sham into our law and, indeed, if it is to be so viewed, I do not think it should be followed. I think Lord Tomlin's principle is far too deeply entrenched in our tax law for the courts to reject it in the absence of clear statutory authority. No such authority has been put to us in this case.

For these reasons I concur in my colleague's disposition of the appeal.

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

ESTEY J.—The issue in this case is whether a corporate taxpayer, with the avowed purpose of

légaux qu'elle a créés étaient exactement ceux que les parties avaient l'intention de créer» (p. 1069).

Je suis aussi d'avis que le critère de l'objet commercial et celui du trompe-l'oeil sont deux critères distincts. Une opération peut être valide sans être un trompe-l'oeil de quelque façon (comme en l'espèce), mais elle peut n'avoir d'autre objet commercial qu'un objet fiscal. La question est donc de savoir si le Ministre a le droit de ne pas en tenir compte pour ce seul motif. Dans l'affirmative, c'est une énorme brèche dans l'opinion incidente de lord Tomlin: [TRADUCTION] «Tout homme a le droit, s'il le peut, de diriger ses affaires de façon que son assujettissement aux impôts prescrits par les lois soit moindre qu'il ne le serait autrement», *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1, à la p. 19. En réalité, il me semble que le critère de l'objet commercial constitue un rejet total du principe énoncé par lord Tomlin.

L'appelante serait manifestement tenue de payer l'impôt sur le revenu de l'entreprise d'aromatisants si le critère de l'objet commercial faisait partie de notre droit puisqu'il est tout à fait reconnu que, pour le groupe Finlayson, l'économie d'impôt était le seul motif de l'opération. La Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Leon*, [1977] 1 C.F. 249, a qualifié de trompe-l'oeil une opération qui n'avait pas d'autre objet commercial que l'objet fiscal et, à mon avis, elle a eu tort de le faire. Je ne considère pas que cet arrêt-là introduit dans notre droit le critère de l'objet commercial en tant que critère distinct de celui du trompe-l'oeil; s'il faut le considérer dans ce sens, je ne crois pas qu'il faille le suivre. Je crois que le principe exprimé par lord Tomlin est beaucoup trop ancré dans notre droit pour que les tribunaux puissent l'écarter en l'absence de disposition législative expresse. On ne nous a signalé aucun texte ayant cette portée, en l'espèce.

Pour ces motifs, je souscris à l'avis de mon collègue sur la façon de disposer du pourvoi.

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

LE JUGE ESTEY—La question soulevée en l'espèce est de savoir si un contribuable peut, dans le

reducing its taxes, can establish an arrangement whereby future profits are routed through a sister subsidiary in order to avail itself of the latter corporation's loss carry-forward.

The facts are, for a tax proceeding, quite straightforward. The holding company, Finlayson Enterprises Limited, referred to for convenience hereafter as the 'parent company', incorporated the appellant in 1951. In 1962, the appellant purchased the assets of Stuart Brothers Company Limited which carried on the business of manufacturing and selling food flavourings and related products (sometimes for brevity referred to as 'the business'). The appellant, at the time of this purchase, changed its original name to Stuart Brothers Limited in order to take advantage of the value of that name and the associated goodwill in the market. In 1969, the appellant again changed its name to the present name, Stubart Investments Limited.

The parent company, amongst its other subsidiaries, owned all of the shares of Grover Cast Stone Co. Ltd. (hereinafter referred to as 'Grover') which carried on the business of manufacturing and selling precast concrete products. By 1965, Grover had incurred substantial losses which were recognized as losses under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, now 1970-71-72 (Can.), c. 63, as amended, for the purpose of the carry-forward provisions under the Act. In 1966, the tax advisers of the parent company established a plan whereby the assets of the appellant would be sold to Grover with effect January 1, 1966. Concurrent with the agreement of purchase and sale of these assets, Grover would appoint, by a separate agreement, the appellant as its agent to carry on the business for and to the account of Grover.

The contract of purchase and sale of the assets and business of the appellant to Grover was completed by the registration, pursuant to the laws of the Province of Quebec, of a transfer of the real estate in the City of Montreal; registration of trade mark assignments in the Trade Marks Office in Ottawa; registration of a registered user agreement in Ottawa whereby Grover appointed the appellant as the registered user of the trade marks purchased by Grover from the appellant; registra-

but avoué de réduire ses impôts, s'organiser de façon que ses profits futurs soient versés à une filiale pour profiter du report des pertes de cette dernière société.

<sup>a</sup> Les faits sont relativement simples pour une affaire d'impôt. La société de gestion Finlayson Enterprises Limited, ci-après appelée la «société mère», a constitué l'appelante en société en 1951. <sup>b</sup> En 1962, l'appelante a acquis l'actif de Stuart Brothers Company Limited qui fabriquait et vendait des aromatisants alimentaires et des produits connexes (parfois désignée, par souci de concision, comme «l'entreprise»). À l'époque de cette acquisition, l'appelante avait changé sa première raison sociale pour celle de Stuart Brothers Limited de manière à profiter de la valeur de ce nom et de l'achalandage qui s'y rattachait sur le marché. En 1969, l'appelante a de nouveau changé sa raison sociale pour adopter son nom actuel: Stubart Investments Limited.

Parmi ses autres filiales, la société mère détenait toutes les actions de Grover Cast Stone Co. Ltd. (ci-après appelée «Grover») qui fabriquait et vendait des produits de béton précontraint. En 1965, Grover avait subi des pertes considérables, reconnues comme telles en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148, maintenant 1970-71-72 (Can.), chap. 63 et modifications, pour les fins des dispositions de la Loi relatives au report des pertes. En 1966, les conseillers fiscaux de la société mère ont établi un plan en vertu duquel l'appelante vendrait son actif à Grover à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1966. Simultanément à la vente de l'actif et par une entente distincte, Grover constituerait l'appelante sa mandataire pour exploiter l'entreprise en son nom.

Le contrat de vente de l'actif et de l'entreprise de l'appelante à Grover a été finalisé par l'enregistrement, conformément aux lois de la province de Québec, d'une cession de l'immeuble situé à Montréal, par l'enregistrement des cessions des marques de commerce au registre des marques de commerce à Ottawa, par l'enregistrement à Ottawa d'une entente d'utilisation par laquelle Grover désignait l'appelante comme usager inscrit des marques de commerce que Grover avait achetées à

tion of a debenture given by Grover to the appellant as security for the unpaid purchase price for the assets so purchased and sold; amendment of the Letters Patent of Grover under the laws of the Province of Quebec so as to authorize and qualify Grover as purchaser of these assets to perform the contract of purchase; registration under the laws of the Province of Quebec of a Trust Deed of Hypothec, Mortgage and Pledge in favour of Canada Permanent Trust Company whereunder the latter company issued a debenture secured against Grover's Quebec assets, including real estate; passage of a Resolution by the Board of Directors of Grover authorizing the guaranty by Grover of the parent company's indebtedness to the Bank of Nova Scotia in the amount of one million dollars, which indebtedness had formerly been guaranteed by the appellant under a debenture charging the assets of the appellant; the issue by Grover of a debenture in favour of the Bank of Nova Scotia in replacement of the debenture theretofore issued by the appellant and held by the said bank (all of which documents were registered in appropriate public registry offices in the Province of Quebec); and by establishing in the appellant's records a separate set of books and accounts in which were recorded the entries relating to the conduct of the business thereafter carried on by the appellant for the account of Grover.

After this agreement of purchase and sale had been so performed and closed, the appellant proceeded to carry on the business on behalf of Grover, and at the end of each of the fiscal years 1966, 1967 and 1968, the appellant paid over to Grover the net income realized from the business. Grover, in turn, reported this income under the *Income Tax Act* in its corporate tax returns for these three years. The Department of National Revenue subsequently reassessed the appellant, setting aside the entry transferring the net income to Grover, and charging such net income back to the taxable income of the appellant. It is from these assessments that this appeal was taken.

The Tax Appeal Board rejected the appeal on the ground that the transaction in question was a sham. It would appear that the Tax Appeal Board

l'appelante, par l'enregistrement d'une débenture consentie par Grover à l'appelante comme sûreté du prix de vente impayée de l'actif ainsi acquis, par la modification des lettres patentes de Grover en vertu des lois de la province de Québec pour l'autoriser et l'habiliter à se porter acquéreur de cet actif par le contrat d'achat, par l'enregistrement en vertu des lois de la province de Québec d'un acte de fiducie, d'hypothèque et de nantissement en faveur de Canada Permanent Trust Company, par lequel cette dernière société émettait une débenture garantie par l'actif de Grover au Québec, et comprenant l'immeuble, par l'adoption par le conseil d'administration de Grover d'une résolution qui autorisait la garantie par Grover de la dette d'un million de dollars de la société mère à la Banque de la Nouvelle-Écosse, laquelle dette avait déjà été garantie par l'appelante en vertu d'une débenture qui engageait son actif, par l'émission par Grover d'une débenture à la Banque de la Nouvelle-Écosse pour remplacer la débenture déjà émise par l'appelante à cette Banque (tous ces documents ont été enregistrés dans les bureaux d'enregistrement publics pertinents de la province de Québec), et par l'adoption dans la comptabilité de l'appelante d'une comptabilité distincte pour les écritures relatives aux opérations de l'entreprise exploitée par la suite par l'appelante pour le compte de Grover.

Après la conclusion et la signature de ce contrat de vente, l'appelante a exploité l'entreprise pour le compte de Grover et, à la fin de chacune des années financières 1966, 1967 et 1968, l'appelante a payé à Grover le profit net tiré de l'exploitation de l'entreprise. Grover, quant à elle, a inclus ces revenus conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans ses déclarations d'impôt sur le revenu des sociétés pour les mêmes années. Le ministère du Revenu national a alors établi de nouvelles cotisations pour l'appelante par lesquelles il rejette les inscriptions qui transfèrent le revenu net à Grover et rétablit ce revenu comme revenu imposable de l'appelante. Le présent pourvoi vise ces nouvelles cotisations.

La Commission de révision de l'impôt a rejeté l'appel pour le motif que l'opération en cause constitue un trompe-l'oeil. La Commission de révi-

(as it was then named) reached this conclusion largely because (in the words of then Chairman, His Honour Judge K.A. Flanigan):

... in the Finlayson group of companies there were sufficient common directors and officers in Stuart Brothers Limited and in Grover to reverse those overt acts at any time that it suited them.

The Trial Division of the Federal Court [78 DTC 6414] dismissed the appeal because testimony tendered on behalf of the appellant revealed that:

When the tax loss on Grover has been fully utilized the business carried on by Stuart Brothers will be sold by Grover to Stuart Brothers.

Grant D.J. considered this to be "an obligation on the part of Grover to reconvey the assets to Stupart [the appellant] when the Grover [tax] loss had been absorbed . . ."

The Federal Court of Appeal [81 DTC 5120] dismissed the appeal by the appellant on the basis that the sale between the appellant and Grover was incomplete. The Court found it unnecessary to determine that the transaction was a sham. Indeed, the Court, speaking through Urie J., stated, with reference to the avowed purpose of the transaction:

It was admitted that the transactions were entered into for the purpose of utilizing the tax losses accumulated by Grover. That it itself is not a reprehensible, let alone an illegal, act since every person is entitled to organize his affairs in such a manner as to minimize or eliminate taxes so long as he does so within the limitations imposed by the law.

In the view of the Federal Court of Appeal, however, the transaction was incomplete because no part of the inter-company purchase price was referable to goodwill; the three licences required to carry on the business under the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 99, remained in the name of the vendor, the appellant; the information returns filed under *The Corporations Information Act*, R.S.O. 1960, c. 72, as amended, by Grover described its business as "the manufacture and sale of precast concrete products" without mention of the food

sion de l'impôt (c'est ainsi qu'elle s'appelait alors) semble être arrivée à cette conclusion surtout parce que (selon les termes de son président à l'époque M. le juge K.A. Flanigan):

<sup>a</sup> ... dans le groupe de compagnies Finlayson il y avait assez d'administrateurs et de dirigeants faisant partie à la fois des compagnies Stuart Brothers Limited et Grover pour inverser ces actes manifestes au moment qui leur conviendrait.

<sup>b</sup> La Division de première instance de la Cour fédérale [78 DTC 6414] a rejeté l'appel parce que le témoignage produit par l'appelante établissait que:

<sup>c</sup> [TRADUCTION] Lorsqu'on aura employé entièrement la perte fiscale à la charge de Grover, celle-ci vendra à Stuart Brothers l'entreprise exploitée par cette dernière.

<sup>d</sup> Le juge suppléant Grant a estimé qu'il y avait là une [TRADUCTION] «obligation de Grover de transférer de nouveau les éléments d'actif à Stupart [l'appelante] quand la perte subie par la première nommée aura servi à réduire l'impôt. . .»

<sup>e</sup> La Cour d'appel fédérale [81 DTC 5120] a rejeté l'appel interjeté par l'appelante parce que la vente intervenue entre l'appelante et Grover était incomplète. La Cour a conclu qu'il n'était pas nécessaire de déterminer si l'opération était un trompe-l'oeil. Voici ce que dit la Cour, dont le juge Urie a rédigé les motifs, quant au but avoué de l'opération:

<sup>g</sup> L'appelante a admis avoir conclu ces transactions dans le but d'utiliser les pertes fiscales accumulées par Grover. Cela ne constitue en soi rien de répréhensible, et encore moins rien d'illégal, puisque toute personne a le droit d'arranger ses affaires de manière à réduire au minimum ou à supprimer ses impôts, tant qu'elle respecte les limites que fixe la loi.

<sup>h</sup> Toutefois, de l'avis de la Cour d'appel fédérale, l'opération était incomplète parce qu'aucune portion du prix de l'achat intervenu entre les sociétés n'avait trait à l'achalandage; les trois licences requises pour exploiter l'entreprise en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1952, chap. 99, sont restées au nom de la venderesse appelante; dans les rapports de renseignements produits en application de *The Corporations Information Act*, R.S.O. 1960, chap. 72 et modifications, Grover décrit son entreprise comme «la fabrication et la

flavouring business; the vendor-appellant continued to show its name on the business premises where the business was carried on; the appellant continued to pay water services and business taxes with reference to those premises; the appellant filed T-4 slips with the Department of National Revenue for the employees of the business; and no notice was sent out to trade creditors, lessors, employees, customers and suppliers of the change of ownership in this business. In relying upon one of its earlier decisions, the Court (*per Urie J. in Atinco Paper Products Ltd. v. The Queen*, [1978] CTC 566, at pp. 577-78) considered its obligation:

... to ensure that everything which appears to have been done, in fact, has been done in accordance with applicable law. ... If the transaction can withstand that scrutiny, then it will, of course, be supported. If it cannot, it will fall. That is what happened here.

The Court then concluded that the appellant had failed to "show that the transaction was in all respects a complete, real transaction".

No section of the Act was isolated by the Attorney General of Canada as clearly authorizing the assessments which gave rise to these proceedings. Assuming for the moment there is no sham, the respondent asks the Court to find, without express statutory basis, that no transaction is valid in the income tax computation process that has not been entered into by the taxpayer for a valid business purpose. The respondent asserts that by definition, an independent business purpose does not include tax reduction for its own sake.

The Attorney General of Canada submits that, in any case, the Federal Court of Appeal was correct in holding that the purported transfer was incomplete and can thus be disregarded for tax purposes as an ineffectual transaction. The principal authorities upon which the Department relies for this latter proposition are *Atinco, supra*, and *Rose v. Minister of National Revenue*, [1973] F.C. 65 (F.C.A.)

In 1951, the Act was amended to prohibit the consolidation of separate corporate operations in

vente de produits de béton précoûlé» sans mention de l'entreprise d'aromatisants alimentaires; la vendeuse appelante a continué d'afficher son nom sur ses locaux commerciaux; l'appelante a continué de payer les taxes d'affaires et d'eau relatives à ces locaux; l'appelante a produit auprès du ministère du Revenu national des formules T-4 pour les employés de l'entreprise; aucun avis du changement de propriété de l'entreprise n'a été transmis aux créanciers commerciaux, aux locataires, aux employés, aux clients et aux fournisseurs. S'appuyant sur une de ses décisions antérieures, la Cour d'appel a examiné son obligation (le juge Urie dans *Atinco Paper Products Ltd. c. La Reine*, [1978] CTC 566, aux pp. 577 et 578):

... de s'assurer qu'ils [les gestes d'un contribuable] sont, de fait, conformes à la loi applicable ... Si la transaction résiste à cet examen minutieux, alors la Cour peut, bien entendu, y faire droit; sinon elle doit échouer. C'est cette dernière conclusion qui s'impose en l'espèce.

La Cour a ensuite conclu que l'appelante n'avait pas «prouvé que la transaction constitue à tous égards une transaction complète et véritable».

Le procureur général du Canada n'a invoqué aucun article précis de la Loi qui autoriserait manifestement les cotisations visées en l'espèce. Si on accepte pour le moment l'hypothèse qu'il n'y a pas de trompe-l'oeil, l'intimée demande à la Cour de conclure, sans fondement législatif exprès, qu'aucune transaction n'est valide dans le cadre du calcul de l'impôt si elle n'a pas été conclue par le contribuable pour un motif commercial valide. L'intimée fait valoir que, par définition, un motif commercial distinct ne comprend pas la diminution de l'impôt comme tel.

Le procureur général du Canada soutient que de toute façon la Cour d'appel fédérale a eu raison de conclure que la prétendue cession est incomplète et peut donc être considérée pour fins d'impôt comme inexistante. Les principales décisions que le Ministère invoque à l'appui de cette prétention sont les arrêts *Atinco*, précité, et *Rose c. Ministre du Revenu national*, [1973] C.F. 65 (C.A.F.)

En 1951, on a modifié la Loi pour interdire l'intégration d'opérations sociales distinctes aux



reporting income under the *Income Tax Act, supra*. The result of this amendment was that a corporate proprietor carrying on business through more than one corporate vehicle loses the right an individual proprietor enjoys of blending profitable and unprofitable operations so as to pay income tax only on the resultant net incomes. After 1951 management of a corporate group could not directly merge, blend or meld the operations in two or more subsidiary corporations for the purpose of reducing the tax payable by the corporate group as a whole. In contrast, an individual proprietor with an equally diverse commercial undertaking can do so because only one taxable entity is involved.

The simple question, therefore, is whether a corporate group can avail itself of a tax loss in one of the family subsidiaries by rerouting the income from another corporate member into that subsidiary. Clearly, the corporation can do so by buying assets from any business, corporate or unincorporate, and putting these profit-generating assets into a company with an accepted loss position. The purchase of the shares of another company which has a loss carry-forward might prevent its utilization by the purchaser. With that we are not here concerned. If the taxpayer can expand an existing business to create earnings to make use of a loss carry-forward, then one must find some prohibition in the Act to say that the purchase of such additional assets may not come through a non-arm's length transaction; apart from s. 137 which has not been relied upon by the respondent here. To this consideration I will return.

The main issue is as already set forth, but there are two subsidiary issues.

1. A sham transaction: This expression comes to us from decisions in the United Kingdom, and it has been generally taken to mean (but not without ambiguity) a transaction conducted with an element of deceit so as to create an illusion calculated to lead the tax collector away from the taxpayer or the true nature of the transaction; or, simple deception whereby the taxpayer creates a facade of

fins de la déclaration du revenu en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée. Cette modification a eu pour conséquence de priver une société commerciale, qui exploite une entreprise par l'entremise de plusieurs sociétés commerciales, du droit que possède un particulier d'amalgamer des opérations profitables et des opérations déficitaires de manière à ne payer l'impôt que sur le revenu total net. Après 1951, la direction d'un groupe de sociétés ne pouvait directement intégrer, combiner ou amalgamer les opérations de deux ou plusieurs sociétés filiales dans le but de réduire l'impôt payable par l'ensemble du groupe de sociétés. Par contre, un particulier également propriétaire de diverses entreprises commerciales peut le faire parce qu'un seul contribuable est en cause.

La question se réduit donc à savoir si un groupe de sociétés peut se prévaloir de la perte récupérable de l'une des filiales du groupe en faisant en sorte que le revenu d'une autre société membre devienne celui de cette filiale. Manifestement, la société peut le faire en acquérant l'actif de toute entreprise, constituée en société ou non, et en assignant cet actif générateur de revenus à une société placée dans une situation déficitaire. L'acquisition des actions d'une autre société qui a un report de pertes pourrait empêcher son utilisation par l'acquéreur. Ce n'est pas ce dont il s'agit en l'espèce. Si le contribuable peut transformer une entreprise existante de manière à générer des revenus et utiliser le report de pertes, alors il faut trouver dans la Loi une interdiction autre que celle de l'art. 137, que l'intimée n'a pas invoqué en l'espèce, pour conclure que l'acquisition du nouvel actif ne peut pas résulter d'une opération faite par des parties liées. Je reviendrai à cette question plus loin.

La question principale est celle que j'ai déjà énoncée, mais il y a deux questions subsidiaires.

1. Le trompe-l'oeil: cette expression nous vient de décisions du Royaume-Uni et signifie, de façon générale (non sans ambiguïté), une opération assortie d'un élément de tromperie de manière à créer une illusion destinée à cacher au percepteur le contribuable ou la nature réelle de l'opération, ou un faux-semblant par lequel le contribuable crée une apparence différente de la réalité qu'elle

reality quite different from the disguised reality. The Court of Appeal here found it unnecessary to determine whether or not the transaction was a sham. The Court also found that the taxpayer announced its purpose from the outset, entered into legally binding contracts of implementation, registered several closing documents in public registries in the provincial registries of Ontario and Quebec, and in federal registries in Ottawa, and entered into an enforceable security arrangement between Grover and the Bank of Nova Scotia. It was further determined by the Court of Appeal that every step required to create legally binding relationships with reference to transfer of the corporate assets of the appellant, including its trade marks, and to the retirement of its indebtedness to the Bank of Nova Scotia, was taken by the appellant. Grover, it was found, had performed all essential acts to place absolute beneficial ownership of the assets in Grover, including trade marks, and Grover did everything necessary to assume the indebtedness of the appellant to the Bank of Nova Scotia. The Court of Appeal found no element of deceit present.

2. The application of s. 137 of the *Income Tax Act, supra*, (s. 245 in the new Act): This is an anti-tax avoidance section which states that no "disbursement" which "artificially" reduces the income of a taxpayer shall be taken into account in determining tax liability. The section provides in part as follows:

137. (1) In computing income for the purposes of this Act, no deduction may be made in respect of a disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction or operation that, if allowed, would unduly or artificially reduce the income.

While it is at least arguable that this section covers the "disbursement" by the appellant of the profits earned for the account of Grover in the operation of the business, the Attorney General of Canada expressly, in response to a question from the Court during the hearing of the appeal, said that the Crown was not relying upon s. 137. Clearly the cheque transferring the profit from the appellant to Grover at the end of the year is a disbursement, and it is a disbursement the deduction of which

sert à masquer. En l'espèce, la Cour d'appel a conclu qu'il n'était pas nécessaire de décider si l'opération était un trompe-l'oeil. Elle a aussi conclu que le contribuable a annoncé son intention dès le début, signé des contrats de mise en oeuvre en bonne et due forme, enregistré plusieurs actes officiels dans des registres publics provinciaux de l'Ontario et du Québec et des registres fédéraux à Ottawa, signé une convention de garantie exécutoire intervenue entre Grover et la Banque de la Nouvelle-Écosse. La Cour d'appel a aussi conclu que l'appelante a pris toutes les mesures nécessaires pour établir des liens juridiques exécutoires quant au transport des biens sociaux de l'appelante, notamment de ses marques de commerce, et quant à l'annulation de sa dette envers la Banque de la Nouvelle-Écosse. On a conclu que Grover a accompli tous les actes essentiels pour obtenir la propriété des biens, notamment des marques de commerce, et qu'elle a fait tout ce qui était nécessaire pour prendre en charge de la dette de l'appelante envers la Banque de la Nouvelle-Écosse. La Cour d'appel a conclu à l'absence de tout élément de tromperie.

2. L'application de l'art. 137 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée (art. 245 de la nouvelle loi): il s'agit d'un article qui vise l'évitement de l'impôt et qui décrète qu'aucun «débours» qui réduirait l'impôt d'un contribuable «de façon factice» ne doit entrer dans le calcul de l'impôt. Voici le premier paragraphe de l'article:

137. (1) Dans le calcul du revenu aux fins de la présente loi, aucune déduction ne peut être faite à l'égard d'un débours fait ou d'une dépense faite ou engagée, relativement à une affaire ou opération qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de façon factice le revenu.

Bien qu'on puisse au moins plaider que cet article s'applique au «débours» que l'appelante fait des profits gagnés pour le compte de Grover dans l'exploitation de l'entreprise, le procureur général du Canada a dit expressément, en réponse à une question de la Cour à l'audition du pourvoi, que Sa Majesté n'invoquait pas l'art. 137. Manifestement le chèque par lequel l'appelante a transféré les profits à Grover à la fin de chaque année est un débours dont la déduction réduit à néant le revenu

leaves no taxable income in the appellant from the business. The Crown does not advance this argument in this appeal presumably in the hope that the tax liability of the appellant will be founded on the “genuine business purpose” principle or the “abuse of rights” principle which are said to form part of the taxation principles in the laws of the United Kingdom and the United States and elsewhere, and which the respondent submits are equally applicable in the interpretation of the *Income Tax Act* of Canada, *supra*.

Returning then to the main issues in this appeal, the respondent asserts the right to tax here on two bases:

- A. The transfer is, in any event, incomplete, and therefore should be disregarded and the transferor and transferee taxed according to their respective positions as though this transaction had not taken place.
- B. Canadian cases have already established the principle recently stated in the United Kingdom in *Ramsay v. Inland Revenue Commissioners*, *infra*, in *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Company*, *infra*, and in *Furniss (Inspector of Taxes) v. Dawson* *infra*, namely, that a transaction without a valid business purpose is not to be taken into account in the computation of liability for tax under the *Income Tax Act*.

#### A. Incomplete Transaction

It is acknowledged that the transferor, the appellant, and the transferee, Grover, completed thirty legal steps in the transfer of the business to Grover. These included the contract of purchase and sale, the implementing documentation all of which has been enumerated above. The purchase price for the business was paid by the assumption by Grover of the secured indebtedness of the appellant to the Bank and by the issuance of secured notes. The respondent did not question the appellant's assertion that the Bank of Nova Scotia, on the default of Grover, would have had the clear right in law to recover from the transferred assets the unpaid balance of the debt assumed by Grover on the purchase of the business from the appellant.

imposable de l'appelante à l'égard de l'entreprise. Sa Majesté ne plaide pas cet argument en l'espèce probablement dans l'espoir de voir que l'assujettissement à l'impôt de l'appelante sera fondé sur le principe «de l'objet commercial véritable» ou sur le principe de «l'abus de droit» qui, selon l'intimée, font partie des principes de droit fiscal du Royaume-Uni et des États-Unis et d'ailleurs et qui, selon l'intimée, sont également applicables à l'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada, précitée.

Quant à la question principale du présent pourvoi, l'intimée fonde le droit de prélever un impôt sur deux arguments:

- A. La cession est, de toute façon, incomplète et doit, en conséquence, être écartée et la cédante et la cessionnaire imposées selon leur situation respective si l'opération n'avait pas eu lieu.
- B. La jurisprudence canadienne a déjà confirmé le principe énoncé dernièrement au Royaume-Uni dans l'arrêt *Ramsay v. Inland Revenue Commissioners*, *infra*, *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Company*, *infra*, et *Furniss (Inspector of Taxes) v. Dawson*, *infra*, c'est-à-dire qu'on ne doit pas tenir compte d'une opération sans but commercial véritable dans le calcul de l'impôt en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

#### g A. Une opération incomplète

Il est reconnu que la cédante, l'appelante, et la cessionnaire, Grover, ont accompli trente actes juridiques pour céder l'entreprise à Grover. Ces actes comprennent le contrat de vente, et les actes accessoires, tous énumérés plus haut. Grover a payé le prix d'achat de l'entreprise en se chargeant de la dette garantie de l'appelante envers la banque et en délivrant des billets garantis. L'intimée n'a pas contesté l'affirmation de l'appelante selon laquelle la Banque de la Nouvelle-Écosse aurait clairement eu le droit, advenant inexécution par Grover, de recouvrer à même l'actif cédé le solde impayé de la dette prise en charge par Grover lors de l'achat de l'entreprise de l'appelante.

Nevertheless, the Crown says that the following matters were not attended to in relation to the transfer of assets between the parties to the contract and that, therefore, the contract of purchase and sale was not completed:

(i) In filing its annual return for the years 1966 to 1968 under *The Corporations Information Act, supra*, that is, in the years after the sale, Grover answered the question: "Generally the undertaking that the corporation is actually carrying on," as follows: "manufacture and sales of precast concrete products". No mention is there made of the business of the appellant which had been acquired by Grover. It is, of course, at least arguable that the question invited the answer given because, by a contract with the appellant entered into at the time of the purchase of the assets and referred to by all parties as the "nominee agreement", Grover had appointed the appellant as its agent to carry on the business in trust for and to the account of Grover. The appellant stated in answer to the same question that its business was the "manufacture and sale of essential flavourings and oils". In filing its income tax return for the same years, Grover completed the tax form as follows: "Nature of business—manufacture of Pre-cast Concrete Products and Food Flavours". Both forms appear to have been correctly completed by both companies, and nothing misleading or incomplete results therefrom. In any event, this step has nothing to do with the implementation of the agreement of purchase and sale, and not by the remotest argument could it be said to have reversed the closing of the transaction of purchase and sale or in any way made it less than complete from a legal viewpoint.

(ii) The appellant, in the conduct of the business prior to the sale in 1966, held licences under the *Excise Act, supra*, s. 10, of which provides:

10. No person, unless thereunto licensed, shall carry on any business or trade subject to excise or use any utensil, machinery or apparatus suitable for carrying on any such trade or business, . . .

Sa Majesté affirme néanmoins, qu'on n'a pas réglé les questions suivantes relatives à la cession de l'actif intervenue entre les parties contractantes et qu'en conséquence le contrat de vente est incomplet:

i) dans ses déclarations annuelles pour les années 1966 à 1968 en application de *The Corporations Information Act*, précitée, c.-à-d. pour les années qui ont suivi la cession, Grover a répondu à la question [TRADUCTION] «nature générale de l'entreprise exploitée par la société» comme ceci: [TRADUCTION] «fabrication et ventes de produits de béton précoûlé». Nulle mention n'a été faite de l'entreprise de l'appelante acquise par Grover. Bien sûr, au moins on peut bien plaider que la question suggérait la réponse donnée puisque, par un contrat conclu avec l'appelante au moment de l'achat de l'actif et désigné par toutes les parties comme la «convention de délégation», Grover avait désigné l'appelante comme sa mandataire pour exploiter l'entreprise, en fiducie, pour son compte. À la même question, l'appelante a répondu que son entreprise consistait à [TRADUCTION] «fabriquer et vendre des essences et aromatisants». Dans ses déclarations d'impôt produites pour les mêmes années, Grover a rempli la formule d'impôt comme ceci: [TRADUCTION] «nature de l'entreprise—fabrication de produits de béton précoûlé et d'aromatisants alimentaires». Les deux formules semblent avoir été remplies correctement par les deux sociétés et rien d'incomplet ou de trompeur n'en ressort. De toute façon, cette démarche n'a rien à voir avec la réalisation de la promesse de vente et ne peut, même de façon très fortuite, avoir empêché la conclusion de la vente proprement dite ou l'avoir rendue incomplète de quelque façon du point de vue juridique.

ii) L'appelante détenait, pour les fins de son entreprise, avant la cession de 1966, des licences en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*, précitée, art. 10, qui décrète:

10. A moins d'avoir obtenu une licence à cette fin, nul ne peut exercer une industrie ou un commerce assujéti (*sic*) à l'accise, ni employer aucun ustensile, mécanisme ou appareil propre à exercer cette industrie ou ce commerce, . . .

The appellant held such a licence at the time of the transfer of its business to Grover. The appellant continued to hold such a licence for the asserted reason that the appellant, as the nominee of Grover, continued to carry on the business which entailed the use of the equipment requiring the licence. Arguably, the statute might require that a licence be held by both Grover and the appellant. The fact that the appellant held the licence or the fact that Grover didn't take out a duplicate licence would, in my respectful view of the statute, have no impact whatever on whether or not the appellant has completed the transfer of its assets to Grover. There is no relationship in law advanced by the respondent to explain how the failure to have two licences, or the holding of one licence by the nominee appellant, would somehow invalidate, or at least render imperfect, the transfer of assets and assumption of liabilities so completely documented and properly registered as set out above.

(iii) In its factum, the Crown makes reference to the fact that T-4 slips were completed by the appellant under the *Income Tax Act* of Canada for the employees engaged in the conduct of the business. In this Court, no oral argument was advanced on this ground. In the Federal Court of Appeal, Urie J. remarked upon the significance of this fact as follows:

There is further disclosed in the evidence a number of instances from which it might be concluded that not only did Stuart carry on the flavourings business in fact but represented that it was so doing. Just a few examples of many support this view . . . The appellant was shown as the employer of the employees in the flavourings business in the "Return of Remuneration Paid" filed with the Department of National Revenue and in the T-4 slips issued to employees.

The workers were employed by the appellant in the course of carrying on the business "for the account of Grover". The *Income Tax Act* requires the employer to deduct from wages and salaries at source the applicable taxes and to remit the moneys so withheld to the Minister of National Revenue. The *Income Tax Act* also requires the person making the deductions to issue evidence of such deductions to the employees so that credit may be claimed for

L'appelante était titulaire d'une telle licence au moment de la cession de son entreprise à Grover. L'appelante a continué de détenir cette licence pour le motif, selon elle, qu'à titre de déléguataire de Grover, elle a continué d'exploiter l'entreprise pour laquelle il fallait utiliser l'appareillage exigeant la licence. On pourrait soutenir que la loi exigeait que Grover et l'appelante toutes deux aient une licence. Le fait que l'appelante ait été titulaire de la licence ou celui que Grover n'en ait pas demandé un double n'a aucune conséquence, selon mon interprétation de la loi, sur la question de savoir si l'appelante a complété la cession de son actif à Grover. L'intimée n'a proposé aucun lien juridique qui expliquerait pourquoi l'omission de détenir deux licences ou le fait que l'appelante déléguataire ait détenu une seule licence invaliderait ou rendrait au moins imparfaites de quelque façon la cession de l'actif et la prise en charge des obligations si solidement documentées et dûment enregistrées comme en fait foi l'énumération qui précède.

iii) Dans son mémoire, Sa Majesté mentionne que l'appelante a préparé les reçus T-4 conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada pour les employés de l'entreprise. En cette Cour, ce moyen n'a pas été plaidé. En Cour d'appel fédérale, le juge Urie a commenté l'importance de ce fait comme ceci:

Plusieurs éléments de preuve permettent en outre de conclure non seulement que Stuart exploitait l'entreprise d'aromatisants, mais que Stuart se présentait comme tel. Qu'il suffise d'en donner quelques exemples parmi tant d'autres. . . La «déclaration de la rémunération versée», produite auprès du ministère du Revenu national, et les reçus T-4 remis aux employés, indiquent que l'appelante est l'employeur des employés de l'entreprise d'aromatisants.

L'appelante employait les travailleurs dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise «pour le compte de Grover». La *Loi de l'impôt sur le revenu* exige que l'employeur déduise à la source l'impôt applicable et remette les sommes ainsi retenues au ministre du Revenu national. La *Loi de l'impôt sur le revenu* exige également que la personne qui fait ces déductions délivre une attestation de ces déductions pour permettre aux employés de réclamer un crédit pour les sommes

taxes withheld. *Vide Income Tax Act, supra*, s. 47, as amended to 1968. It is clear from an examination of the transfer documents and the documents of implementation of the transfer agreement, and particularly the nominee agreement, that the parties to these agreements intended that the appellant would carry on the business for the account of Grover, and profit derived therefrom would accrue to Grover. The parties so performed these agreements. The appellant, in doing so, also acted in compliance with the tax statute in withholding taxes from, and issuing T-4 slips to, employees. I can see no consequence at law of the type claimed in the Crown's factum which would in any way indicate that the contract of purchase and sale of this business was somehow rendered incomplete by the performance by the appellant of its statutory obligation under the tax statute.

(iv) Perhaps related to the submission that the sale in question was incomplete and thus is to be disregarded for tax purposes, is the finding in at least two of the courts below that, by reason of the relationship between the parties, the business would be returned to the appellant when Grover's tax loss was fully spent. The Federal Court Trial Division referred to the sale in these words:

... such an obligation on the part of Grover to reconvey the assets to Stuart when the Grover loss had been absorbed in reducing the Stuart income tax, when coupled with the facts set out in the Judgment appealed from, is convincing evidence that the directors of both companies never contemplated the transaction as a transfer of the Stuart assets nor a genuine sale.

This reference is apparently to the memo of the solicitor for the appellant company to which reference has already been made, and which stated in part that when the tax loss has been fully utilized, "the business carried on by Stuart Brothers will be sold by Grover to Stuart Brothers". There is nothing in the record which amounts to an enforceable agreement or undertaking to reverse the sale, or even a commitment by an officer of either the appellant or Grover to do so. In the event, no such transfer occurred as

retenues. Voir *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, art. 47 et modifications jusqu'en 1968. Il est manifeste d'après l'examen des pièces relatives à la cession et des pièces qui y donnent effet, plus particulièrement de la convention de délégation, que les parties ont voulu que l'appelante exploite l'entreprise pour le compte de Grover et que les profits qui en découleraient appartiennent à Grover. Les parties ont donc exécuté ces conventions. Ce faisant, l'appelante s'est aussi conformée à la législation fiscale en retenant les impôts des employés et en leur délivrant des reçus T-4. En droit, je ne puis voir aucune conséquence juridique du genre de celles avancées dans le mémoire de Sa Majesté qui rendrait de quelque façon le contrat de vente de l'entreprise incomplet parce que l'appelante a rempli les obligations fixées par la loi de l'impôt.

iv) La prétention que la vente en cause est incomplète et devrait être écartée pour les fins de l'impôt peut se rattacher à la conclusion d'au moins deux des cours d'instance inférieure selon lesquelles, à cause des rapports entre les parties, l'entreprise serait rétrocédée à l'appelante lorsque la perte récupérable de Grover aura complètement été utilisée. La Division de première instance de la Cour fédérale parle de la vente dans les termes suivants:

... l'obligation de Grover de transférer de nouveau les éléments d'actif à Stuart quand la perte subie par la première nommée aurait servi à réduire l'impôt sur le revenu de Stuart, cette obligation, considérée de concert avec les faits énoncés dans le jugement attaqué, constitue une preuve convaincante que les administrateurs des deux compagnies n'ont jamais envisagé l'opération comme un transfert des éléments d'actif de Stuart ni comme une vente véritable.

Il s'agit apparemment d'une allusion à la note de l'avocat de la société appelante dont j'ai déjà parlé et qui mentionne, entre autres choses, que lorsque la perte récupérable aura été complètement utilisée [TRADUCTION] «celle-ci [Grover] vendra à Stuart Brothers l'entreprise exploitée par cette dernière». Il n'y a rien au dossier qui équivaille à une convention ou engagement exécutoire de revendre l'entreprise ni même un engagement de la part des administrateurs de l'appelante ou de Grover de le faire. De toute

the business was sold by Grover to an independent third party.

In 1969, Grover sold the business to a stranger. The sale included all assets and goodwill. The appellant was not a party vendor to the contract, nor did the lengthy agreement stipulate any participation by the appellant in the closing documents. The purchaser paid in excess of two million dollars for the business and took conveyances and assignments only from Grover as the vendor. Both the parent, Finlayson Enterprises Limited, and the appellant joined in the agreement as third parties "in order to induce the purchaser to enter into the agreement" and "to be bound by all of the indemnities, warranties, representations and agreements made herein", and to agree to change the corporate name of Stuart Brothers Limited. All the assignments and conveyances delivered on closing in 1968 were executed by Grover alone in favour of the "purchaser" whose name in the closing documents, unlike the contract, was Givaudan Limited. In fact, the appellant, as already stated, did change its name, and the purchaser, by a new incorporation or a change of name of an existing corporation, adopted the corporate name Givaudan Stuart Brothers Limited. Like the appellant in 1962 and Grover in 1966, the purchaser in 1968 adopted a name incorporating 'Stuart', obviously in order to facilitate the retention of the goodwill attaching to that name in the market. Faced with this commercial reality, it is difficult to see how the transaction between Grover and the appellant was incomplete.

At the time of the 1966 sale to Grover, Grover wished to continue the use of the name of the appellant in connection with the business for a second reason. There were serious claims outstanding in the courts against Grover in an action brought in connection with its cement business, and the testimony in the record reveals that it was desirable "to make the transfer as inconspicuous as possible" in order not to encourage Grover's adversaries in continuing the

façon cette cession n'a pas eu lieu et Grover a vendu l'entreprise à un tiers.

En 1969, Grover a vendu l'entreprise à un tiers. La vente visait tous les éléments d'actif et l'achalandage. L'appelante n'était pas partie au contrat à titre de venderesse et la longue promesse de vente ne stipulait aucune intervention de l'appelante à la signature des documents qui devaient réaliser la vente proprement dite. L'acquéreur a payé l'entreprise plus de deux millions de dollars et a reçu les actes de cession et de transports de Grover seule à titre de venderesse. Aussi bien la société mère, Finlayson Enterprises Limited, que l'appelante sont intervenues à la convention à titre de tiers [TRADUCTION] «pour amener l'acquéreur à conclure le marché» et [TRADUCTION] «pour être liées par toutes les indemnités, garanties, déclarations et conventions contenues aux présentes», et pour consentir à modifier la raison sociale de Stuart Brothers Limited. Tous les actes de cession et de transports signés en 1968 l'ont été par Grover seule en faveur de l'«acheteur» dont le nom dans les documents définitifs, par opposition au contrat, est Givaudan Limited. En réalité, comme je l'ai déjà signalé, l'appelante a changé son nom et l'acheteuse, par une nouvelle constitution en société ou un changement de nom de la société existante a pris la raison sociale de Givaudan Stuart Brothers Limited. Comme l'appelante en 1962 et Grover en 1966, l'acheteuse a, en 1968, choisi une appellation qui comportait le nom «Stuart», manifestement dans le but de retenir l'achalandage qui s'attache à ce nom sur le marché. Compte tenu de cette réalité commerciale, il est difficile de voir comment l'opération entre Grover et l'appelante était incomplète.

Au moment de la vente à Grover en 1966, cette dernière a voulu continuer d'utiliser le nom de l'appelante en rapport avec l'entreprise pour une seconde raison. Grover faisait face à de graves réclamations dans une action reliée à son entreprise de béton et les témoignages au dossier révèlent qu'on voulait [TRADUCTION] «rendre la cession la plus discrète possible» de manière à ne pas encourager les adversaires de Grover à poursuivre le litige [TRADUCTION] «aussi longtemps

litigation, "so long as it was legally binding". This litigation was ultimately settled.

In my view, these facts and circumstances all lead inexorably to the conclusion that the transfer and sale of the business by the appellant to Grover in 1966 was, in law, fully complete. Grover became the owner of the business, and the appellant operated the business on behalf of and for the account of Grover.

### B. Business Purpose Test

What then is the law in Canada as regards the right of a taxpayer to order his affairs so as to reduce his tax liability without breaching any express term in the statute? Historically, the judicial response is found in *Bradford (Borough of) v. Pickles*, [1895] A.C. 587, where it was stated:

If it was a lawful act, however ill the motive might be, he had a right to do it. If it was an unlawful act, however good his motive might be, he would have no right to do it. [*Per* Lord Halsbury L.C., at p. 594.]

No use of property, which would be legal if due to a proper motive, can become illegal because it is prompted by a motive which is improper or even malicious. [*Per* Lord Watson, at p. 598.]

In the field of taxation itself the traditional position was re-echoed in *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1, at pp. 19-20, where it was stated:

Every man is entitled if he can to order his affairs so as that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be. If he succeeds in ordering them so as to secure this result, then, however unappreciative the Commissioners of Inland Revenue or his fellow taxpayers may be of his ingenuity, he cannot be compelled to pay an increased tax.

In the courts of the United States a different philosophy was developed in the oft-cited judgment in *Gregory v. Helvering, Commissioner of Internal Revenue*, 293 U.S. 465 (1934). The United States Supreme Court considered the *Revenue Act* of 1928, which, at least in 1934, contained no clause of a type generally referred to as an "anti-tax avoidance provision". The Court, in setting aside a plan of reorganization carried out by the taxpayer, did so by asserting that the

qu'elle était valide». Un règlement est finalement intervenu.

À mon avis, ces faits amènent inexorablement la conclusion que la cession et la vente de l'entreprise par l'appelante à Grover en 1966 était tout à fait complète en droit. Grover est devenue propriétaire de l'entreprise et l'appelante l'a exploitée pour le compte de celle-ci.

### B. Le critère de l'objet commercial

Qu'en est-il alors, en droit canadien, du droit du contribuable d'organiser ses affaires de manière à réduire ses impôts sans violer de disposition expresse de la loi? Historiquement, la réponse des tribunaux se trouve dans l'arrêt *Bradford (Borough of) v. Pickles*, [1895] A.C. 587, où l'on dit:

[TRADUCTION] S'il s'agit d'un acte légal, quel que mauvais qu'en soit le motif, il a le droit de l'accomplir. S'il s'agit d'un acte illégal, quel que louable que puisse être son motif, il n'a pas le droit de l'accomplir. [Le lord chancelier Halsbury, à la p. 594.]

Aucun usage d'un bien qui serait légal s'il était fait pour un motif bien fondé ne peut devenir illégal parce qu'il est inspiré par un motif mal fondé ou même délictueux. [Lord Watson, à la p. 598.]

Dans le domaine de la fiscalité elle-même, le principe traditionnel a été répété dans l'arrêt *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1, aux pp. 19 et 20 où l'on dit:

[TRADUCTION] Tout homme a le droit, s'il le peut, de diriger ses affaires de façon que son assujettissement aux impôts prescrits par les lois soit moindre qu'il ne le serait autrement. S'il réussit à obtenir ce résultat, alors, même si le percepteur ou les autres contribuables n'apprécient guère son ingéniosité, on ne peut pas l'obliger à payer plus d'impôt.

Les tribunaux américaines ont élaboré une philosophie différente dans la décision souvent citée *Gregory v. Helvering, Commissioner of Internal Revenue*, 293 U.S. 465 (1934). La Cour suprême des États-Unis analysait la *Revenue Act* de 1928 qui, jusqu'à 1934 du moins, ne comportait pas de disposition du genre généralement appelée «disposition relative à l'évitement de l'impôt». Écartant un plan de réorganisation mené par le contribuable, la Cour a affirmé que les principes applicables



proper principles applicable in construing a taxation statute required such a result. Justice Sutherland, in giving the opinion of the Court, stated at pp. 469-70.

When subdivision (B) speaks of a transfer of assets by one corporation to another, it means a transfer made "in pursuance of a plan of reorganization" of corporate business; and not a transfer of assets by one corporation to another in pursuance of a plan having no relation to the business of either, as plainly is the case here. Putting aside, then, the question of motive in respect of taxation altogether, and fixing the character of the proceeding by what actually occurred, what do we find? Simply an operation having no business or corporate purpose—a mere device which put on the form of a corporate reorganization as a disguise for concealing its real character, and the sole object and accomplishment of which was the consummation of a preconceived plan, not to reorganize a business or any part of a business, but to transfer a parcel of corporate shares to the petitioner.

The whole undertaking, though conducted according to the terms of subdivision (B), was in fact an elaborate and devious form of conveyance masquerading as a corporate reorganization, and nothing else. The rule which excludes from consideration the motive of tax avoidance is not pertinent to the situation, because the transaction upon its face lies outside the plain intent of the statute. To hold otherwise would be to exalt artifice above reality and to deprive the statutory provision in question of all serious purpose.

The taxpayer was improperly invoking a tax allowance authorized by the legislature. By an improper application of the legislative measure, the taxpayer gains no rights to the claimed benefit which would otherwise be obtainable under the statute. The element of sham crept into the language of the court and it is not clear whether, absent this element, the result would be the same. This is not the case with which we are faced. The Act is silent on the subject; and there are general provisions in the Act dealing with artificial transactions.

The same taxation philosophy was espoused by the Supreme Court of the United States in 1960 in *Knetsch v. United States*, 364 U.S. 361 (1960),

à l'interprétation d'une loi fiscale exigeaient un tel résultat. Le juge Sutherland, qui a rédigé l'opinion de la Cour, dit aux pp. 469 et 470:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Lorsque la partie (B) parle d'une cession d'actif d'une compagnie à une autre, elle veut dire une cession faite «en application d'un plan de réorganisation» d'une société commerciale et non une cession d'actif d'une compagnie à une autre en application d'un plan sans lien avec le commerce ni de l'une ni de l'autre compagnie comme c'est manifestement le cas en l'espèce. Si on écarte alors toute la question du motif fiscal et si on juge la nature de la procédure par ce qui s'est réellement passé, que peut-on conclure? Uniquement à une opération qui n'a pas de motif commercial ou d'affaires—un simple stratagème qui revêt la forme d'une réorganisation sociale dans le but de masquer sa véritable nature et dont le seul but et le seul effet sont d'amener la réalisation du plan élaboré et non de réorganiser une entreprise ou une partie quelconque d'une entreprise, mais de transporter un bloc d'actions de la compagnie au requérant.

<sup>e</sup> Bien que toute l'entreprise ait été menée conformément aux dispositions de la partie (B), elle constituait en réalité une forme compliquée et détournée de cession déguisée en une réorganisation sociale et rien d'autre. La règle selon laquelle il ne faut pas tenir compte du motif qui sous-tend l'évitement de l'impôt ne s'applique pas ici parce que l'opération est manifestement hors de l'intention claire du législateur. Conclure le contraire équivaudrait à préférer l'artifice à la réalité et à priver la disposition législative en cause de toute portée véritable.

<sup>g</sup> Le contribuable demandait sans droit un dégrèvement fiscal autorisé par le législateur. Une mauvaise application de la disposition législative ne donne pas au contribuable droit à l'avantage demandé, avantage par ailleurs existant en vertu de la loi. L'élément de trompe-l'oeil s'est glissé dans l'expression employée par la cour et on ne sait pas si, en l'absence de cet élément, le résultat aurait été le même. Ce n'est pas le cas en l'espèce. La Loi est muette sur le sujet et elle comprend des dispositions générales relativement aux opérations factices.

<sup>j</sup> La Cour suprême des États-Unis a, en 1960, adopté la même philosophie fiscale dans l'arrêt *Knetsch v. United States*, 364 U.S. 361 (1960),

where the Court concluded that the transaction was a sham which created no indebtedness within the meaning of the then version of the *Internal Revenue Code*. Mr. Justice Brennan, for the majority, concluded that the taxpayer could not rely upon formal documents “without regard to whether the transactions created a true obligation to pay interest” (at p. 367). The Court was there construing an amendment which was said to have been enacted to “close a loophole” in respect of interest deductions. The word “sham” is used in a confusing sense, and at p. 369 in his judgment, Justice Brennan appears to extend his conclusion to cover a factual situation where “actual indebtedness” arose by reason of the transaction in question. Justice Douglas, on behalf of himself and two other justices, dissented, stating that the facts revealed that the clear and simple intention of the taxpayer was to qualify, by means of the asserted transaction, for a deduction for interest paid. He concluded: “Yet as long as the transaction itself is not hocus-pocus, the interest charges incident to completing it would seem to be deductible . . .” (at p. 370). Of interest in considering the issues raised in this appeal are the later observations of Justice Douglas at p. 371:

Tax avoidance is a dominating motive behind scores of transactions. It is plainly present here. Will the Service that calls this transaction a “sham” today not press for collection of taxes arising out of the surrender of the annuity contract? I think it should, for I do not believe any part of the transaction was a “sham.” To disallow the “interest” deduction because the annuity device was devoid of commercial substance is to draw a line which will affect a host of situations not now before us and which, with all deference, I do not think we can maintain when other cases reach here. The remedy is legislative. Evils or abuses can be particularized by Congress.

Where the taxpayer is a corporation created in the course of the execution of a tax avoidance plan, a different result may flow. There is considerable literature on this subject in the United States which is fairly represented by the following excerpt from *A U.S. View Through the Corporate Veil*, (Jan., 1978), Tax Management International

dans lequel elle a conclu que l'opération était un trompe-l'oeil qui ne créait pas de dette au sens du *Internal Revenue Code* alors en vigueur. M. le juge Brennan, au nom de la majorité, a conclu que le contribuable ne pouvait pas invoquer de documents en bonne et due forme [TRADUCTION] « sans vérifier si les opérations créaient une obligation réelle de payer un intérêt » (à la p. 367). La Cour interprétait alors une modification qui était censée viser à [TRADUCTION] « fermer une échappatoire » à l'égard des déductions d'intérêts. Le mot « trompe-l'oeil » est employé de façon ambiguë et, à la p. 369 de ses motifs, le juge Brennan paraît étendre la portée de sa conclusion de manière qu'elle s'applique à une situation de fait où un « endettement réel » découle de l'opération en cause. Le juge Douglas aux motifs duquel deux autres juges ont souscrit est dissident et affirme que les faits ont révélé que le contribuable avait l'intention claire et simple de bénéficiaire, au moyen de l'opération mentionnée, d'une déduction pour intérêts versés. Il conclut: [TRADUCTION] « Donc pour autant que la transaction elle-même n'est pas illusoire, les frais d'intérêt relatifs à son exécution paraissent déductibles . . . » (à la p. 370). Il y a lieu de souligner, dans l'analyse de la question posée par le présent pourvoi, les observations suivantes du juge Douglas à la p. 371:

[TRADUCTION] L'évitement de l'impôt est le motif principal de nombre d'opérations. On le retrouve de toute évidence ici. Le service qui traite aujourd'hui cette opération de « trompe-l'oeil » ne demandera-t-il pas le prélèvement d'impôts découlant de la cession du contrat d'annuité? J'estime qu'il le devrait, parce que je crois qu'aucune partie de l'opération n'est un trompe-l'oeil. Refuser la déduction d'intérêt parce que le régime d'annuité n'avait pas de fondement commercial, c'est faire un choix qui touchera un grand nombre de situations futures et que, avec égards, je ne pense pas que nous puissions confirmer quand d'autres affaires nous seront soumises. Le redressement est du domaine législatif. Le Congrès peut définir les maux ou abus.

Lorsque le contribuable est une société commerciale constituée au cours de l'exécution du plan d'évitement de l'impôt, le résultat peut être différent. On trouve aux États-Unis beaucoup d'articles sur ce sujet qui sont bien résumés par l'extrait suivant d'un article intitulé *A U.S. View Through the Corporate Veil* (Janvier 1978), Tax Manage-

Journal 3, at p. 7, by the authors Baker and Killingsworth:

Where it appears that the principal purpose of forming a corporation—or multiple corporations—is to circumvent the purpose of a statute, the corporate entity will usually be ignored.

*Vide Kocin v. United States*, 187 F.2d 707 (1951); *Goldstein v. Commissioner of Internal Revenue*, 364 F.2d 734 (1966); Cardozo J. in *Berkey v. Third Avenue Railway Co.*, 244 N.Y. 84 (1926), at p. 95; and *Singer v. Magnavox Co.*, 380 A.2d 969 (1977). Two conditions bear upon the adoption of this approach to the interpretation of a taxing statute: first, the taxpayer is either a creature of, or comes into being because of, a tax avoidance program; and secondly, the absence from the tax statute of a general denial of recognition of artificial transactions. Thus, when examining the United States scene it is well to remember that the *Internal Revenue Code* and its predecessor statutes did not include an anti-tax avoidance provision in the nature of s. 137 of the pre-1972 Canadian *Income Tax Act*.

The situation in Australia sheds further light on the problem of applying the proper interpretative approach to a taxing statute. The Australian tax statute contains a more rigorous anti-tax avoidance provision than our s. 137, and which at the time of the *Cridland* case, *infra*, provided as follows:

260. Every contract, agreement, or arrangement made or entered into, orally or in writing, whether before or after the commencement of this Act, shall so far as it has or purports to have the purpose or effect of in any way, directly or indirectly—

- (a) altering the incidence of any income tax;
- (b) relieving any person from liability to pay any income tax or make any return;
- (c) defeating, evading, or avoiding any duty or liability imposed on any person by this Act; or
- (d) preventing the operation of this Act in any respect,

be absolutely void, as against the Commissioner, or in regard to any proceeding under this Act, but without

ment International Journal 3, à la p. 7, de Baker et Killingsworth:

[TRADUCTION] Lorsqu'il appert que le but principal de la constitution d'une société commerciale—ou de plusieurs sociétés commerciales—est de contourner l'objet d'une loi, on ne tient ordinairement pas compte de la personne morale.

Voir *Kocin v. United States*, 187 F.2d 707 (1951); *Goldstein v. Commissioner of Internal Revenue*, 364 F.2d 734 (1966); le juge Cardozo dans *Berkey v. Third Avenue Railway Co.*, 244 N.Y. 84 (1926), à la p. 95; et *Singer v. Magnavox Co.*, 380 A.2d 969 (1977). L'adoption de ce mode d'interprétation d'une loi fiscale dépend de deux conditions: premièrement, le contribuable est le fruit d'un plan d'évitement de l'impôt ou est créé à cette fin et, deuxièmement, l'absence dans la loi fiscale d'une disposition générale permettant de ne pas tenir compte des opérations factices. Donc, en analysant la situation aux États-Unis, il faut bien se rappeler que l'*Internal Revenue Code* et les lois qui l'ont précédé ne comportaient pas de disposition visant l'évitement de l'impôt semblable à celle de l'art. 137 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en vigueur au Canada avant 1972.

La situation qui prévaut en Australie jette plus de lumière sur le problème de l'application du bon mode d'interprétation d'une loi fiscale. La loi fiscale australienne comporte une disposition contre l'évitement de l'impôt plus rigoureuse que notre art. 137. À l'époque de l'affaire *Cridland*, *infra*, elle était ainsi conçue:

[TRADUCTION] 260. Tout contrat, entente ou convention oral ou écrit intervenu avant ou depuis l'entrée en vigueur de la présente loi, pour autant qu'il a ou prétend avoir l'effet direct ou indirect

- a) de modifier l'incidence de l'impôt sur le revenu;
- b) de soustraire une personne à l'obligation de payer un impôt sur le revenu ou de produire une déclaration;
- c) de contourner, d'éluder ou d'éviter tout devoir ou assujettissement imposé à quiconque dans la présente loi; ou
- d) d'écarter l'application de la présente loi d'une manière quelconque,

sera absolument nul à l'égard du commissaire ou à l'égard de toute procédure prise en vertu de la présente

prejudice to such validity as it may have in any other respect or for any other purpose.

In *Cridland v. Commissioner of Taxation (Cth)* (1978), 52 A.L.J.R. 96, the High Court of Australia considered the application of s. 260 of the *Income Tax Assessment Act 1936 (Cth)*, as amended. The taxpayer, a university student, had participated in a tax minimization scheme which was designed to make available to the participants income averaging opportunities. In order to take advantage of the averaging provision, a taxpayer had to be registered as an income beneficiary of trusts which authorized the trustee to carry on the business of a primary producer. An elaborate scheme was devised by the trustee in this case, and a number of trusts were established in the execution of this plan. Literally thousands of participants were involved in the scheme, all of whom, including the taxpayer Cridland, paid a nominal sum as the purchase price of an "income unit". A distribution of trust income was effected. However, the 'income' paid out to the beneficiaries was negligible (\$1.00). Two factors were clear. The taxpayer, as a party to the trust arrangement, had technically come within the statutory language entitling him to the income averaging provisions. Secondly, the taxpayer had entered into the transaction deliberately with a view to minimizing his tax burden. In allowing the taxpayer's appeal against assessments made by the Commissioner of Taxation, the High Court of Australia, *per Mason J.*, held as follows (at pp. 98-99):

... the taxpayer is entitled to create a situation by entry into a transaction which will attract tax consequences for which the Act makes specific provision and ... the validity of the transaction is not affected by s. 260 merely because the tax consequences which it attracts are advantageous to the taxpayer and he enters into the transaction deliberately with a view to gaining that advantage.

The transactions into which the appellant entered in the present case by acquiring income units in the trust funds in question were not, I should have thought, transactions ordinarily entered into by university students. Nor could they be accounted as ordinary family or business dealings. They were explicable only by refer-

loi, mais sans préjudice de la validité qu'il peut avoir à tous autres égards et à toute autre fin.

Dans l'arrêt *Cridland v. Commissioner of Taxation (Cth)* (1978), 52 A.L.J.R. 96, la Haute Cour d'Australie a étudié l'application de l'art. 260 de l'*Income Tax Assessment Act 1936 (Cth)*, et modifications. Le contribuable, qui était étudiant à l'université, avait pris part à un plan de réduction de l'impôt qui visait à faire profiter les participants de l'avantage de l'étalement du revenu. Pour tirer avantage de la disposition d'étalement, le contribuable devait être inscrit à titre de bénéficiaire du revenu de fiducies qui autorisaient le fiduciaire à exploiter l'entreprise d'un producteur initial. Dans ce cas, le fiduciaire avait institué un système compliqué et établi plusieurs fiducies en exécution de ce plan. Le système comptait littéralement des milliers de participants qui tous, y compris le contribuable Cridland, avaient payé une somme nominale pour l'achat d'une «unité de revenu». Il y a eu distribution du revenu de la fiducie. Cependant le «revenu» versé aux bénéficiaires était minime (1 \$). Deux caractéristiques en ressortaient clairement. Le contribuable, en tant que participant à la convention de la fiducie, relevait en principe des dispositions de la Loi lui permettant de se prévaloir des dispositions d'étalement du revenu. En second lieu, le contribuable avait participé à l'opération dans le but exprès de diminuer son fardeau fiscal. En accueillant l'appel interjeté par le contribuable contre les cotisations du Commissioner of Taxation, la Haute Cour d'Australie, dans des motifs rédigés par le juge Mason, a conclu ce qui suit (aux pp. 98 et 99):

[TRADUCTION] ... le contribuable a le droit de faire naître une situation en participant à une opération qui aura des conséquences fiscales expressément prévues dans la loi et ... l'article 260 ne touche pas à la validité de l'opération simplement parce que les conséquences fiscales qui en découlent sont avantageuses pour le contribuable et que ce dernier a participé à l'opération dans le but exprès de profiter de cet avantage.

Les opérations auxquelles l'appellant a participé en l'espèce, en achetant des unités de revenu des fonds fiduciaires en cause ne sont pas, à ce que je crois, des opérations que des étudiants d'université concluent ordinairement. On ne peut les considérer non plus comme des opérations ordinaires d'affaires ou de famille. Elles

ence to a desire to attract the averaging provisions of the statute and the taxation advantage which they conferred. But these considerations cannot, in light of the recent authorities, prevail over the circumstance that the appellant has entered into transactions to which the specific provisions of the Act apply, thereby producing the legal consequences which they express.

Accordingly, it is my view that s. 260 has no application to this case.

The presence of a provision of general application to control avoidance schemes looms large in the judicial approach to the taxpayer's right to adjust his sails to the winds of taxation unless he thereby navigates into legislatively forbidden waters. The legislature has provided the standards of unacceptable avoidance procedures, and there being no other limit imposed by the Act, the Court found itself under no duty, nor indeed possessed of any authority, to legislate new limits. Where, as in this appeal, the Act expressly permits the application of accumulated losses to reduce taxes on current and future earnings, the tax collector must demonstrate a statutory bar to succeed.

In the United Kingdom there is some evidence that the courts are moving from the principles enunciated in the older cases mentioned above to something approaching the United States *bona fide* business purpose rule.

In *W.T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1981] 2 W.L.R. 449, the House of Lords considered whether losses created under two separate tax avoidance schemes were artificial and should consequently be treated as fiscal nullities for tax purposes. Their Lordships were urged to accept this conclusion despite the fact that the individual transactions which gave rise to the losses were genuinely carried through and were exactly what they purported to be. Although the details of each scheme were dissimilar, the net results and overall concepts were identical. In each case, an allowable capital loss and an equivalent non-taxable gain were created. The taxpayers intended to use the synthesized capital loss to

s'expliquent uniquement par la volonté de se prévaloir des dispositions d'étalement prévues dans la loi et de l'avantage fiscal qu'elles confèrent. Ces considérations ne peuvent cependant pas, étant donné la jurisprudence récente, l'emporter sur le fait que l'appelant s'est engagé dans des opérations auxquelles les dispositions expresses de la Loi s'appliquent et qui par conséquent produisent les effets juridiques qu'elles expriment.

En conséquence, à mon avis, l'art. 260 n'a pas d'application à l'espèce.

La présence d'une disposition d'application générale pour régir les plans d'évitement de l'impôt a une grande importance dans l'évaluation judiciaire du droit du contribuable d'ajuster ses voiles sur les vents de l'impôt pourvu qu'en le faisant, il ne s'aventure pas dans des eaux défendues. Le législateur a défini des normes de procédures d'évitement inacceptables et, puisque la Loi n'impose pas d'autre limite, la Cour a conclu qu'elle n'a elle-même ni le devoir, ni même la compétence d'imposer de nouvelles limites. Lorsque, comme dans le présent pourvoi, la Loi permet expressément d'appliquer les pertes accumulées pour réduire l'impôt sur les revenus présents et futurs, le percepteur doit faire la preuve d'une interdiction prévue dans la Loi pour avoir gain de cause.

Il y a des indications qu'au Royaume-Uni, après avoir adopté les principes énoncés dans les arrêts anciens déjà cités les tribunaux se dirigent vers une règle qui ressemble à la règle de l'objet commercial véritable adoptée aux États-Unis.

Dans l'arrêt *W.T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1981] 2 W.L.R. 449, la Chambre des lords a examiné si des pertes créées en vertu de deux plans distincts d'évitement de l'impôt étaient factices et devaient être, en conséquence, considérées comme nulles du point de vue fiscal. Leurs Seigneuries ont été invitées à accepter cette conclusion malgré le fait que les opérations particulières qui avaient donné lieu aux pertes avaient réellement eu lieu et étaient exactement ce qu'elles paraissaient être. Bien qu'il y eût des différences de détails entre chacun des plans, le résultat net et l'idée générale en étaient les mêmes. Dans chacun des cas, il y avait création d'une perte de capital déductible et d'un gain exempté équiva-

offset a previously realized taxable gain. When the individual transactions were viewed as a whole, it was clear that the gain and loss produced by this plan were meant to be self cancelling. In reviewing the facts, Lord Wilberforce concluded that the schemes were pure tax avoidance mechanisms and that the transactions had no independent commercial purpose. The House of Lords dismissed both appeals and held that the taxpayers were to be assessed without regard to the loss described above. Lord Wilberforce, at p. 459, offered the following reasons:

The capital gains tax was created to operate in the real world, not that of make-belief. As I said in *Aberdeen Construction Group Ltd. v. Inland Revenue Commissioners* [1978] A.C. 885, it is a tax on gains (or I might have added gains less losses), it is not a tax on arithmetical differences. To say that a loss (or gain) which appears to arise at one stage in an indivisible process, and which is intended to be and is cancelled out by a later stage, so that at the end of what was bought as, and planned as, a single continuous operation, is not such a loss (or gain) as the legislation is dealing with, is in my opinion well and indeed essentially within the judicial function.

That is, the momentary, theoretical existence of an accounting quantity which does not survive the whole transaction has no existence in the taxing process. It may be that a fleeting existence is reality in the discipline of particle physics but not in the law of taxation unless it is specifically so enacted. Lord Fraser of Tullybelton, at p. 469, wrote to the same effect:

Each of the appellants purchased a complete prearranged scheme, designed to produce a loss which would match the gain previously made and which would be allowable as a deduction for corporation tax (capital gains tax) purposes. In these circumstances the court is entitled and bound to consider the scheme as a whole: see *Inland Revenue Commissioners v. Plummer* [1980] A.C. 896, 908 and *Chinn v. Hochstrasser* [1981] 2 W.L.R. 14. The essential feature of both schemes was that, when they were completely carried out, they did not result in any actual loss to the taxpayer. The apparently magic result of creating a tax loss that would not be a real loss was to be brought about by arranging that

lent. Les contribuables visaient à utiliser la perte de capital artificielle pour compenser un gain imposable déjà réalisé. Lorsqu'on considérait les opérations dans leur ensemble, il était clair qu'on visait à ce que le gain et la perte produits par ce plan s'annulent l'un l'autre. Après avoir analysé les faits, lord Wilberforce a conclu que les plans étaient de purs mécanismes d'évitement de l'impôt et que les opérations n'avaient pas d'objet commercial distinct. La Chambre des lords a rejeté les deux appels et conclu que les contribuables devaient être cotisés sans tenir compte de la perte ci-dessus mentionnée. Lord Wilberforce énonce les motifs suivants, à la p. 459:

[TRADUCTION] L'impôt sur les gains de capital a été institué pour s'appliquer dans un monde réel et non dans un monde fictif. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Aberdeen Construction Group Ltd. v. Inland Revenue Commissioners* [1978] A.C. 885, il s'agit d'un impôt sur les gains (j'aurais pu ajouter sur les gains moins les pertes), il ne s'agit pas d'un impôt sur des différences mathématiques. À mon avis, dire qu'une perte (ou un gain) qui paraît découler d'une étape d'un processus indivisible et qui vise à être annulée et est effectivement annulée par une étape ultérieure, de sorte qu'en fin de compte ce qui a été élaboré et planifié comme une seule et même opération ne constitue pas une perte (ou un gain) envisagée par la loi, relève éminemment de la fonction judiciaire.

Il s'agit de l'existence théorique et momentanée d'une entité comptable qui ne survit pas à l'ensemble de l'opération et n'a pas de réalité dans le processus fiscal. Il se peut qu'une existence éphémère soit une réalité en physique nucléaire, mais non en droit fiscal à moins que la loi ne le dise expressément. Lord Fraser of Tullybelton écrit dans le même sens à la p. 469:

[TRADUCTION] Chacun des appelants a acquis un plan préétabli et complet, conçu pour engendrer une perte qui équivaldrait à un gain déjà fait et déductible pour fins d'impôt des sociétés (impôt sur les gains de capital). Dans ces circonstances, la cour a le droit et le devoir de considérer le régime comme un tout: voir *Inland Revenue Commissioners v. Plummer* [1980] A.C. 896, 908 et *Chinn v. Hochstrasser* [1981] 2 W.L.R. 14. L'élément essentiel des deux plans est que, une fois complétés, ils n'ont pas donné lieu à une perte réelle pour le contribuable. La création apparemment magique d'une perte fiscale qui ne serait pas une perte réelle devait découler de l'organisation du plan de manière qu'il comporte une

the scheme included a loss which was allowable for tax purposes and a matching gain which was not chargeable.

The House of Lords was faced with another complex tax avoidance plan in *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Co.*, [1981] T.R. 535, where, as a result of an intricate series of intra-corporate loans and reorganizations, a substantial loss was realized by the parent company, Burmah Oil. Based on *Ramsay, supra*, the appellant in *Burmah Oil* argued for the first time in the United Kingdom that the transaction should be disregarded as artificial. The appeal was allowed on the ground that, like the transaction in *Ramsay*, when this scheme was carried through to completion, there was neither a real loss, nor a loss in the sense contemplated by the legislation (*per* Lord Fraser of Tullybelton, at p. 541). In the reasons for judgment rendered by Lord Diplock, the significance of the *Ramsay* case was discussed (at p. 536):

It would be disingenuous to suggest, and dangerous on the part of those who advise on elaborate tax-avoidance schemes to assume, that *Ramsay's* case did not mark a significant change in the approach adopted by this House in its judicial role to a pre-ordained series of transactions (whether or not they include the achievement of a legitimate commercial end) into which there are inserted steps that have no commercial purpose apart from the avoidance of a liability to tax which in the absence of those particular steps would have been payable. The difference is in approach. It does not necessitate the over-ruling of any earlier decisions of this House; but it does involve recognising that Lord Tomlin's oft-quoted dictum in *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, 'Every man is entitled if he can to order his affairs so as that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be', tells us little or nothing as to what methods of ordering one's affairs will be recognised by the courts as effective to lessen the tax that would attach to them if business transactions were conducted in a straightforward way. The *Duke of Westminster's* case was about a simple transaction entered into between two real persons each with a mind of his own, the Duke and his gardener—even though in the nineteen-thirties and at a time of high unemployment there might be reason to expect that the mind of the gardener would manifest some degree of subservience to that of the Duke. The kinds of tax-avoidance schemes that have occupied the attention of the courts in recent years, however, involve

perte déductible pour fins d'impôt et un gain correspondant qui ne soit pas imposable.

La Chambre des lords a dû analyser un autre plan complexe d'évitement de l'impôt dans l'arrêt *Commissioners of Inland Revenue v. Burmah Oil Co.*, [1981] T.R. 535, dans lequel, par une série compliquée de prêts et de réorganisations internes, la société mère, Burmah Oil, a subi une perte considérable. Invoquant l'arrêt *Ramsay*, précité, l'appelant dans l'affaire *Burmah Oil* a soutenu, pour la première fois au Royaume-Uni, que l'opération devrait être écartée parce que factice. L'appel a été accueilli pour le motif que, comme l'opération dans l'affaire *Ramsay*, une fois le plan complété, il n'y avait ni perte réelle ni perte au sens prévu par la loi (lord Fraser of Tullybelton, à la p. 541). Dans ses motifs de jugement, lord Diplock aborde la portée de l'arrêt *Ramsay* (à la p. 536):

[TRADUCTION] Il serait malhonnête de prétendre et dangereux de la part de ceux qui conseillent d'avoir recours à des plans compliqués d'évitement de l'impôt de présumer que l'arrêt *Ramsay* n'a pas marqué un changement important dans la façon dont cette Chambre aborde son rôle judiciaire à l'égard de chaînes d'opérations préconçues (que celles-ci comportent ou non la réalisation d'objets commerciaux légitimes) dont certaines étapes n'ont pas d'autre objet commercial que d'éviter l'assujettissement à l'impôt autrement payable en l'absence de ces étapes précises. Il s'agit d'une façon de voir différente. Elle n'exige pas qu'on infirme des décisions antérieures de cette Chambre, mais qu'on reconnaisse que l'opinion incidente souvent citée de lord Tomlin dans *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, «tout homme a le droit, s'il le peut, de diriger ses affaires de façon que son assujettissement aux impôts prescrits par les lois soit moindre qu'il ne le serait autrement», ne nous dit rien ou presque rien sur le mode d'organisation de ses affaires que les tribunaux reconnaîtront comme diminuant valablement l'impôt qui serait autrement payable si les opérations avaient été faites de façon directe. L'arrêt *Duke of Westminster* visait une opération simple intervenue entre deux personnes physiques ayant chacune son intention propre, le duc et son jardinier—quoique dans les années trente et à une période de grand chômage, on pût raisonnablement s'attendre à ce que la volonté du jardinier manifestât un certain degré de servilité envers celle du duc. Les types de plans d'évitement de l'impôt soumis à l'analyse des

inter-connected transactions between artificial persons, limited companies, without minds of their own but directed by a single master-mind. In *Ramsay* the master-mind was the deviser and vendor of the tax-avoidance scheme; in the instant case it was *Burmah*, the parent company of the wholly-owned subsidiary companies between which the pre-ordained series of transactions took place.

There are features about that case and its disposition that must be noted when considering its application in our law. The transaction created an accounting result which was then applied to reduce taxes otherwise exigible. The taxpayer did more than rearrange its affairs to avail itself of a statutory tax allowance. It was not, in my view, the non-arm's length ideas radiating out from a central control of the corporate group that was fatal. It was the synthetic nature of the gain and the loss which rendered it unrecognizable in the eyes of the taxation program adopted by the legislature.

Secondly, and more importantly, the doctrines developing in *Ramsay* and *Burmah*, *supra*, reflect the role of the court in a regime where the legislature has enunciated taxing edicts in a detailed manner but has not super-imposed thereon a general guideline for the elimination of mechanisms designed and established only to deflect the plain purpose of the taxing provision. The role that the judiciary must play in such a regime to control tax avoidance was recognised by Lord Reid, who, in *Greenberg v. Commissioners of Inland Revenue* (1971), 47 T.C. 240, at p. 272, stated:

We seem to have travelled a long way from the general and salutary rule that the subject is not to be taxed except by plain words. But I must recognise that plain words are seldom adequate to anticipate and forestall the multiplicity of ingenious schemes which are constantly being devised to evade taxation. Parliament is very properly determined to prevent this kind of tax evasion, and if the Courts find it impossible to give very wide meanings to general phrases the only alternative may be for Parliament to do as some other countries have done and introduce legislation of a more sweeping character, which will put the ordinary well-intentioned person at much greater risk than is created by a wide

tribunaux depuis quelques années comportent des opérations intimement liées faites entre des personnes morales, des sociétés à responsabilité limitée, sans volonté propre, mais dirigées par un seul maître d'oeuvre. Dans l'arrêt *Ramsay*, le maître d'oeuvre était l'instigateur et vendeur du plan d'évitement de l'impôt; en l'espèce c'est *Burmah*, la société mère des filiales en propriété exclusive entre lesquelles la chaîne d'opérations préconçues s'est déroulée.

Des aspects de cette affaire et de son résultat demandent à être signalés dans l'analyse de son application à notre droit. L'opération donnait lieu à un résultat comptable qui était par la suite utilisé pour diminuer l'impôt autrement payable. Le contribuable a fait plus que réorganiser ses affaires pour se prévaloir de la déduction d'impôt prévue dans la loi. À mon avis, ce n'est pas le lien entre les idées conçues par le centre de contrôle du groupe de sociétés qui a été déterminant. C'est la nature artificielle du gain et de la perte qui les ont rendues étrangères au régime d'imposition établi par le législateur.

Puis, plus important encore, les concepts formés dans les arrêts *Ramsay* et *Burmah*, précités, sont une manifestation du rôle de la cour dans un régime en vertu duquel le législateur a énoncé des règles d'imposition de manière détaillée mais n'y a pas superposé de directives générales quant à l'élimination de mécanismes conçus et établis dans le seul but de contourner l'objet manifeste de la disposition fiscale. Lord Reid a reconnu le rôle que les tribunaux doivent jouer dans un tel régime pour contrôler l'évitement de l'impôt en disant dans l'arrêt *Greenberg v. Commissioners of Inland Revenue* (1971), 47 T.C. 240, à la p. 272:

[TRADUCTION] Il semble que nous avons beaucoup évolué à partir de la règle générale et salutaire qu'il ne peut y avoir d'imposition du sujet sans un texte précis. Mais je dois reconnaître qu'un texte précis suffit rarement à prévoir et prévenir la multiplicité de plans ingénieux constamment mis sur pied pour éviter l'impôt. Le Parlement est, à juste titre, déterminé à empêcher cette sorte d'évasion fiscale et, si les tribunaux jugent impossible de donner une interprétation très large à des dispositions générales, la seule autre solution offerte au Parlement sera de faire comme dans certains autres pays et d'adopter des dispositions de nature plus radicale qui feront courir aux contribuables ordinaires qui n'ont pas



interpretation of such provisions as those which we are considering.

Here the appellant has bound itself contractually to pay over the net profits of the business to Grover. Grover was already entitled to set off future earnings against a loss position recognized as valid by the administrators of the *Income Tax Act*. The earnings of Grover, under these valid arrangements, were gains realized in the market place and were recognized as such by the terms of the Act. The application of the accumulated losses of Grover to reduce tax attributable to these gains is not denied by any provision in the Act. The tax administrators do not invoke s. 137. Parliament has nowhere else in the Act expressed an interest in the appellant's accounting and corporate practices in question. At issue is the role and function of a court in these circumstances.

The examination of tax avoidance schemes continued in the House of Lords in *Furniss (Inspector of Taxes) v. Dawson*, [1984] 1 All E.R. 530, then unreported and forwarded to the Court by the respondent after the hearing of this appeal. The appellant takes the view that this case has no relevance to this appeal. The Court found the taxpayers taxable for a gain technically realized in a company interposed between the taxpayers and a third party purchaser to whom the taxpayers had agreed, prior to the creation of the interposed entity, to sell certain shares. The object of the plan was to defer rather than to avoid the imposition of capital gains tax otherwise payable by the taxpayers on the sale of their shares had they sold these shares directly to the third party purchaser. The Court disregarded the existence of the intermediate company which had been brought into being solely for the purpose of selling the shares to the third party purchaser. The taxpayers, in the simplest analysis of this plan, had merely established the new company to perform as agent for the taxpayers the sale agreement already reached between the taxpayers and the purchaser. The explanation of the result reached in the judgment of Lord Fraser of Tullybelton, at p. 532, was based on the decision in *Ramsay, supra*:

de mauvaises intentions un risque beaucoup plus grand que celui que présente une interprétation large des dispositions en cause en l'espèce.

a En l'espèce, l'appelante s'est engagée par contrat à verser à Grover les profits nets de l'entreprise. Grover avait déjà le droit de réduire ses revenus futurs à cause de ses pertes reconnues comme valides par les agents du fisc. En vertu de ces arrangements valides, les revenus de Grover étaient des gains faits dans le commerce et reconnus comme tels par les dispositions de la Loi. L'application des pertes accumulées par Grover à la réduction de l'impôt découlant de ces revenus n'est interdite par aucune disposition de la Loi. Les agents du fisc n'invoquent pas l'art. 137. Nulle part ailleurs dans la Loi, le Parlement n'a visé expressément la comptabilité de l'appelante et ses pratiques commerciales en question. Ce qui est en cause, c'est le rôle d'une cour dans ces circonstances.

e La Chambre des lords a encore examiné des plans d'évitement de l'impôt dans l'arrêt *Furniss (Inspector of Taxes) v. Dawson*, [1984] 1 All E.R. 530, alors inédit et que l'intimée nous a communiqué après l'audition de ce pourvoi. L'appelante soutient que cet arrêt-là n'a pas d'incidence sur le présent pourvoi. La Cour a conclu que les contribuables devaient l'impôt pour un gain fait en réalité par une société interposée entre les contribuables et un tiers acquéreur à qui les contribuables avaient convenu, avant la création de la société interposée, de vendre certaines actions. Le plan visait plutôt à reporter qu'à éviter l'imposition des gains de capital auquel les contribuables auraient été soumis en raison de la vente de leurs actions s'ils les avaient vendues directement au tiers acquéreur. La Cour n'a pas tenu compte que l'existence de la société intermédiaire créée dans le seul but de vendre les actions aux tiers acquéreurs. Les contribuables, selon l'analyse la plus simple de ce plan, avaient simplement créé la nouvelle société pour effectuer, à titre de mandataire des contribuables, la vente déjà conclue entre les contribuables et l'acquéreur. L'explication du résultat atteint dans le jugement de lord Fraser of Tullybelton, à la p. 532, est fondé sur l'affaire *Ramsay*, précitée:

The true principle of the decision in *Ramsay* was that the fiscal consequences of a preordained series of transactions, intended to operate as such, are generally to be ascertained by considering the result of the series as a whole, and not by dissecting the scheme and considering each individual transaction separately.

[TRADUCTION] Le véritable principe de la décision dans l'affaire *Ramsay* était que les conséquences fiscales d'une chaîne préétablie d'opérations conçues dans l'intention d'atteindre l'effet visé, s'évaluent en fonction du résultat de l'ensemble des opérations et non par une dissection du plan et une analyse distincte de chaque opération particulière.

Lord Brightman, on the other hand, interpreted *Ramsay* and *Burmah, supra*, as producing a principle of law comparable to that pronounced in *Helvering, supra*, in the United States Supreme Court. The transaction is to be set aside for tax purposes if the "composite transaction", otherwise acceptable, has inserted into it steps "which have no commercial (business) purpose apart from the avoidance of a liability to tax, not 'no business effect'". Lord Brightman concluded that if the transaction consists of a series of transactions or a composite transaction and is accompanied by or includes steps which have no business purpose, then the result is taxation. In that circumstance, the Court looks to the end result. His Lordship acknowledged, however, that "Precisely how the end result will be taxed will depend on the terms of the taxing statute sought to be applied." The agreement under which the tax liability would ordinarily arise had already been reached between seller and buyer before the intermediate entity was created. Its injection into the sale added nothing to the legal relationship of the parties. It simply became the agent of the vendor-taxpayer. Without any need for new principles of taxation, tax liability arose in the vendor upon completion of the sale. It is significant that no provision of the British tax statute is referred to by the House of Lords. In the view of some Canadian authors, *Ramsay, supra*, does not represent a repudiation of *Duke of Westminster, supra*. See Ward and Cullity, *Abuse of Rights and the Business Purpose Test as Applied to Taxing Statutes* (1981), 29 Can. Tax J. 451, at pp. 465-56. Other academic commentators, however, view the recent decisions of the House of Lords as establishing a step transaction doctrine which "places a severe limitation on the *Westminster* principle . . ." See: Vern Krishna, *Step Transactions: An Emerging Doctrine or an Extension of the Business Purpose Test?*, Canadian

*b* D'autre part lord Brightman a interprété les arrêts *Ramsay* et *Burmah*, précités, comme l'énoncé d'un principe de droit comparable au principe énoncé dans l'arrêt *Helvering*, précité, par la Cour suprême des États-Unis. Il faut annuler l'opération pour fins fiscales si «l'opération composite», quoique acceptable dans son ensemble, comporte des étapes [TRADUCTION] «qui n'ont pas d'objet commercial (ou d'affaires) sauf celui d'éviter l'assujettissement à l'impôt, non pas des étapes qui n'ont pas d'effet commercial». Lord Brightman a conclu que, si l'opération consiste en une chaîne d'opérations ou en une opération composite et si elle s'accompagne de mesures ou en comporte qui n'ont pas d'objet commercial, alors il y a imposition. Dans ces circonstances, la cour considère le résultat définitif. Sa Seigneurie reconnaît cependant que [TRADUCTION] «la façon précise dont le résultat définitif est imposé dépend du texte de la loi fiscale à appliquer». La convention qui aurait normalement donné lieu à l'assujettissement à l'impôt était déjà intervenue entre le vendeur et l'acquéreur avant la constitution de l'entité intermédiaire. Son apparition dans la vente n'a rien ajouté aux rapports juridiques des parties. Elle est simplement devenue mandataire du contribuable vendeur. Sans qu'on ait besoin de nouveaux principes fiscaux, le vendeur devenait assujetti à l'impôt dès l'achèvement de la vente. Il est significatif que la Chambre des lords ne mentionne aucune disposition de la loi fiscale britannique. De l'avis de certains auteurs canadiens, l'arrêt *Ramsay*, précité, n'équivaut pas à l'infirmité de l'arrêt *Duke of Westminster*, précité. Voir Ward et Cullity, *Abuse of Rights and the Business Purpose Test as Applied to Taxing Statutes* (1981), 29 Can. Tax J. 451, aux pp. 465 et 466. D'autres auteurs sont cependant d'avis que les arrêts récents de la Chambre des lords établissent une doctrine d'opérations par étape qui [TRADUCTION] «limite de

Current Tax, vol. 1, no. 4, (April, 1984), p. C15 at p. C19.

This approach to the liability of a taxpayer in the circumstances of the appeal before this Court takes us back full circle to the terms of the statute itself. The policy of the Act is to allow the recipient of the payment in question, Grover, to offset income against prior losses. The taxpayer in *Furniss*, *supra*, was accorded no right by the Act which was available prior to the implementation or arrangement designed and adopted to offset or defer any taxes which might arise. It must be borne in mind that the United Kingdom tax statute, like the *Internal Revenue Code* of the United States under which the *Helvering* case, *supra*, was decided, contains no clause similar to our s. 137. Each of the English and American statutes had specific provisions barring dividend stripping, bond washing, land transactions and the like, but no general provision barring artificial transactions appears in the statutes. *Vide* P. Whiteman and D. Milne, *Whiteman and Wheatcroft on Income Tax* (2nd ed. 1976), at pp. 11 and 804; Ward and Cullity, *Abuse of Rights and the Business Purpose Test as Applied to Taxing Statutes*, *supra*, at p. 463. The United States Code contains such specific provisions as s. 269 dealing with the acquisition of a deduction, allowance or credit designed to frustrate a clearly isolated particular abuse. See Merten's *Law of Federal Income Tax*, vol. 7, chap. 38, pp. 181-84 and pp. 208 *et seq.* It may well be that each of the three House of Lords decisions, *supra*, can be simply distinguished on the basis that in each case, a plan was adopted whereby the taxpayer took affirmative action to create the 'loss' or 'gain' by a procedure not otherwise required in the ordinary course of business; or that the taxpayer designed an accounting holding tank to delay artificially the receipt by the vendor of the proceeds of sale under an agreement for sale reached directly between the true parties to the transaction before the accounting scheme was established. Here the appellant was legally bound to pay a defined amount to another company which held a valid right of allowance under the

façon importante le principe formulé dans l'arrêt *Westminster* . . . » Voir Vern Krishna: *Step Transactions: An Emerging Doctrine or an Extension of the Business Purpose Test?*, *Canadian Current Tax*, vol. 1, n° 4, (avril 1984), p. C15, à la p. C19.

Cette façon de voir l'assujettissement du contribuable dans les circonstances du présent pourvoi nous ramène au point de départ, c.-à-d. au texte de la Loi elle-même. Le principe directeur de la Loi consiste à permettre à la personne qui reçoit le paiement en cause, Grover, de défalquer le revenu de pertes antérieures. Dans l'affaire *Furniss*, précitée, la Loi n'accordait au contribuable aucun droit avant l'exécution du plan arrêté et adopté pour diminuer ou reporter quelque impôt que ce soit. Il faut se rappeler que la loi fiscale du Royaume-Uni, comme l'*Internal Revenue Code* des États-Unis en vertu duquel l'affaire *Helvering*, précitée, a été décidée, ne comporte aucun article semblable à notre art. 137. Tant la loi britannique que la loi américaine ont toutes deux des dispositions expresses interdisant le dépouillement des dividendes, la dilution des obligations et les opérations immobilières et autres opérations semblables, mais elles ne comportent pas de disposition générale interdisant des opérations factices. Voir P. Whiteman et D. Milne, *Whiteman and Wheatcroft on Income Tax* (2<sup>e</sup> éd. 1976), aux pp. 11 et 804; Ward et Cullity, *Abuse of Rights and the Business Purpose Test as Applied to Taxing Statutes*, précité, à la p. 463. Le Code américain comporte des dispositions précises comme l'art. 269 qui vise l'acquisition d'une déduction, d'une allocation ou d'un crédit et qui tend à empêcher un abus précis et manifestement isolé. Voir Merten, *Law of Federal Income Tax*, vol. 7, chap. 38, pp. 181 à 184 et pp. 208 et suiv. Il se peut bien que chacun des trois arrêts précités de la Chambre des lords se distingue simplement de l'espèce présente parce que dans chacun on a adopté un plan par lequel le contribuable a fait exprès de créer la «perte» ou le «gain» par un processus inutile dans le cours ordinaire des affaires ou parce que le contribuable a créé une réserve comptable pour retarder de façon factice le versement au vendeur du produit d'une vente intervenue en vertu d'une convention faite directement entre les parties véritables à l'opération avant l'établissement du stratagème comptable. En l'espèce, l'ap-

*Income Tax Act* against tax liability which would otherwise arise upon the receipt of *bona fide* future earnings. It is not the taxability of the receipt which is in issue; it is the right of the appellant payor to deduct the amount from its income account and thereby free itself from taxation on the amount so paid out to Grover. There is nothing in the *Income Tax Act* of Canada which expressly prevents the appellant from obligating itself to pay over the sum in question. Section 137 might arguably apply on the grounds that the transaction falls within the reach of the expression "artificial transaction" but the taxing authority has not advanced this position in support of the tax claim here made. However, there remains the larger issue as to whether Canadian law recognizes, as a principle of interpretation, that the conduct of the taxpayer, not dictated by a genuine commercial or business purpose, and being designed wholly for the avoidance of tax otherwise impacting under the statute, can be set aside on the basis of *Furniss, supra*, or *Helvering, supra*, as though the transaction were, in fact and in law, a "sham".

The scene in Canada is less clear and has not, until this appeal, reached this Court. The first reference to 'a business purpose' concept appears to be in the Exchequer Court in *Lagacé v. Minister of National Revenue*, [1968] 2 Ex. C.R. 98, where President Jackett (as he then was) referred to a series of contrived conveyances as not representing a "*bona fide* business transaction". Later, at p. 101, he noted that the taxpayer had neglected to establish that each party was bound in "an actual *bona fide* contract that was in fact negotiated . . . at the time of the negotiation of the business bargain." The court found that the profit resulted from the taxpayer's "own business transactions" and was taxable in respect of such transactions. The court proceeded along the same lines as the House of Lords did in *Furniss, supra*, namely the profits arose by reason of transactions made by the taxpayer, and the interposition of legal entities after the deal had been made did not separate the profits from the taxpayer. *Lagacé* was cited by the

pelante était juridiquement tenue de payer un montant déterminé à une autre société qui jouissait d'un droit valide à une déduction en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à l'égard d'un assujettissement à l'impôt auquel elle aurait été soumise sur réception de revenus futurs véritables. Ce n'est pas le caractère imposable de la recette qui est contestée; c'est le droit de l'appelante qui a payé le montant de déduire celui-ci de son revenu et donc de ne pas avoir à payer d'impôt sur le montant ainsi versé à Grover. Il n'y a rien dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada qui empêche expressément l'appelante de s'obliger à payer la somme en cause. On pourrait soutenir que l'art. 137 s'applique parce que l'opération relève de la définition d'«opérations factices», mais les autorités fiscales n'ont pas invoqué cet argument pour justifier la cotisation en l'espèce. Toutefois, il reste à déterminer la question plus générale de savoir si le droit canadien reconnaît, à titre de principe d'interprétation, que la conduite du contribuable qui n'est pas motivée par un véritable objet commercial, mais vise uniquement à diminuer l'impôt autrement payable en vertu de la Loi, peut être écartée en application des arrêts *Furniss* ou *Helvering*, précités, parce que l'opération, en fait et en droit, constitue un trompe-l'oeil.

La situation au Canada est moins claire et n'a pas, jusqu'au présent pourvoi, été soumise à cette Cour. La première mention du concept d'«objet commercial» se trouve dans l'arrêt *Lagacé v. Minister of National Revenue*, [1968] 2 R.C. de l'É. 98, où le président Jackett (alors juge puîné) parle d'une série de cessions artificielles qui ne constituent pas [TRADUCTION] «une opération commerciale véritable». Plus loin, à la p. 101, il souligne que le contribuable a négligé de prouver que chacune des parties était tenue en vertu [TRADUCTION] «d'un contrat réel conclu de bonne foi . . . à l'époque de la négociation de l'opération commerciale.» La cour a conclu que le profit découlait des [TRADUCTION] «opérations commerciales propres» du contribuable et qu'en conséquence il était imposable à l'égard de ces opérations. La cour a appliqué le même raisonnement que la Chambre des lords dans l'arrêt *Furniss*, précité, savoir que les profits découlaient d'opérations faites par le contribuable et que l'interposi-

same court in *Richardson Terminals Ltd. v. Minister of National Revenue*, 71 DTC 5028, where, after a series of factual findings, the trial court found that the taxpayer had simply not followed the plan prescribed by its advisers for the transfer of a business to a loss company, and had simply attempted to transfer the net income from that business. The transferee company, the court found, neither in fact nor in law carried on the business in question in its own right. The appeal court, in oral reasons, reached the same conclusion (72 DTC 6431). While *Lagacé* was also quoted in *Dominion Bridge Co. v. The Queen*, 75 DTC 5150, Décaré J., in the Federal Court (Trial Division), found that the transactions between the parent company and its subsidiary, designed to transfer the profits of the parent to an off-shore subsidiary, were “a sham” (p. 5155) “to camouflage and hide” (p. 5154) the parent company’s operations. The court then concluded that the operations in question “were those of the Appellant [taxpayer]” (p. 5154) and the profits were properly assessed to the parent company. Again, in that case, the court found that the fixing of prices by the parent for purchases by it from the subsidiary was a device to transfer income from the taxpayer to its agent, the subsidiary, in a closed, inter-company sales transaction in which the agent subsidiary in fact performed no function. The business in question was that of the parent; the subsidiary was simply its purchasing department; and by this device the parent divested itself of its income arising from the transactions in question. The court, at p. 5158, then adopted the remarks of Lord Morris of Borth-Y-Gest in *FA & AB Ltd. v. Lupton (Inspector of Taxes)*, [1971] 3 All E.R. 948, at p. 953:

These are paraded by their admirers as possessing the guise and the garb of trading transactions. Others think of the analogy of a wolf in sheep’s clothing with the Revenue as the prey.

tion de personnes juridiques après la conclusion du marché ne rendait pas les profits étrangers au contribuable. La même cour cite l’arrêt *Lagacé* dans l’affaire *Richardson Terminals Ltd. c. Ministre du Revenu national*, 71 DTC 5028, dans laquelle la Division de première instance a conclu, après avoir fait de nombreuses constatations de fait, que le contribuable n’avait tout simplement pas suivi le plan proposé par ses conseillers pour transférer une entreprise à une société déficitaire et avait simplement tenté de transférer le revenu net de cette entreprise. La cour a conclu que la société cessionnaire n’avait, ni en fait ni en droit, exploité l’entreprise en cause en tant que telle. La Cour d’appel, dans des motifs rendus à l’audience, est arrivée à la même conclusion (72 DTC 6431). Tout en citant l’arrêt *Lagacé* dans l’affaire *Dominion Bridge Co. c. La Reine*, 75 DTC 5150, le juge Décaré, de la Division de la première instance de la Cour fédérale, a conclu que les opérations intervenues entre la société mère et sa filiale qui visaient à céder les profits de la société mère à une filiale internationale étaient «un trompe-l’oeil» (p. 5155) «pour camoufler et cacher» (p. 5154) les opérations de la société mère. La cour a donc conclu que les opérations en cause «étaient celles de la [contribuable] appelante» (p. 5154) et que les profits avaient été valablement imposés entre les mains de la société mère. Encore là, la cour a conclu que la fixation des prix par la société mère pour les achats faits par elle à sa filiale constituaient un moyen de transférer le revenu de la contribuable à sa mandataire, la filiale, dans une opération fermée de ventes entre sociétés dans laquelle la filiale mandataire ne remplissait aucun rôle réel. L’exploitation en cause était celle de la société mère, la filiale n’était que son service d’achats et par ce moyen la société mère se départissait du revenu provenant des opérations en cause. À la page 5158, la cour a fait siennes les observations de lord Morris of Borth-Y-Gest dans l’arrêt *FA & AB Ltd. v. Lupton (Inspector of Taxes)*, [1971] 3 All E.R. 948, à la p. 953:

[TRADUCTION] Elles sont vantées par des admirateurs comme possédant toutes les apparences d’opérations commerciales. D’autres comparent ces opérations plutôt à un loup travesti en mouton, avec, comme proie, l’administration fiscale.

The Federal Court of Appeal in 77 DTC 5367 held that there was no reason to interfere with the findings of fact made by the trial judge. The concept of “*bona fide* business purpose” played no part in the final outcome. Rather, this case falls into the ‘sham’ category.

It was in *Minister of National Revenue v. Leon*, [1977] 1 F.C. 249, that the Federal Court of Appeal may have incorporated the *bona fide* business purpose test into Canadian tax law. By a complex of management companies created by a group of brothers, each of whom owned all the shares of their respective management companies, the profits of a furniture business were routed through several corporate screens and eventually reached the original owners of the business after minimal taxation. In carrying out this plan, the brothers disregarded the advice of their accountants in which the true nature of the plan was discussed, and some of the documents were found to have been back-dated. The trial judge concluded that none of the companies had any employees (except the sole shareholder brother), no business facilities of any kind, and that the sole purpose of the interposition of the management companies was to reduce the brothers’ taxes in the future. Heald J., in reviewing the evidence, stated, at p. 258:

Thus, the interposition of the management companies between the employer and the employee was a sham, pure and simple, the sole purpose of which was to avoid payment of tax.

In the course of reaching this conclusion, the Court of Appeal propounded the following rule (at p. 256):

It is the agreement or transaction in question to which the Court must look. If the agreement or transaction lacks a *bona fide* business purpose, it is a sham.

The Federal Court of Appeal in so phrasing the rule has mixed the older ‘sham’ doctrine with the *bona fide* business purpose test, and has brought forth a hybrid rule. The judgment was met with immediate critical response from the taxation authors. T.E. McDonnell, *Canadian Tax Foundation: Twenty-ninth Tax Conference Report, 1977*, stated, at p. 90, that the court “. . . seemed to have

La Cour d’appel fédérale dans l’arrêt publié à 77 DTC 5367 a conclu qu’il n’y avait aucune raison de modifier les conclusions du juge de première instance quant aux faits. Le concept d’«objet commercial véritable» n’a pas eu d’influence sur le résultat définitif. Cette affaire appartient plutôt à la catégorie des «trompe-l’oeil».

C’est dans l’arrêt *Ministre du Revenu national c. Leon*, [1977] 1 C.F. 249, que la Cour d’appel fédérale a probablement introduit le critère de l’objet commercial véritable dans le droit fiscal canadien. Grâce à un ensemble de sociétés de gestion créées par un groupe de frères, dont chacun était propriétaire de toutes les actions de sa société de gestion, les profits d’une entreprise de meubles passaient par plusieurs sociétés filiales et finissaient par être versés aux propriétaires originaires de l’entreprise après une imposition minimale. Dans l’exécution de ce plan, les frères n’ont pas tenu compte des conseils de leurs comptables qui portaient sur la nature véritable du plan et certaines des pièces avaient été antidatées. Le juge de première instance a conclu qu’aucune des sociétés n’avait d’employé (excepté celui des frères qui en était le seul actionnaire), aucun équipement commercial quel qu’il soit et que le seul but de l’interposition des sociétés de gestion était de diminuer l’impôt futur de chacun des frères. Le juge Heald analyse la preuve ainsi, à la p. 258:

Ainsi, l’intervention des compagnies de gestion entre l’employeur et l’employé constituait purement et simplement un trompe-l’oeil avec pour seul but la réduction de l’impôt payable.

Pour arriver à ce résultat, la Cour d’appel a énoncé la règle suivante, à la p. 256:

La Cour doit examiner l’entente ou l’opération en question. Si elles ne poursuivent pas une fin commerciale authentique, il s’agit alors d’un trompe-l’oeil.

En formulant ainsi la règle, la Cour d’appel fédérale a confondu l’ancienne règle de la doctrine du «trompe-l’oeil» avec le critère de l’objet commercial véritable et a donné naissance à une règle hybride. L’arrêt a provoqué une réaction critique immédiate des auteurs de droit fiscal. T.E. McDonnell, *Association canadienne d’étude fiscale, vingt-neuvième conférence fiscale, 1977*,

made a quantum jump in statutory interpretation and added an entirely new concept to the tax jurisprudence". For like comments, see *Current Cases* (1976), 24 Can. Tax J. 468, and O'Keefe, *The Business Purpose Test—Who Needs It?* (1977), 25 Can. Tax J. 139.

The statement of Heald J., *supra*, was not essential to the conclusion reached by the court. The interposition of the management company did not, in law, establish anything but a simple agency relationship between the taxpayer and the bare incorporation so established. The company itself had no business, and indeed no business facilities. The services were entirely personal and were at all times destined for delivery to the original, ongoing furniture business, owned in the first instance by the sole shareholders of the management companies. Nothing was changed by reason of the incorporation of the nest of wholly-owned management companies. The Federal Court, in enunciating the rule, *supra*, cut across the United States *bona fide* business principle which sharply distinguishes between transactions which fail because they are shams in the sense of a deception, and those which fail because they lack an independent business purpose.

The Federal Court of Appeal shortly thereafter appears to have drawn back from the *Leon* proposition when Urie J. wrote (*Massey-Ferguson Ltd. v. The Queen*, [1977] 1 F.C. 760, at p. 772):

I am not at all sure that I would have agreed with the broad principles relating to a finding of sham as enunciated in that case [*Leon*], and, I think, that the principle so stated should perhaps be confined to the facts of that case.

This was another case of an interposed corporation. However, the parent company taxpayer, wishing to make an inter-company interest-free loan to an operating second-tier subsidiary, did so by loaning the money, at least in an accounting sense, through a first-tier subsidiary which was engaged in the business of financing members of

dit à la p. 90 que la Cour [TRADUCTION] «... semble avoir fait un saut quantique dans l'interprétation législative et ajouté un concept entièrement nouveau au droit fiscal». On trouve des commentaires dans le même sens dans *Current Cases* (1976), 24 Can. Tax J. 468, et O'Keefe, *The Business Purpose Test—Who Needs It?* (1977), 25 Can. Tax J. 139.

<sup>b</sup> L'énoncé du juge Heald, précité, n'était pas essentiel à la conclusion tirée par la cour. L'interposition de la société de gestion ne faisait rien de plus, en droit, qu'établir une relation de mandataire entre le contribuable et la société nominale ainsi constituée. La société elle-même n'exploitait pas d'entreprise et même pas d'équipement commercial. Les services étaient tout à fait personnels et rendus à la première entreprise de meubles, <sup>c</sup> propriété dès le début des actionnaires uniques des sociétés de gestion. La constitution du groupe de sociétés de gestion à propriétaires uniques n'avait rien changé. En énonçant la règle précitée, la Cour fédérale va à l'encontre du principe de l'objet commercial véritable appliqué aux États-Unis qui <sup>d</sup> distingue nettement entre les opérations qui ne comptent pas parce qu'elles sont un trompe-l'oeil, <sup>e</sup> c'est-à-dire une tromperie, et celles qui ne comptent pas parce qu'elles manquent d'objet commercial distinct.

Peu de temps après, la Cour d'appel fédérale semble avoir écarté le principe énoncé dans l'arrêt *Leon* dans l'arrêt *Massey-Ferguson Ltd. c. La Reine* [1977] 1 C.F. 760 où le juge Urie dit à la p. 772:

<sup>h</sup> Je ne suis pas du tout sûr que j'aurais souscrit aux principes généraux énoncés dans cet arrêt [*Leon*] relativement à l'existence d'un «trompe-l'oeil». Je pense qu'il faut les limiter aux faits qui lui sont propres.

<sup>i</sup> Il s'agit d'un autre cas de société interposée. Toutefois, la société mère contribuable, qui voulait faire un prêt sans intérêt entre sociétés à une filiale active de deuxième niveau, l'a fait en prêtant l'argent, du moins du point de vue comptable, par l'entremise d'une filiale de premier niveau qui s'occupait du financement du groupe de sociétés

the parent company's corporate group. The issue was whether deemed interest would be attributed to the parent company because the loan, in substance, was made from the parent to the second-tier subsidiary. By the terms of the statute, the attribution of deemed interest would be required where the loan was from the parent to the second-tier subsidiary, whereas a loan by the parent to the first-tier subsidiary or by the first-tier to the second-tier subsidiary did not attract such a consequence. The Federal Court of Appeal found the legal form of the loan to be of controlling importance. In so doing, the Court of Appeal returned the definition of sham to its former condition but did not necessarily turn its back on the 'independent business purpose' concept.

The Court of Appeal in *Massey-Ferguson*, *supra*, concluded that the underlying decision, that is to lend money to the second-tier subsidiary, was not taken solely for tax purposes, nor was the use of the first-tier company entirely divorced from the business practices of the parent company. Consequently, it could not be said that the interposition by the parent of the first subsidiary was done only to reduce taxes. Furthermore, the interposed company had an independent reason for its existence in contrast to the management companies in *Leon*, *supra*, which were created solely for the purpose of executing the plan in question. The position of the Court of Appeal is made unclear, however, by its reference, after concluding that neither the use of the intermediate company nor its business was a sham, to *Inland Revenue Commissioners v. Brebner*, [1967] 1 All E.R. 779, where Lord Upjohn enunciated the principle, at p. 784:

... when the question of carrying out a genuine commercial transaction, as this was, is considered, the fact that there are two ways of carrying it out,—one by paying the maximum amount of tax, the other by paying no, or much less, tax—it would be quite wrong as a necessary consequence to draw the inference that in adopting the latter course one of the main objects is for the purposes of the section, avoidance of tax. No commercial man in his senses is going to carry out commercial transactions except on the footing of paying the smallest amount of tax involved.

auquel la société mère appartenait. Il s'agissait de décider si les intérêts présumés devraient être attribués à la société mère parce que le prêt était fait en substance de la société mère à la filiale du second niveau. Selon le texte de la loi, il fallait faire une attribution des intérêts présumés si le prêt était fait de la société mère à la filiale du second niveau alors qu'un prêt fait par la société mère à la filiale du premier niveau ou par la filiale du premier niveau à la filiale de second niveau n'entraînait pas cette conséquence. La Cour d'appel fédérale a conclu que la forme juridique du prêt était déterminante. Ce faisant, la Cour d'appel est revenue à sa première définition de trompe-l'oeil, mais n'a pas nécessairement répudié le concept d'«objet commercial distinct».

Dans l'arrêt *Massey-Ferguson*, précité, la Cour d'appel a conclu que la décision sous-jacente, c'est-à-dire celle de prêter de l'argent à la filiale du second niveau, n'avait pas été prise en fonction de considérations fiscales seulement, pas plus que l'utilisation de la société du premier niveau complètement distincte des usages commerciaux de la société mère. En conséquence on ne pouvait conclure que l'interposition par la société mère de la filiale du premier niveau avait eu lieu uniquement pour réduire l'impôt. De plus, la société interposée avait une raison indépendante d'exister par opposition aux sociétés de gestion dans l'affaire *Leon*, précitée, qui n'avaient été créées que dans le but de réaliser le plan en cause. La position de la Cour d'appel est cependant obscurcie par la mention qu'elle fait, après avoir conclu que ni l'utilisation de la société intermédiaire ni ses opérations n'étaient un trompe-l'oeil, de l'arrêt *Inland Revenue Commissioners v. Brebner*, [1967] 1 All E.R. 779, dans lequel lord Upjohn énonce le principe suivant à la p. 784:

[TRADUCTION] ... lorsqu'on étudie la question de mener une véritable transaction commerciale, comme c'était le cas en l'espèce, le fait qu'il y ait deux façons de la mener, l'une en payant le maximum d'impôt, l'autre en n'en payant pas ou bien moins, il serait tout à fait faux de conclure, comme conséquence nécessaire, qu'en adoptant la seconde méthode, l'un des principaux objectifs était, aux fins de cet article, de frauder l'impôt. Tout homme d'affaires de bon sens ne conclura de transactions commerciales qu'en décidant au départ de payer le moins d'impôt possible.



The effect of the interworking of all these considerations or rules may be that a court must apply a taxing statute so as to bar the claim of entitlement to an allowance, deduction or other advantage or benefit where the taxpayer created entities or rights and obligations in order to revise the character, under the statute, of the income or earnings already achieved by the taxpayer. The claim would not necessarily be barred, however, where the new alignment of the taxpayer's affairs is adopted only to reduce or avoid taxation of earnings or income thereafter arising independently from the establishment of the arrangements in question.

Before returning to the immediate issue in this appeal, the state of the tax law under s. 137, *supra*, as it has evolved in Canada should be briefly examined. Although this section is not invoked by the respondent in this appeal, it is relevant to note that to date the section has not been interpreted so as to incorporate "the *bona fide* business purpose test". Cattanach J., in the Federal Court (Trial Division) (*The Queen v. Esskay Farms Ltd.*, 76 DTC 6010, at p. 6018), after finding that the transaction in question was not a sham, determined that a tax advantage was not a benefit under s. 137(2):

What the defendant has done has been to order its affairs as to attract a lesser tax at a subsequent time as it is entitled to do. . . . The defendant has effected a tax advantage to itself as is its right and accordingly it is incongruous that that advantage should be construed as a "benefit" to the defendant within the meaning of section 137(2).

Notwithstanding that the taxpayer there deferred and reduced taxes otherwise payable on the sale of his land by interposing an independent trust company between himself and the purchaser, and by contract with the trust company delayed his receipt of the proceeds of sale over a period of years commencing several years after the sale, the proceeds of sale were not found to be taxable income. There was no purpose in all these arrangements other than the lessening of the impact of taxation on the transaction. No "independent business purpose test" emerged, and s. 137 was found to be inapplicable. *Vide* also Pratte J. in *Produits*

Il peut découler de la combinaison de toutes ces considérations ou règles qu'une cour doit appliquer une loi fiscale de manière à refuser au contribuable de se prévaloir d'une allocation, déduction ou autre avantage ou bénéfice lorsqu'il a créé des entités ou des droits et obligations de manière à modifier le caractère juridique du revenu ou des gains qu'il a déjà réalisés. Par contre, on ne lui refuserait pas nécessairement lorsque le contribuable a procédé à une réorganisation de ses affaires pour éviter ou réduire l'imposition des gains ou revenu réalisé par la suite, indépendamment de la mise en place des arrangements en cause.

Avant de revenir à la question directement soulevée par le présent pourvoi, il y a lieu d'examiner brièvement l'état du droit fiscal en vertu de l'art. 137, précité, et son évolution au Canada. Bien que l'intimée n'invoque pas cet article en l'espèce, il y a lieu de souligner qu'à ce jour aucune interprétation de l'article n'inclut «le critère de l'objet commercial véritable». Le juge Cattanach de la Division de première instance de la Cour fédérale après avoir conclu (*La Reine c. Esskay Farms Ltd.*, 76 DTC 6010, à la p. 6018) que l'opération en cause n'était pas un trompe-l'oeil, a statué qu'un avantage fiscal n'était pas un bénéfice aux termes de l'art. 137(2):

La défenderesse n'a fait qu'arranger ses affaires de façon à payer moins d'impôt à un époque ultérieure, ce qui est parfaitement légal . . . La défenderesse a fait en sorte d'obtenir un bénéfice fiscal, comme elle avait le droit de le faire, et il serait absurde de considérer ce bénéfice comme un «avantage» conféré à la défenderesse au sens du paragraphe 137(2).

Malgré que la contribuable, dans cette affaire-là, ait reporté et diminué l'impôt qu'elle aurait autrement payé sur la vente de son bien-fonds en interposant une société de fiducie indépendante entre elle et l'acquéreur, et, par convention avec la société de fiducie, ait retardé l'encaissement des recettes de la vente sur une période de plusieurs années à compter de plusieurs années après la vente, les recettes de la vente n'ont pas été considérées comme un revenu imposable. Ces arrangements n'avaient d'autre objet que de diminuer le fardeau fiscal qui frappait l'opération. Il n'a pas été question de «critère de l'objet commercial dis-

*LDG Products Inc. v. The Queen*, 76 DTC 6344 (F.C.A.), at p. 6349:

There is nothing reprehensible in seeking to take advantage of a benefit allowed by the law. If a taxpayer has made an expenditure which, according to the Act, he may deduct when calculating his income, I do not see how the reason which prompted him to act can in itself make this expenditure non-deductible. I therefore believe that in the case at bar, there is no reason to apply s 137 (1).

To the same effect is *The Queen v. Alberta and Southern Gas Co.*, [1978] 1 F.C. 454, at pp. 462-63, where Jackett C.J. stated:

... a transaction that clearly falls within the object and spirit of [a given section of the Act] cannot be said to unduly or artificially reduce income merely because the taxpayer was influenced in deciding to enter into it by tax considerations.

The courts, in applying s. 137, and in applying general principles of statutory interpretation, seem, thus far at least, to have fallen short of adopting the "bona fide business purpose test". The *Richardson* case, *supra*, like the *Atinco* and *Rose* cases, *supra*, falls into the category of incomplete or legally ineffective transactions. The allowance or benefits sought by the taxpayer in those cases were simply not available by the procedures adopted by the taxpayer. *Leon*, *supra*, at its highest, is a modification of the sham test, but it seems to have been isolated on its factual base by *Massey-Ferguson*, *supra*.

In light of this general background, a further subsidiary question must be considered: Is the transaction affected as to tax consequences where the vendor and purchaser are not at arm's length? There are, of course, many pragmatic and philosophical answers. In considering this issue, one must take cognizance of the many examples in the Act and its application by the Department which belie the distinction. For example, inter-spousal loans, which effectively allow income splitting with the consequential tax reduction, are approved under the present Act. See Interpretation Bulletin IT-258R2, Department of National Revenue. There are other examples, including the transfer of

tinct» et l'art. 137 a été jugé inapplicable. Voir aussi le juge Pratte dans *Produits LDG Products Inc. c. La Reine*, 76 DTC 6344 (C.A.F.), à la p. 6349:

<sup>a</sup> Il n'y a rien de reprehensible à vouloir profiter d'un avantage que permet la loi. Si un contribuable a effectué une dépense que, suivant la loi, il peut déduire dans le calcul de son revenu, je ne vois pas comment le seul motif qui l'a poussé à agir puisse rendre cette dépense non déductible. Je crois donc que, en l'espèce, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 137(1).

Dans l'arrêt *La Reine c. Alberta and Southern Gas Co.*, [1978] 1 C.F. 454, aux pp. 462 et 463, le juge en chef Jackett énonce la même idée:

... on ne peut dire ... qu'une affaire qui rencontre l'objet et l'économie [d'un article donné de la Loi] réduit indûment ou de façon factice le revenu simplement parce que le contribuable a été alléché par les avantages fiscaux lorsqu'il s'est lancé dans cette affaire.

En appliquant l'art. 137 et les principes généraux d'interprétation des lois, les tribunaux semblent donc avoir jusqu'ici refusé d'appliquer le «critère de l'objet commercial véritable». L'arrêt *Richardson*, précité, comme les arrêts *Atinco* et *Rose*, précités, tombe dans la catégorie des opérations incomplètes ou juridiquement sans effet. La déduction ou les bénéfices recherchés par le contribuable dans ces affaires n'étaient tout simplement pas réalisés par les procédures adoptées par le contribuable. L'arrêt *Leon*, précité, est tout au plus une variante du critère du trompe-l'oeil, mais l'arrêt *Massey-Ferguson*, précité, semble l'avoir isolé en fonction de ses données de fait.

Dans ce contexte, il faut analyser une autre question subsidiaire: les effets fiscaux de l'opération sont-ils modifiés si le vendeur et l'acquéreur sont liés? Il y a, cela va de soi, plusieurs réponses en pratique et en principe. Pour analyser cette question, il faut prendre connaissance des nombreux exemples contenus dans la Loi et de l'application que le Ministère en fait et qui nient la distinction. Par exemple, la présente loi approuve les prêts entre époux qui permettent le fractionnement réel des revenus et la réduction de l'impôt qui s'ensuit. Voir le bulletin d'interprétation IT-258R2 du ministère du Revenu national. Il y a d'autres exemples, notamment la transformation de surplus

invested surpluses by a corporation from bonds to stocks where the corporation moves from deficit to profit on its commercial operations. In neither of these examples is there any *bona fide* business purpose for the transfer or exchange of assets, both being done exclusively or avowedly to reduce or eliminate taxation.

Other sections of the *Income Tax Act* enable a corporation or its shareholders to reduce income upon the distribution of accumulated surplus, as for example under s. 85 of the old Act. By conforming with the terms of the statute, this income, which, when otherwise withdrawn by the shareholders would be taxable at full personal rates, can be transferred to the shareholders at reduced rates, even "artificially" reduced tax rates when one considers the artifice prescribed by Parliament in these sections.

There are many other examples in the Act of tax reduction devices, most of which, by axiom, are founded upon non-arm's length relationships. The taxpayer may acquire the marital deduction *in toto* for the entire calendar year by marrying on December 31 instead of January 1 in the following year. If the choice is made solely for tax reasons, surely the taxpayer's entitlement is not thereby placed in jeopardy. The same applies to persons who deliberately avail themselves of registered home ownership savings plans whether or not the taxpayer does so because of the tax deduction or because of a long-term, *bona fide* intent to establish a fund to be used to purchase a home; and to businesses combining by way of joint venture rather than by minority shareholding in a project. Motive would nowhere appear to be a precondition of eligibility. The same applies to the decision of a taxpayer to incorporate or to carry on business in partnership with a corporation. Whether or not these choices are made solely on the basis of tax advantage, whenever the *Income Tax Act* prescribes different tax rates for different forms of

investis par une société d'obligations en actions lorsque les opérations commerciales de la société passent d'une situation déficitaire à une situation profitable. Ni dans l'un ni dans l'autre de ces exemples, il n'existe d'objet commercial véritable au transfert ou à la transformation de l'actif, les deux opérations étant faites exclusivement ou manifestement pour réduire ou éliminer l'impôt.

D'autres articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permettent à une société ou à ses actionnaires de réduire l'impôt lors de la distribution de surplus accumulés, par exemple l'art. 85 de l'ancienne loi. En se conformant au texte de loi, ce revenu que l'actionnaire retirerait autrement et qui serait imposable au taux maximum de l'impôt personnel, peut être versé aux actionnaires à des taux réduits, même à des taux réduits «factuellement» si l'on considère l'artifice prescrit par le législateur dans ces articles.

La Loi comporte bien d'autres exemples de mécanismes de réduction de l'impôt, dont la plupart, par définition, se fondent sur des rapports entre des personnes liées. Le contribuable peut se prévaloir de la totalité de l'exemption de personne mariée pour toute l'année civile en se mariant le 31 décembre plutôt que le 1<sup>er</sup> janvier de l'année suivante. Si le choix est fait uniquement pour des motifs fiscaux, le droit du contribuable n'en est pas pour autant mis en péril. La même chose s'applique aux personnes qui se prévalent des régimes enregistrés d'épargne-logement, que le contribuable le fasse à cause de la réduction d'impôt ou à cause d'une intention véritable et permanente d'accumuler des sommes en vue d'acquérir une propriété. Prenons également l'exemple d'entreprises qui se lancent dans un projet par voie de coparticipation plutôt que par voie de participation minoritaire. La motivation n'apparaît nulle part comme une condition préalable à l'admissibilité. La même chose s'applique à la décision d'un contribuable de se constituer en société commerciale ou d'exploiter une entreprise en association avec une société commerciale. Que ces choix soient faits uniquement en fonction de l'avantage fiscal ou non, chaque fois que la *Loi de l'impôt sur le revenu* prescrit des taux d'imposition différents pour différentes formes d'entreprises, le contribuable est certaine-

business, the taxpayer must surely be free to choose whichever mode fits his plans.

As earlier indicated, two of the lower courts found the transaction to have been a sham, and therefore not determinative of the taxation consequences under the *Income Tax Act, supra*. The Federal Court of Appeal found it unnecessary to determine whether or not the term 'sham', in the circumstances of the case, is properly applicable to the transaction, but in reaching this conclusion it was observed that "the evidence certainly points in that direction".

The element of sham was long ago defined by the courts and was restated in *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518. Lord Diplock, at p. 528, found that no sham was there present because no acts had been taken:

... which are intended by them to give to third parties or to the court the appearance of creating between the parties legal rights and obligations different from the actual legal rights and obligations (if any) which the parties intend to create.

This definition was adopted by this Court in *Minister of National Revenue v. Cameron*, [1974] S.C.R. 1062, at p. 1068 *per* Martland J.

With respect to the courts below, it seems to me that there may have been an unwitting confusion between the incomplete transaction test and the sham test. Earlier I have enumerated the many public registrations effected by the parties in the course of this transaction. The documents establishing and executing the arrangement between the parties were all in the records of the parties available for examination by the authorities. There has been no suggestion of backdating or buttressing the documentation after the event. The transaction and the form in which it was cast by the parties and their legal and accounting advisers cannot be said to have been so constructed as to create a false impression in the eyes of a third party, specifically the taxing authority. The appearance created by the documentation is precisely the reality. Obligations created in the documents were legal obligations in the sense that they were fully

ment libre de choisir le mode d'opération qui convient le mieux à ses plans.

Comme je l'ai déjà mentionné, deux des tribunaux d'instance inférieure ont conclu que l'opération était un trompe-l'oeil et qu'elle n'était donc pas déterminante quant aux conséquences fiscales en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée. La Cour d'appel fédérale a conclu qu'il était inutile de déterminer si le terme «trompe-l'oeil», dans les circonstances de l'espèce, s'applique réellement à l'opération, mais, en arrivant à cette conclusion, elle a signalé que «c'est certainement à cette conclusion que nous amène la preuve».

Les tribunaux ont donné il y a longtemps une définition du trompe-l'oeil qui a été reformulée dans l'arrêt *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*, [1967] 1 All E.R. 518. Lord Diplock a conclu à la p. 528 qu'il n'y avait pas de trompe-l'oeil parce que les parties n'avaient rien fait:

[TRADUCTION] ... dans l'intention de faire croire à des tiers ou à la cour qu'ils créent entre les parties des obligations et droits légaux différents des obligations et droits légaux réels (s'il en est) que les parties ont l'intention de créer.

C'est la définition adoptée par le juge Martland en cette Cour dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Cameron*, [1974] R.C.S. 1062, à la p. 1068.

Avec égards pour les cours d'instance inférieure, il me semble y avoir eu une confusion involontaire entre le critère de l'opération incomplète et celui du trompe-l'oeil. J'ai déjà mentionné les nombreux enregistrements publics que les parties ont faits pour réaliser de cette opération. Les documents qui déterminent et donnent effet à la convention intervenue entre les parties se trouvaient tous présents dans les archives des parties et les autorités pouvaient en prendre connaissance. Il n'a pas été question de documents antidatés ou de falsification de documents après les événements. On ne peut soutenir que l'opération elle-même et la forme dans laquelle les parties, leurs conseillers juridiques et comptables l'ont réalisée l'ont été de manière à créer une fausse impression pour les tiers, notamment les autorités fiscales. L'apparence créée par les documents correspond précisément à la réalité. Les obligations prévues dans les

enforceable at law. The courts have thus far not extended the concept of sham to a transaction otherwise valid but entered into between parties not at arm's length. The reversibility of the transaction by reason of common ownership likewise has never been found, in any case drawn to the Court's attention, to be an element qualifying or disqualifying the transaction as a sham. If the factual possibility of reversibility were a test as to the legal effect of a transaction under the 'sham' doctrine, a retail store's sales policy of guaranteed return of goods found to be unsatisfactory ("Goods satisfactory or money refunded") would render a transaction incomplete, unenforceable and a sham, whether or not the goods were ever returned to the vendor. In fact, of course, we know the transaction was not reversed but was indeed relied upon by the third party purchaser of the assets and undertaking of Grover. There is, in short, a total absence of the element of deceit, which is the heart and core of a sham. The parties, by their agreement, accomplish their announced purpose. The transaction was presented by the taxpayer to the tax authority for a determination of the tax consequence according to the law. I find no basis for the application in these circumstances of the doctrine of sham as it has developed in the case law of this country.

Returning then to the issue of interpretation now before this Court, there are certain broad characteristics of tax statute construction which can be discerned in the authorities here and in similar jurisdictions abroad. The most obvious is the fact that in some jurisdictions, such as Canada and Australia, the legislature has responded to the need for overall regulation to forestall blatant practices designed to defeat the Revenue. These anti-tax avoidance provisions may reflect the rising importance and cost of government in the community, the concomitant higher rates of taxation in modern times, and hence the greater stake in the avoidance contests between the taxpayer and the state. The arrival of these provisions in the statute may also have heralded the extension of the

documents étaient des obligations juridiques dans le sens qu'elles étaient absolument exécutoires en droit. Les tribunaux n'ont pas encore jusqu'ici étendu le concept du trompe-l'oeil à une opération valide par ailleurs, mais conclue par des parties liées. De même la possibilité d'annuler l'opération parce que les propriétaires sont communs n'a jamais été considérée, dans aucune des affaires signalées à l'attention de la Cour, comme un élément qui permet de retenir ou non l'opération parce qu'il s'agirait d'un trompe-l'oeil. Si la possibilité réelle d'annuler l'opération était un critère de sa portée juridique en vertu de la doctrine du «trompe-l'oeil», la politique de vente au détail qui garantit la reprise des marchandises dont le client n'est pas satisfait («satisfaction garantie ou argent remis») rendrait l'opération incomplète, inexécutable et en ferait un trompe-l'oeil, indépendamment du fait que les marchandises aient été retournées au vendeur ou non. Bien sûr, nous savons maintenant que l'opération n'a pas été annulée, mais qu'elle a été considérée valable par un tiers acquéreur de l'actif et de l'entreprise de Grover. En bref, il y a absence totale de l'élément de tromperie qui est au coeur même du trompe-l'oeil. Par leur convention, les parties ont fait ce qu'elles avaient dit vouloir faire. Le contribuable a soumis l'opération aux autorités fiscales pour en faire déterminer les conséquences fiscales en droit. Dans ces circonstances, rien ne justifie à mon avis d'appliquer la doctrine du trompe-l'oeil qui découle de la jurisprudence de ce pays.

Je reviens donc à la question d'interprétation soumise à cette Cour. Il y a des caractéristiques générales de l'interprétation des lois fiscales qu'on peut dégager des sources de droit canadiennes et des ressorts étrangers comparables. La caractéristique la plus évidente est le fait que, dans certains de ces ressorts, comme le Canada et l'Australie, le législateur a réagi devant la nécessité d'avoir une réglementation générale pour combattre les pratiques flagrantes d'évasion fiscale. Ces dispositions relatives à l'évitement de l'impôt reflètent peut-être l'augmentation de l'importance et du coût du gouvernement dans la société, des taux plus élevés d'impôt de nos jours et, en conséquence, des enjeux plus grands des affrontements relatifs à l'évitement de l'impôt entre les contribuables et l'État. L'inscr-

*Income Tax Act* from a mere tool for the carving of the cost of government out of the community, to an instrument of economic and fiscal policy for the regulation of commerce and industry of the country through fiscal intervention by government. Whatever the source or explanation, measures such as s. 137 are instructions from Parliament to the community on the individual member's liability for taxes, expressed in general terms. This instruction is, like the balance of the Act, introduced as well for the guidance of the courts in applying the scheme of the Act throughout the country. The courts may, of course, develop, in their interpretation of s. 137, doctrines such as the *bona fide* business purpose test; or a step-by-step transaction rule for the classification of taxpayers' activities which fall within the ban of such a general tax avoidance provision.

In jurisdictions such as the United States and the United Kingdom, such doctrines have developed in the courts, usually in the guise of canons of construction of the tax statutes. These have included the business purpose test, step-by-step transactions analysis, substance over form, and expanded sham rules. Whether the development be by legislative measure or judicial action, the result is a process of balancing the taxpayer's freedom to carry on his commercial and social affairs however he may choose, and the state interest in revenue, equity in the raising of the revenue, and economic planning. In Canada the sham concept is at least a judicial measure for the control of tax abuse without specific legislative direction. The judicial classification of an ineffective transaction is another. In the United States, these doctrines have expanded to include the business purpose test. The United States tax code is, as we have seen, replete with benefits in the form of special relief from general tax measures, but the problem is whether the *bona fide* business purpose test will, in a given circumstance, descend upon the taxpayer *ex post facto*. See *Surrey et al., Federal Income Taxation, Cases and Materials* (Foundation Press, 1973), at p. 644. In sharp contrast is the approach of Noël J., as he then was, in *Foreign Power Securities Corp. v.*

tion de ces dispositions législatives a peut-être aussi signifié la transformation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* de simple outil de prélèvement sur la société des dépenses gouvernementales en un instrument de politique économique et fiscale pour réglementer le commerce et l'industrie du pays par l'intervention fiscale du gouvernement. Quelle qu'en soit l'origine ou la raison, des mesures comme l'art. 137 sont des directives adressées par le législateur à la société quant à la responsabilité fiscale de chacun exprimée en termes généraux. Cette disposition, comme le reste de la Loi, a aussi été adoptée pour guider les tribunaux dans l'application de l'économie de la Loi partout au pays. Les tribunaux peuvent, bien entendu, élaborer par leur interprétation de l'art. 137, des doctrines comme celle du critère de l'objet commercial véritable ou une règle d'analyse des opérations étape par étape pour catégoriser les activités des contribuables visés par l'interdiction énoncée dans cette disposition générale relative à l'évitement de l'impôt.

Dans des pays comme les États-Unis et le Royaume-Uni, de telles doctrines sont issues des tribunaux, généralement sous la forme de règles d'interprétation des lois fiscales. Elles peuvent comporter le critère de l'objet commercial, l'analyse des opérations étape par étape, la règle du fond par opposition à celle de la forme et des règles élargies quant au trompe-l'oeil. Que les règles découlent de mesures législatives ou de décisions judiciaires, le résultat consiste à rechercher l'équilibre entre la liberté du contribuable de mener ses affaires sociales et commerciales comme il l'entend et l'intérêt de l'État à la recette fiscale, l'équité dans le prélèvement des impôts et la planification économique. Au Canada, le concept du trompe-l'oeil est, à tout le moins, une mesure judiciaire de contrôle des abus fiscaux sans directive législative précise. La classification judiciaire d'une opération inefficace en est une autre. Aux États-Unis, ces doctrines se sont étendues et englobent le critère de l'objet commercial. Comme nous l'avons vu, le code fiscal des États-Unis abonde de bénéfices sous forme d'exemptions spéciales des mesures fiscales générales, mais la question est de savoir si le critère de l'objet commercial véritable, dans un cas donné, s'applique au contribuable *ex post facto*. Voir *Surrey et al., Federal Income*

*Minister of National Revenue*, 66 DTC 5012, at p. 5027, where he stated:

There is indeed no provision in the *Income Tax Act* which provides that, where it appears that the main purpose or one of the purposes for which any transaction or transactions was or were effected was the avoidance or reduction of liability to income tax, the Court may, if it thinks fit, direct that such adjustments shall be made as respects liability to income tax as it considers appropriate so as to counteract the avoidance or reduction of liability to income tax which would otherwise be effected by the transaction or transactions.

Perhaps the high water mark in the opposition to the introduction of a business purpose test is found in the reasoning of the learned authors, Ward and Cullity, *supra*, who stated, at pp. 473-74, in answer to the question: can it be a legitimate business purpose of a transaction to minimize or postpone taxes?:

If taxes are minimized or postponed, more capital will be available to run the business and more profit will result. Surely, in the penultimate decade of the twentieth century it would be naive to suggest that businessmen can, or should, conduct and manage their business affairs without regard to the incidence of taxation or that they are not, or should not, be attracted to transactions or investments or forms of doing business that provide reduced burdens of taxation.

I would therefore reject the proposition that a transaction may be disregarded for tax purposes solely on the basis that it was entered into by a taxpayer without an independent or *bona fide* business purpose. A strict business purpose test in certain circumstances would run counter to the apparent legislative intent which, in the modern taxing statutes, may have a dual aspect. Income tax legislation, such as the federal Act in our country, is no longer a simple device to raise revenue to meet the cost of governing the community. Income taxation is also employed by government to attain selected economic policy objectives. Thus, the statute is a mix of fiscal and economic policy. The economic policy element of the Act sometimes takes the form of an inducement to the

*Taxation, Cases and Materials* (Foundation Press, 1973) à la p. 644. La position du juge Noël, plus tard juge en chef adjoint, dans l'affaire *Foreign Power Securities Corp. v. Minister of National Revenue*, 66 DTC 5012, à la p. 5027, contraste fortement avec ce point de vue. Il y dit:

[TRADUCTION] En fait, la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne comporte aucune disposition prévoyant que, lorsqu'il appert que le but principal ou l'un des buts pour lesquels on a effectué une ou plusieurs opérations était d'éviter ou de réduire l'assujettissement à l'impôt sur le revenu, la Cour peut, si elle le juge à propos, ordonner d'apporter les rajustements qu'elle estime appropriés concernant l'assujettissement à l'impôt sur le revenu de façon à neutraliser la suppression ou la réduction de cet assujettissement que, par ailleurs, ces opérations réaliseraient.

Le point culminant de l'opposition à l'adoption d'un critère fondé sur l'objet commercial se trouve probablement dans le raisonnement des auteurs Ward and Cullity, précités, qui disent, aux pp. 473 et 474, en réponse à la question de savoir si une opération peut avoir pour but commercial légitime de diminuer ou de reporter les impôts:

[TRADUCTION] S'il y a diminution ou report des impôts, on aura plus de capital pour exploiter l'entreprise et il en découlera des profits accrus. Au cours de l'avant-dernière décennie du vingtième siècle, il serait à coup sûr naïf de penser que les hommes d'affaires peuvent ou même doivent exploiter leur entreprise sans tenir compte de l'incidence fiscale et qu'ils ne sont, ni ne devraient être, intéressés à des opérations, des investissements ou des manières de faire affaire qui amènent une réduction du fardeau fiscal.

Je suis donc d'avis de rejeter la proposition selon laquelle il est possible d'écarter une opération du point de vue fiscal uniquement parce que le contribuable l'a faite sans but commercial distinct ou véritable. Un critère strict d'objet commercial pourrait, dans certaines circonstances, aller à l'encontre de l'intention apparente du législateur qui, dans les lois fiscales modernes, peut viser deux objets. La législation en matière d'impôt sur le revenu, comme la loi fédérale de notre pays, n'est plus uniquement un simple moyen de prélever des revenus pour faire face aux dépenses gouvernementales. Le gouvernement utilise les prélèvements d'impôt pour réaliser certains objectifs déterminés de politique économique. Ainsi, la Loi est à la fois un outil de politique économique et de

taxpayer to undertake or redirect a specific activity. Without the inducement offered by the statute, the activity may not be undertaken by the taxpayer for whom the induced action would otherwise have no *bona fide* business purpose. Thus, by imposing a positive requirement that there be such a *bona fide* business purpose, a taxpayer might be barred from undertaking the very activity Parliament wishes to encourage. At minimum, a business purpose requirement might inhibit the taxpayer from undertaking the specified activity which Parliament has invited in order to attain economic and perhaps social policy goals. Examples of such incentives I have already enumerated.

Indeed, where Parliament is successful and a taxpayer is induced to act in a certain manner by virtue of incentives prescribed in the legislation, it is at least arguable that the taxpayer was attracted to these incentives for the valid business purpose of reducing his cash outlay for taxes to conserve his resources for other business activities. It seems more appropriate to turn to an interpretation test which would provide a means of applying the Act so as to affect only the conduct of a taxpayer which has the designed effect of defeating the expressed intention of Parliament. In short, the tax statute, by this interpretative technique, is extended to reach conduct of the taxpayer which clearly falls within "the object and spirit" of the taxing provisions. Such an approach would promote rather than interfere with the administration of the *Income Tax Act, supra*, in both its aspects without interference with the granting and withdrawal, according to the economic climate, of tax incentives. The desired objective is a simple rule which will provide uniformity of application of the Act across the community, and at the same time, reduce the attraction of elaborate and intricate tax avoidance plans, and reduce the rewards to those best able to afford the services of the tax technicians.

In all this, one must keep in mind the rules of statutory interpretation, for many years called a

politique fiscale. L'élément de politique économique de la Loi prend quelquefois la forme d'une incitation du contribuable à s'engager dans une activité précise ou à la réorganiser. Sans l'incitation contenue dans la Loi, le contribuable ne s'engagerait peut-être pas dans cette activité et pour lui l'opération en cause n'aurait pas d'autre objet commercial véritable. Donc, en imposant une obligation concrète qu'il y ait un tel objet commercial véritable, on pourrait empêcher un contribuable d'entreprendre l'activité même que le législateur veut encourager. À tout le moins, l'obligation que constitue la présence d'un objet commercial pourrait empêcher le contribuable d'entreprendre l'activité précise à laquelle le législateur l'a invité pour atteindre des objectifs de politique économique et même sociale. J'ai déjà donné des exemples de ces incitations.

En réalité, lorsque le législateur réussit à amener le contribuable à agir d'une façon déterminée à cause d'incitations contenues dans la Loi, on peut au moins dire que le contribuable y a été amené pour le motif commercial valide de réduire ses paiements d'impôt dans le but de conserver ses ressources pour d'autres activités commerciales. Il paraît plus approprié d'avoir recours à un critère d'interprétation qui permettrait d'appliquer la Loi de manière à viser seulement la conduite du contribuable qui a comme effet intentionnel de contourner la volonté expresse du législateur. En bref, cette technique d'interprétation fait porter la législation fiscale sur la conduite du contribuable qui relève manifestement de l'objet et de l'esprit des dispositions fiscales. Une telle façon de voir aurait pour effet de faciliter l'administration de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, plutôt que de l'entraver, sous ces deux aspects, sans gêner l'attribution ou le retrait, selon le climat économique, d'incitations fiscales. L'objectif recherché est une règle simple qui amènera l'uniformité d'application de la Loi dans la société et, par la même occasion, diminuera l'attrait de plans compliqués et subtiles d'évitement de l'impôt et diminuera les avantages pour ceux qui sont le plus en mesure de s'offrir les services de fiscalistes.

Dans tout cela, il ne faut pas oublier que, depuis longtemps, les règles d'interprétation des lois pres-



strict interpretation, whereby any ambiguities in the charging provisions of a tax statute were to be resolved in favour of the taxpayer; the taxing statute was classified as a penal statute. See Grover & Iacobucci, *Materials on Canadian Income Tax* (5th ed. 1983), pp. 62-65.

At one time, the House of Lords, as interpreted by Professor John Willis, had ruled that it was "not only legal but moral to dodge the Inland Revenue" ((1938), 16 Can. Bar Rev. 1, at p. 26), referring to *Levene v. Inland Revenue Commissioners*, [1928] A.C. 217, at p. 227. This was the high water mark reached in the application of Lord Cairns' pronouncement in *Partington v. Attorney-General* (1869), L.R. 4 H.L. 100, at p. 122—

I am not at all sure that, in a case of this kind—a fiscal case—form is not amply sufficient; because, as I understand the principle of all fiscal legislation, it is this: If the person sought to be taxed comes within the letter of the law he must be taxed, however great the hardship may appear to the judicial mind to be. On the other hand, if the Crown, seeking to recover the tax, cannot bring the subject within the letter of the law, the subject is free, however apparently within the spirit of the law the case might otherwise appear to be. In other words, if there be admissible, in any statute, what is called an equitable construction, certainly such a construction is not admissible in a taxing statute, where you simply adhere to the words of the statute.

—cited with approval in this Court in *The King v. Crabbs*, [1934] S.C.R. 523, at p. 525.

The converse was, of course, also true. Where the taxpayer sought to rely on a specific exemption or deduction provided in the statute, the strict rule required that the taxpayer's claim fall clearly within the exempting provision, and any doubt would there be resolved in favour of the Crown. See *Lumbers v. Minister of National Revenue* (1943), 2 DTC 631 (Ex.Ct.), affirmed [1944] S.C.R. 167; and *W.A. Sheaffer Pen Co. v. Minister of National Revenue*, [1953] Ex. C.R. 251. Indeed, the introduction of exemptions and allowances was the beginning of the end of the reign of the strict rule.

crivent une interprétation stricte et que toute ambiguïté des dispositions d'imposition doit être tranchée en faveur du contribuable; les lois fiscales ont été assimilées à des lois pénales. Voir: Grover & Iacobucci, *Materials on Canadian Income Tax* (5<sup>e</sup> éd. 1983), pp. 62 à 65.

À une certaine époque, la Chambre des lords, selon l'interprétation du professeur John Willis, avait décidé qu'il était [TRADUCTION] «non seulement permis, mais bien d'éviter de payer l'impôt» ((1938), 16 R. du B. Can. 1, à la p. 26), à propos de l'arrêt *Levene v. Inland Revenue Commissioners*, [1928] A.C. 217, à la p. 227. C'était le point culminant de l'application de la décision de lord Cairns dans l'affaire *Partington v. Attorney-General* (1869), L.R. 4 H.L. 100, à la p. 122:

[TRADUCTION] Je ne suis pas du tout certain que, dans un cas de ce genre — une affaire fiscale — la forme ne soit pas largement suffisante; en effet, selon moi, le principe à la base de toute mesure fiscale est le suivant: si la personne qu'on cherche à assujettir à la taxe tombe sous le coup de la lettre de la loi, elle doit y être assujettie, si dur que cela puisse paraître au juge. Par contre, si le fisc, en tentant de recouvrer la taxe, ne peut établir que la personne tombe sous le coup de la lettre de la loi, elle en est exempte, même si en apparence le cas peut sembler cadrer avec l'esprit de la loi. En d'autres termes, s'il est possible de donner à certaines lois une interprétation équitable, cela ne peut se faire dans le cas d'une loi fiscale où il faut simplement s'en tenir à la lettre.

Cet arrêt a été cité et approuvé dans l'arrêt de cette Cour *The King v. Crabbs*, [1934] R.C.S. 523, à la p. 525.

Évidemment, le contraire était également vrai. Lorsque le contribuable invoquait une exemption ou déduction expressément prévue dans la Loi, la règle d'interprétation stricte exigeait que la prétention du contribuable relève manifestement de la disposition d'exemption, et tout doute favorisait le gouvernement. Voir *Lumbers v. Minister of National Revenue* (1943), 2 DTC 631 (C. de l'É.) confirmé à [1944] R.C.S. 167 et *W.A. Sheaffer Pen Co. v. Minister of National Revenue*, [1953] R.C. de l'É. 251. En réalité, l'introduction des exemptions et déductions a marqué la fin du règne de l'application de la règle stricte.

Professor Willis, in his article, *supra*, accurately forecast the demise of the strict interpretation rule for the construction of taxing statutes. Gradually, the role of the tax statute in the community changed, as we have seen, and the application of strict construction to it receded. Courts today apply to this statute the plain meaning rule, but in a substantive sense so that if a taxpayer is within the spirit of the charge, he may be held liable. See Whiteman and Wheatcroft, *supra*, at p. 37.

While not directing his observations exclusively to taxing statutes, the learned author of *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, E.A. Dreidger, put the modern rule succinctly:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

The question comes back to a determination of the proper role of the court in construing the *Income Tax Act* in circumstances such as these where the Crown relies on the general pattern of the Act and not upon any specific taxing provision. The Act is to be construed, of course, as a whole, including s. 137 but, for reasons already noted, without applying that section specifically to these assessments. The appellant stands to save taxes if its program is successful. The Crown loses revenue it might otherwise receive. At least in theory, the burden falls on other taxpayers to make up the lost revenue. Lord Simon of Glaisdale had this to say in not dissimilar circumstances (*Ransom v. Higgs* (1974), 50 Tax Cas. 1, at p. 94):

It may seem hard that a cunningly advised taxpayer should be able to avoid what appears to be his equitable share of the general fiscal burden and cast it on the shoulders of his fellow citizens. But for the Courts to try to stretch the law to meet hard cases (whether the hardship appears to bear on the individual taxpayer or on the general body of taxpayers as represented by the Inland Revenue) is not merely to make bad law but to run the risk of subverting the rule of law itself. Disagreeable as it may seem that some taxpayers should escape what might appear to be their fair share of the general burden of national expenditure, it would be far more disagreeable to substitute the rule of caprice for that of law.

Dans l'article précité, le professeur Willis prévoit fort justement l'abandon de la règle d'interprétation stricte des lois fiscales. Comme nous l'avons vu, le rôle des lois fiscales a changé dans la société et l'application de l'interprétation stricte a diminué. Aujourd'hui, les tribunaux appliquent à cette loi la règle du sens ordinaire, mais en tenant compte du fond, de sorte que si l'activité du contribuable relève de l'esprit de la disposition fiscale, il sera assujéti à l'impôt. Voir Whiteman et Wheatcroft, précité, à la p. 37.

Bien que les remarques E.A. Dreidger dans son ouvrage *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), à la p. 87, ne visent pas uniquement les lois fiscales, il y énonce la règle moderne de façon brève:

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

La question revient à déterminer le juste rôle du tribunal dans l'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans des circonstances comme celles de l'espèce, où Sa Majesté se fonde sur les dispositions générales de la Loi et non sur une disposition fiscale précise. Il faut bien sûr interpréter la Loi comme un tout, y compris l'art. 137, mais pour les motifs que j'ai déjà énoncés, sans appliquer cet article expressément aux présentes cotisations. L'appelante économise de l'impôt si son plan réussit. Sa Majesté perd des revenus qu'elle aurait autrement reçus. En théorie au moins, il incombe aux autres contribuables de combler la perte de revenu. Lord Simon of Glaisdale a dit ce qui suit dans des circonstances semblables (*Ransom v. Higgs* (1974), 50 Tax Cas. 1, à la p. 94):

[TRADUCTION] Il peut sembler difficile qu'un contribuable adroitement conseillé puisse éviter ce qui paraît sa juste part du fardeau fiscal général et la faire porter par ses concitoyens. Mais pour les tribunaux, chercher à étendre la loi pour faire face à ces cas difficiles (que les difficultés paraissent reposer sur les épaules de chaque contribuable ou sur l'ensemble des contribuables représentés par le fisc), c'est non seulement faire du mauvais droit mais c'est aussi courir le risque de miner la règle de droit elle-même. Quelque déplaisant qu'il puisse paraître que certains contribuables échappent à ce qui semblerait être leur part du fardeau des dépenses nationales, il serait beaucoup plus désagréable de substituer la règle de l'arbitraire à la règle de droit.

All this may reflect the tradition of annual amendments to the *Income Tax Act* when the government budget for the ensuing year is presented to Parliament for approval. Perhaps the facility of amendment to the *Income Tax Act* is one of the sources of the problem since the practice does not invite the courts to intervene when the legislature can readily do so.

Nonetheless, some guidelines can be discerned for the guidance of a court faced with this interpretative issue.

1. Where the facts reveal no *bona fide* business purpose for the transaction, s. 137 may be found to be applicable depending upon all the circumstances of the case. It has no application here.

2. In those circumstances where s. 137 does not apply, the older rule of strict construction of a taxation statute, as modified by the courts in recent years (*supra*), prevails but will not assist the taxpayer where:

- (a) the transaction is legally ineffective or incomplete; or,
- (b) the transaction is a sham within the classical definition.

3. Moreover, the formal validity of the transaction may also be insufficient where:

- (a) the setting in the Act of the allowance, deduction or benefit sought to be gained clearly indicates a legislative intent to restrict such benefits to rights accrued prior to the establishment of the arrangement adopted by a taxpayer purely for tax purposes;
- (b) the provisions of the Act necessarily relate to an identified business function. This idea has been expressed in articles on the subject in the United States:

The business purpose doctrine is an appropriate tool for testing the tax effectiveness of a transaction, where the language, nature and purposes of the provision of the tax law under construction indicate a function, pattern and design characteristic solely of business transactions.

Tout cela peut refléter la traditionnelle modification annuelle de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lorsque le budget du gouvernement pour l'année qui vient est soumis à l'approbation du Parlement.

<sup>a</sup> Il se peut que la facilité avec laquelle on peut modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu* soit une des sources du problème puisque cette pratique n'incite pas les tribunaux à intervenir vu que le législateur peut le faire facilement.

Toutefois, on peut dégager des règles à l'usage des tribunaux qui doivent résoudre cette question d'interprétation.

<sup>c</sup> 1. Si les faits ne révèlent l'existence d'aucun objet commercial véritable dans l'opération, l'art. 137 peut s'appliquer, mais il faut tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce. Il ne s'applique pas en l'espèce.

2. Dans les circonstances où l'art. 137 ne s'applique pas, la règle ancienne d'interprétation stricte d'une disposition fiscale, modifiée de la façon susmentionnée par les tribunaux au cours des dernières années, prévaut, mais elle n'est pas utile au contribuable lorsque

- a) l'opération est juridiquement sans effet ou incomplète; ou
- b) l'opération est un trompe-l'oeil au sens de la définition classique.

3. En outre, la validité de l'opération quant à la forme peut également être insuffisante lorsque

- a) l'inclusion dans la Loi de l'allocation, de la déduction ou de l'avantage recherché indique manifestement une intention du législateur de limiter ces avantages aux droits acquis avant que le contribuable ne s'organise à des fins purement fiscales;
- b) les dispositions de la Loi ont nécessairement trait à une fonction commerciale déterminée. Cette idée a été reprise par certains articles sur le sujet aux États-Unis:

[TRADUCTION] La doctrine de l'objet commercial est un bon outil pour sonder la portée fiscale d'une opération lorsque le texte, la nature et les objets de la disposition de droit fiscal à interpréter font état d'un rôle, d'un modèle et d'une conception qui caractérisent uniquement des opérations commerciales.

[Jerome R. Hellerstein, "Judicial Approaches to Tax Avoidance", *Canadian Tax Foundation, Eighteenth Annual Tax Conference Report*, 1964, p. 66.]

(c) 'the object and spirit' of the allowance or benefit provision is defeated by the procedures blatantly adopted by the taxpayer to synthesize a loss, delay or other tax saving device, although these actions may not attain the heights of 'artificiality' in s. 137. This may be illustrated where the taxpayer, in order to qualify for an 'allowance' or a 'benefit', takes steps which the terms of the allowance provisions of the Act may, when taken in isolation and read narrowly, be stretched to support. However, when the allowance provision is read in the context of the whole statute, and with the 'object and spirit' and purpose of the allowance provision in mind, the accounting result produced by the taxpayer's actions would not, by itself, avail him of the benefit of the allowance.

These interpretative guidelines, modest though they may be, and which fall well short of the *bona fide* business purpose test advanced by the respondent, are in my view appropriate to reduce the action and reaction endlessly produced by complex, specific tax measures aimed at sophisticated business practices, and the inevitable, professionally-guided and equally specialized taxpayer reaction. Otherwise, where the substance of the Act, when the clause in question is contextually construed, is clear and unambiguous and there is no prohibition in the Act which embraces the taxpayer, the taxpayer shall be free to avail himself of the beneficial provision in question.

In this appeal, the appellant taxpayer has done nothing to contrive the accumulated and recognized loss carry-forward of Grover. Neither has the parent nor the affiliated company Grover done so. The immediate payment in issue, the transfer of yearly profits from the business, was made by the appellant under a clear, binding legal obligation so to do. Grover's right to apply the tax loss to the income so received from the business is techni-

[Jerome R. Hellerstein, «Judicial Approaches to Tax Avoidance», *Canadian Tax Foundation, Eighteenth Annual Tax Conference Report*, 1964, p. 66.]

c) «l'objet et l'esprit» de la disposition qui accorde la déduction ou l'avantage sont mis en échec par le processus manifestement adopté par le contribuable pour créer une perte, un report ou tout autre mécanisme d'évitement de l'impôt, même si ces opérations n'atteignent pas le degré d'artifice prévu à l'art. 137. On peut donner l'exemple du contribuable qui, pour profiter d'une «déduction» ou d'un «avantage», prend des mesures que les termes des dispositions de dégrèvement peuvent, pris isolément et interprétés strictement, arriver à justifier. Toutefois, si l'on interprète la disposition de dégrèvement dans le contexte de l'ensemble de la Loi, en pensant à l'objet, à l'esprit et au but de cette disposition, le résultat comptable produit par les opérations du contribuable ne lui procurerait pas, par lui-même, l'avantage de la déduction.

Ces principes directeurs d'interprétation, si modestes soient-ils et bien en deçà du critère de l'objet commercial véritable proposé par l'intimée, suffisent, à mon avis, à atténuer l'effet incessant d'action et de réaction produit par des mesures fiscales complexes et précises qui visent des pratiques commerciales compliquées d'une part et la réaction inévitable, experte et tout aussi spécialisée du contribuable. Autrement, si le contenu de la Loi, lorsque la disposition en cause est interprétée dans son contexte, est clair et précis et que la Loi ne comporte pas d'interdiction qui vise le contribuable, celui-ci est libre de se prévaloir des dispositions avantageuses en cause.

Dans le présent pourvoi, la contribuable appelante n'a rien fait pour inventer le report de pertes accumulées par Grover et reconnues comme telles. Ni la société mère, ni la filiale Grover ne l'ont fait. Le paiement immédiat en cause, c'est-à-dire le transfert des profits annuels de l'entreprise, était fait par l'appelante en vertu d'une obligation juridique claire et exécutoire. Le droit de Grover d'appliquer le report de pertes aux revenus de

cally not here in issue. If it were in issue, it is difficult to see why Grover could not have acquired production assets from any source, including non-arm's length sources as here, so as to produce earnings *in futuro* in order to take advantage of its deficit accumulations before their expiry under the provisions of the *Income Tax Act*. Neither the loss carry-forward provisions, nor any other provision of the Act, have been shown to reveal a parliamentary intent to bar the appellant from entering into such a binding transaction and to make the payments here in question. Once the tax loss concept is included in the statute, the revenue collector is exposed to the chance, if not the inevitability, of the reduction of future tax collections to the extent that a credit is granted for past losses.

I would therefore allow the appeal; and direct that the Notices of Re-assessment in question be vacated, with costs here and in the courts below to the appellant.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Fraser & Beatty, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.*

l'entreprise ainsi reçus n'est pas strictement en cause en l'espèce. S'il l'était, il serait difficile de voir pourquoi Grover n'aurait pas pu acquérir des biens de production de quiconque, notamment de personnes non liées à elle comme en l'espèce, de manière à produire des revenus dans l'avenir afin de tirer avantage de ses déficits accumulés dans les délais impartis conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. On ne nous a pas démontré que les dispositions relatives au report des pertes ou quelque autre disposition de la Loi révèlent l'intention du législateur d'empêcher l'appelante de conclure une telle opération et de faire les versements en cause. Dès que le concept de report des pertes est incorporé à la Loi, le percepteur s'expose aux risques, peut-être même à la certitude, de voir les rentrées futures d'impôt réduites jusqu'à concurrence du dégrèvement accordé pour pertes antérieures.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner l'annulation des avis de nouvelle cotisation en cause, avec dépens en faveur de l'appelante en cette Cour et dans toutes les cours d'instance inférieure.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Fraser & Beatty, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: R. Tassé, Ottawa.*

**Ross Harris Smith** *Appellant;*

and

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

File No.: 17988.

1984: June 7.

Present: Dickson C.J. and Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Criminal law — Conspiracy — Traffic of narcotics — Crown's case bound by particulars — Particulars disclosing two shipments of narcotics — No subordinate conspiracy — Trial judge in error in failing to consider whether the Crown has established an agreement to send narcotics.*

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal<sup>1</sup>, allowing the Crown's appeal from the acquittal of the accused<sup>2</sup> on a charge of trafficking in narcotics contrary to s. 423(1)(d) of the *Criminal Code* and s. 4(1) of the *Narcotic Control Act*, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

*Eric Neufeld* and *Reg Watson*, for the appellant.

*Ivan Whitehall, Q.C.*, and *Robert McMechan*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—It will not be necessary to call on you Mr. Whitehall and Mr. McMechan. We are all in agreement with the judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan and with the reasons therefor. The appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Wilson, Drummond, Findlay & Neufeld, Regina.*

*Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.*

<sup>1</sup> 10 W.C.B. 391.

<sup>2</sup> 8 W.C.B. 438.

**Ross Harris Smith** *Appelant;*

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée.*

<sup>a</sup> N° du greffe: 17988.

1984: 7 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

<sup>c</sup> *Droit criminel — Complot — Trafic de stupéfiants — Ministère public lié par les détails fournis — Détails révélant l'existence de deux envois de stupéfiants — Aucun complot accessoire — Le juge du procès a commis une erreur en n'examinant pas si le ministère public a établi une entente relative à l'envoi de stupéfiants.*

<sup>d</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan<sup>1</sup>, qui a ordonné un nouveau procès après avoir accueilli l'appel interjeté par le ministère public à l'encontre de l'acquittement de l'accusé<sup>2</sup> relativement à une accusation de trafic de stupéfiants contrairement à l'al. 423(1)d) du *Code criminel* et au par. 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants*. Pourvoi rejeté.

<sup>e</sup> *Eric Neufeld* et *Reg Watson*, pour l'appelant.

<sup>f</sup> *Ivan Whitehall, c.r.*, et *Robert McMechan*, pour l'intimée.

<sup>g</sup> Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

<sup>h</sup> LE JUGE EN CHEF—M<sup>es</sup> Whitehall et McMechan, il ne sera pas nécessaire de vous entendre. Nous sommes tous d'accord avec l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan et avec ses motifs. Le pourvoi est rejeté.

<sup>i</sup> *Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant: Wilson, Drummond, Findlay et Neufeld, Regina.*

*Procureur de l'intimée: R. Tassé, Ottawa.*

<sup>1</sup> 10 W.C.B. 391.

<sup>2</sup> 8 W.C.B. 438.

**Consumers Distributing Company Limited**  
*Appellant;*

and

**Seiko Time Canada Ltd.** *Respondent;*

and

**The Attorney General of Canada and the  
Attorney General for Ontario** *Interveners.*

File No.: 16970.

1983: November 23; 1984: June 21.

Present: Laskin C.J.\* and Dickson, Estey, McIntyre and  
Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Torts — Passing off — Classic form and “extended  
version” — Sales network with authorized dealers —  
Identical watches under original trade mark sold out-  
side sales network — Unauthorized vendors unable to  
provide manufacturer’s guarantee and sales devices —  
Interlocutory injunction requiring unauthorized vendor  
to post notice as to guarantee — Permanent injunction  
forbidding unauthorized vendor to advertise or sell  
product — Whether or not this interdiction supported  
by tort of passing off.*

Respondent, the authorized distributor of Seiko watches in Canada, brought an action to restrain appellant from selling Seiko watches so long as it was not an authorized dealer. Appellant had been selling Seiko watches that it had lawfully obtained outside Canada from an authorized dealer selling outside the distribution network. The guarantee accompanying these watches was not recognized by respondent. Appellant only appealed from the paragraph of the permanent injunction that enjoined it from advertising or selling Seiko watches in Canada. The Court of Appeal accepted the trial judge’s reasoning that the product being marketed included not only the watch but also the instruction booklet and point of sales service, the guarantee, and the after sales services. Respondent, even though it was not a registered user or assignee of the trade mark “Seiko”, contended that appellant’s sales, notwithstanding its public notices, caused confusion in the market place and

\* The Chief Justice took no part in the judgment.

**Consumers Distributing Company Limited**  
*Appelante;*

et

<sup>a</sup> **Seiko Time Canada Ltd.** *Intimée;*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada et le  
procureur général de l’Ontario** *Intervenants.*

N° du greffe: 16970.

1983: 23 novembre; 1984: 21 juin.

<sup>c</sup> Présents: Le juge en chef Laskin\* et les juges Dickson,  
Estey, McIntyre et Chouinard.

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

<sup>d</sup> *Responsabilité délictuelle — Passing off — Formes  
traditionnelle et «élargie» — Réseau de ventes composé  
de concessionnaires agréés — Montres identiques, por-  
tant la même marque de commerce, vendues en dehors  
de ce réseau — Impossibilité pour les vendeurs non  
agréés d’assurer la garantie du fabricant et les moyens  
de promotion des ventes — Injonction interlocutoire  
imposant au vendeur non agréé d’aviser le public quant  
à la garantie — Injonction permanente interdisant au  
vendeur non agréé de faire de la publicité pour le  
produit ou de le vendre — Interdiction justifiée ou non  
par le délit civil de passing off.*

<sup>e</sup> L’intimée, distributrice agréée des montres Seiko au  
Canada, introduit une action visant à empêcher l’appe-  
lante de vendre les montres de cette marque tant qu’elle  
ne serait pas concessionnaire agréé. L’appelante avait  
<sup>g</sup> vendu des montres Seiko légalement obtenues à l’exté-  
rieur du Canada par l’intermédiaire d’un concession-  
naire agréé qui vendait en dehors du réseau de distribu-  
tion. L’intimée ne reconnaissait pas la garantie  
accompagnant ces montres. L’appel de l’appelante a  
<sup>h</sup> porté uniquement sur le paragraphe de l’injonction per-  
manente qui lui interdit de faire de la publicité au  
Canada relativement aux montres Seiko ou de les y  
vendre. La Cour d’appel a retenu la conclusion du juge  
de première instance, savoir que le produit en cause est  
<sup>i</sup> composé non seulement de la montre, mais aussi du  
guide de l’usager, du service fourni au moment de la  
vente, de la garantie et du service après vente. L’intimée,  
bien qu’elle ne soit ni un usager inscrit ni un cession-  
naire de la marque de commerce «Seiko», fait valoir que  
<sup>j</sup> les ventes de l’appelante, malgré les avis publics, engen-

\* Le juge en chef n’a pas pris part au jugement.

confined its position to the action in tort of passing off (both in its classic form and in its "extended version").

*Held:* The appeal should be allowed.

Neither the classic doctrine of passing off nor its extended version can be extended to include a sales package (including guarantee) that was attached to a product. Basic requirements of the classic doctrine were not met here and startling legal consequences would ensue if it were to be extended. Confusion in the market place, a hallmark of the classic doctrine, did not exist after notices explaining the guarantee situation were posted pursuant to the interlocutory injunction. In addition, one identical watch could not be distinguished from another merely through the use of a sales device such as after sales service. Extending the doctrine to include these circumstances would result in monopoly situations, not unlike patent monopolies, merely because only authorized dealers would be able to offer the "complete package". The concepts of restraint of trade and free competition, too, would be battered because of an implied recognition of a right of an individual marketing a product to entail and control the sale of identical personal property, however legitimately acquired, of another person. The "extended version" of passing off as developed in some courts required as a minimum that an initial misrepresentation capable of injuring the business or goodwill of a trader exist and cause him to suffer damages. This requirement was not met in the period following the interlocutory injunction.

The watches sold, whether inside or outside the dealer network, were identical and were only sold under the Seiko trademark which attached to and separated them from other products. The legal effect of the guarantees was also identical. While the guarantee of a watch sold outside the network was not honoured, there was no legal obligation on the part of the Japanese manufacturer or its Canadian distributor to honour the guarantee held by a purchaser who bought a watch from within the network. Indeed, in the absence of a contract with the manufacturer (who in practice indemnified respondent for the repairs it effected), respondent's legal position with respect to the guarantee was no different from that of the vendors selling outside the system.

*Erven Warnink BV v. J. Townend & Sons (Hull) Ltd.*, [1979] 2 All E.R. 927; *A. G. Spalding & Bros. v. A. W. Gamage Ltd.* (1915), 32 R.P.C. 273; *Bollinger v. Costa*

drent de la confusion sur le marché; son argument se limite donc au délit civil de *passing off* (aussi bien dans sa forme traditionnelle que dans sa forme «élargie»).

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

<sup>a</sup> Ni la théorie traditionnelle du *passing off* ni la théorie élargie ne s'applique aux accessoires (y compris la garantie) qui se rattachent à un produit. En l'espèce, on n'a pas satisfait aux exigences fondamentales de la théorie traditionnelle et l'extension de celle-ci entraînerait des conséquences juridiques surprenantes. La confusion sur le marché, élément nécessaire à l'application de la théorie traditionnelle, n'existait plus après l'affichage, conformément à l'injonction interlocutoire, d'avis expliquant ce qui en était de la garantie. De plus, le simple recours à un moyen quelconque pour promouvoir les ventes comme le service après vente ne permet pas de distinguer des montres par ailleurs identiques. Élargir la doctrine de manière à comprendre ce type de circonstances aurait pour effet de créer des monopoles semblables à ceux créés par les brevets, et ce simplement parce que seuls les concessionnaires agréés seraient en mesure d'offrir le «produit au complet». Ce serait en outre un dur coup porté à la théorie relative aux restrictions à la liberté du commerce et au concept de la libre concurrence parce que cela équivaldrait à reconnaître implicitement à un individu qui vend un produit le droit d'imposer des restrictions à la vente, par une autre personne, de biens meubles identiques légitimement acquis. La «théorie élargie» du *passing off* formulée par certains tribunaux exige tout au moins qu'il y ait une fausse déclaration qui puisse porter préjudice au commerce ou à l'achalandage d'un commerçant et lui cause des dommages. Au cours de la période qui a suivi le prononcé de l'injonction interlocutoire, cette condition n'a pas été remplie.

<sup>g</sup> Qu'elles se vendent à l'intérieur ou à l'extérieur du réseau des concessionnaires, les montres sont identiques puisqu'elles portent la marque de commerce Seiko qui les distingue des autres produits de ce genre. Qui plus est, les garanties ont le même effet juridique. Quoiqu'on n'honore pas la garantie lorsque la montre a été vendue hors du réseau, ni le fabricant japonais ni le distributeur canadien n'ont l'obligation de l'honorer dans le cas d'une montre achetée à l'intérieur du réseau. En effet, à défaut de contrat avec le fabricant (qui, dans la pratique, indemnise l'intimée des frais entraînés par les réparations qu'elle a effectuées), la situation juridique de l'intimée à l'égard de la garantie ne diffère aucunement de celle des personnes qui vendent en dehors du réseau.

<sup>j</sup> Jurisprudence: distinction faite avec les arrêts: *Erven Warnink BV v. J. Townend & Sons (Hull) Ltd.*, [1979] 2 All E.R. 927; *A. G. Spalding & Bros. v. A. W.*



*Brava Wine Co. (No. 1)*, [1959] 3 All E.R. 800, [1960] R.P.C. 16; distinguished; *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1894] A.C. 535; *Attorney General of Australia v. Adelaide Steamship Co.*, [1913] A.C. 781; *Millington v. Fox* (1838), 3 M. & Cr. 338; *Perry v. Truefitt* (1842), 6 Beav. 66, 49 E.R. 749; *Cellular Clothing Co. v. Maxton & Murray*, [1899] A.C. 326; *Bollinger v. Costa Brava Wine Co. (No. 2)*, [1961] 1 All E.R. 561, [1961] R.P.C. 116; *Inland Revenue Commissioners v. Muller & Co.'s Margarine, Ltd.*, [1901] A.C. 217; *Draper v. Trist*, [1939] 3 All E.R. 513; *Morris Motors, Ltd. v. Lilley*, [1959] 3 All E.R. 737; *Remington Rand Ltd. v. Transworld Metal Co.*, [1960] Ex. C.R. 463, referred to.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 128 D.L.R. (3d) 767, 34 O.R. (2d) 481, 60 C.P.R. (2d) 222, dismissing an appeal from a judgment of J. Holland J. Appeal allowed.

*Benjamin Zarnett and Joel Wiesenfeld*, for the appellant.

*J. M. Roland, Q.C.*, and *B. G. Morgan*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—The respondent instituted an action in the Supreme Court of Ontario to restrain the defendant-appellant from marketing Seiko watches in Canada, at least for so long as the appellant is not an authorized dealer of the respondent. The Seiko watch is a quartz watch manufactured by, or on behalf of, K. Hattori & Company Limited in Japan and marketed by Hattori around the world through a distribution system consisting of authorized distributors and, in turn, their authorized dealers. In Canada the authorized distributor is the respondent whose parent company, Seiko Time Corporation, performs a like role in the Seiko distribution system in some or all of the United States. Seiko Time Corporation, in turn, is a wholly-owned subsidiary of Hattori. Thus the respondent is owned and controlled by Hattori through Hattori's American distributor. Hattori is the registered owner of the trade mark "Seiko" with reference to the wares "watches, clocks, time recorders, switching means,

*Gamage Ltd.* (1915), 32 R.P.C. 273; *Bollinger v. Costa Brava Wine Co. (No. 1)*, [1959] 3 All E.R. 800, [1960] R.P.C. 16; arrêts mentionnés: *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1894] A.C. 535; *Attorney General of Australia v. Adelaide Steamship Co.*, [1913] A.C. 781; *Millington v. Fox* (1838), 3 M. & Cr. 338; *Perry v. Truefitt* (1842), 6 Beav. 66, 49 E.R. 749; *Cellular Clothing Co. v. Maxton & Murray*, [1899] A.C. 326; *Bollinger v. Costa Brava Wine Co. (No. 2)*, [1961] 1 All E.R. 561, [1961] R.P.C. 116; *Inland Revenue Commissioners v. Muller & Co.'s Margarine, Ltd.*, [1901] A.C. 217; *Draper v. Trist*, [1939] 3 All E.R. 513; *Morris Motors, Ltd. v. Lilley*, [1959] 3 All E.R. 737; *Remington Rand Ltd. v. Transworld Metal Co.*, [1960] R.C. de l'É. 463.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 128 D.L.R. (3d) 767, 34 O.R. (2d) 481, 60 C.P.R. (2d) 222, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge J. Holland. Pourvoi accueilli.

*Benjamin Zarnett et Joel Wiesenfeld*, pour l'appelante.

*J. M. Roland, c.r.*, et *B. G. Morgan*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—L'intimée a introduit en Cour suprême de l'Ontario une action visant à empêcher la défenderesse-appelante de vendre des montres Seiko au Canada, du moins tant que celle-ci ne sera pas concessionnaire agréé de l'intimée. Les montres en cause sont des montres à quartz fabriquées au Japon par K. Hattori & Company Limited ou pour son compte et commercialisées par elle partout dans le monde par un réseau de distribution formé de distributeurs agréés et des concessionnaires agréés qui en dépendent. Au Canada, le distributeur agréé est l'intimée dont la société mère, Seiko Time Corporation, remplit les mêmes fonctions aux États-Unis. Seiko Time Corporation est une filiale en propriété exclusive de Hattori. Ainsi, par l'intermédiaire de sa distributrice américaine, Hattori possède et contrôle l'intimée. Hattori est la titulaire inscrite de la marque de commerce «Seiko» employée à l'égard de [TRANSDUCTION] «montres, horloges, chronographes, dispositifs de commutation et de pièces détachées

and parts thereof". The trade mark was renewed on June 30, 1976, after the respondent had been appointed as an authorized distributor by Hattori for Canada (by letter of June 23, 1975). The letter from Hattori appointed its sub-subsidiary the

... exclusive distributor of "SEIKO" watches and clocks in Canada, and as such has the sole right to distribute "SEIKO" watches and clocks in Canada to authorized dealers and to appoint such dealers in Canada.

Hattori did not appoint the respondent a registered user of the trade mark under the *Trade Marks Act*, R.S.C. 1970, T-10, nor is Hattori, the owner of the trade mark, one of the plaintiffs in this action. The respondent, of course, has not appointed the appellant, Consumers Distributing Company Limited, as an authorized Seiko dealer in Canada.

Some time in 1978, the appellant began to import Seiko watches and sell them in the retail market. These watches had been obtained lawfully from a source outside Canada, which, according to the record, is an authorized distributor of Hattori but who was selling Seiko watches outside the authorized distribution network, that is to say, to others, such as the appellant, who were not authorized Seiko dealers. The record refers to this distributor as a "diverter". The watches, it is agreed, originate with Hattori or its authorized manufacturer and supplier in Japan, and reach the appellant in the original packaging, along with a warranty issued in the name of Hattori, and a user's booklet. In short, these watches are identical with the Seiko products distributed by the respondent.

The warranty, packaged in the individual containers in which the watches reach the appellant, is described in the record as a warranty for the distribution and sale of Seiko watches in the United States. The guarantee reads:

Your SEIKO Quartz watch is guaranteed for one year from the date of purchase.

The warranty document goes on to notify the purchaser that repair service is available only "at

pour ces marchandises». La marque de commerce a été renouvelée le 30 juin 1976 après que Hattori eut, dans une lettre en date du 23 juin 1975, nommé l'intimée distributrice agréée pour le Canada. Aux termes de cette lettre, l'intimée est

[TRADUCTION] ... distributrice exclusive au Canada de montres et d'horloges de marque «SEIKO» et, en cette qualité, jouit du droit exclusif pour le Canada de distribuer ces montres et horloges à des concessionnaires agréés et de nommer ces concessionnaires.

Hattori n'a pas fait de l'intimée un usager inscrit de la marque de commerce au sens de la *Loi sur les marques de commerce* S.R.C. 1970, chap. T-10; de plus, Hattori, la titulaire de la marque de commerce, n'est pas demanderesse en l'espèce. Il va sans dire que l'intimée n'a pas nommé l'appelante, Consumers Distributing Company Limited, concessionnaire agréé de produits de marque Seiko au Canada.

Dans le courant de 1978, l'appelante a commencé à importer des montres Seiko et à les vendre au détail. Elle avait obtenu ces montres légalement d'une source en dehors du Canada. Or, il se dégage du dossier que cette source est un distributeur agréé de Hattori qui vend des montres de marque Seiko à l'extérieur du réseau de distribution agréé, c'est-à-dire à des clients qui, comme l'appelante, ne sont pas des concessionnaires Seiko agréés. Dans le dossier, on donne à ce distributeur le nom de [TRADUCTION] «détourneur». Les parties conviennent que les montres proviennent de Hattori ou de son fabricant et fournisseur agréé au Japon et que l'appelante les reçoit dans leur emballage initial, accompagnées d'un guide de l'utilisateur et d'une garantie portant le nom de Hattori. En bref, il s'agit de montres qui sont identiques aux produits Seiko distribués par l'intimée.

Cette garantie, placée dans les boîtes dans lesquelles l'appelante reçoit les montres, est décrite au dossier comme une garantie pour la distribution et la vente de montres Seiko aux États-Unis. En voici le texte:

Votre montre quartz SEIKO est garantie pour un an à compter de la date d'achat.

Puis, le certificat de garantie dit à l'acheteur que des services de réparation ne peuvent être obtenus

SEIKO Service Centers listed on the following page". One of the Service Centers so listed is:

Canada 285 YORKLAND BOULEVARD,  
WILLOWDALE, ONTARIO M2J 1S8  
Tel: (416) 496-2221—TELEX: 06-966801  
CABLE: TORSEIKO TORONTO

This is apparently the address of the respondent's place of business.

It is relevant to note that the Certificate of Guarantee accompanying each watch as received by the respondent was issued under the name of Hattori and provides as follows:

We certify that your SEIKO watch was manufactured by the SEIKO industrial group, and is guaranteed for one year from the date of purchase. Within that period, repair service is available without charge against defects in materials and workmanship, excluding damage caused by accidents or lack of care. If your SEIKO watch needs servicing, please take it or send it to the nearest authorized SEIKO service center or agent, stating date of purchase and nature of service required.

The certificate then concludes with the following notice:

**IMPORTANT**

2. This certificate is not valid unless properly filled out by the dealer.

The warning is differently phrased in the instructions contained in the booklet received by the appellant with the watches in question (and passed along to the retail purchasers). It is said to be Guarantee Form 101, which is a Hattori form for use in the United States. This warranty reads as follows:

To qualify for service under the warranty, present your watch together with the warranty repair coupon, page 13 of this booklet, properly filled in by the authorized SEIKO dealer from whom the watch was originally purchased, or other proof of date of purchase, to any member of the SEIKO Worldwide Service Network.

The repair arrangements are, according to the evidence at trial, available at the Service Center only if the booklet is completed by an authorized

«qu'aux Centres de service SEIKO indiqués à la page suivante». Parmi ces centres d'entretien on trouve le suivant:

Canada 285 YORKLAND BOULEVARD,  
WILLOWDALE, ONTARIO M2J 1S8  
Tél: (416) 496-2221—TELEX: 06-966801  
CABLE: TORSEIKO TORONTO

Il s'agit là apparemment de l'adresse du lieu d'affaires de l'intimée.

Fait pertinent, le certificat de garantie joint à chaque montre reçue par l'intimée est délivré au nom de Hattori et est ainsi conçu:

[TRADUCTION] Nous certifions que votre montre SEIKO a été fabriquée par le groupe industriel SEIKO et qu'elle est garantie pendant un an à compter de la date d'achat. Au cours de cette période, toute défectuosité dans les matériaux et dans la fabrication sera réparée gratuitement, exception faite des dommages causés par accident ou par manque de soins. Pour faire réparer votre montre SEIKO, veuillez la faire parvenir au centre de service SEIKO agréé ou à l'agent de service SEIKO agréé le plus proche, en indiquant la date d'achat et la nature des réparations requises.

Le certificat se termine avec l'avis suivant:

**IMPORTANT**

2. Le présent certificat n'est pas valable lorsqu'il n'a pas été convenablement rempli par le distributeur.

Dans le livret qui accompagne les montres vendues par l'appelante (et remis à chaque acheteur au détail), l'avertissement est formulé différemment. Il s'agit de la formule de garantie 101 établie par Hattori en vue de son utilisation aux États-Unis. Cette garantie est ainsi conçue:

[TRADUCTION] Afin de bénéficier du service sous garantie, faire parvenir votre montre ainsi que la formule de réparation sous garantie, la page 13 du présent livret, dûment remplie par le concessionnaire SEIKO agréé auquel la montre a été achetée, soit une autre preuve de la date d'achat, à n'importe quel membre du réseau mondial de service SEIKO.

D'après la preuve produite en première instance, le centre de service n'effectuera les réparations que si le livret a été rempli par un concessionnaire agréé

dealer at the time of sale. The repair centers are told by the respondent to reject other watches. The record indicates that, apart from watches sold in Canada, there is no certain way for the respondent to determine whether the watch was actually sold by an authorized dealer somewhere in the world. The respondent bears the cost of servicing the warranty for watches sold in Canada. The respondent apparently has the right to reimbursement from Hattori for the cost of service of watches sold by authorized dealers elsewhere, but in practice has not exercised this right. The record is silent as to whether the respondent has sought reimbursement from Hattori for the performance of the guarantee in respect of Seiko watches sold by the appellant, or others, who were not authorized Seiko dealers.

In the result it is clear that, while the source of the diverted watches sold at retail in Canada by the appellant is not revealed, the uncontested evidence is that these watches came from within the Seiko worldwide distribution system through a vendor outside of Canada, that the watches are genuine Seiko watches produced by Hattori or its suppliers, and that the appellant is not an authorized Seiko dealer appointed by the respondent for the sale of Seiko watches in Canada.

Proceedings were instituted by the respondent in January 1979 wherein the respondent sought two forms of injunction as follows:

- (a) an interlocutory and a permanent injunction restraining the Defendant from acquiring, advertising and selling "Seiko" watches;
- (b) in the alternative, an interlocutory and a permanent injunction restraining the Defendant from holding itself out as an authorized dealer of the Plaintiff by advertising and selling "Seiko" watches as internationally guaranteed;

An interlocutory injunction was issued in the month of February 1979, and modified in the

au moment de la vente. L'intimée a donné aux centres de service la consigne de refuser les autres montres. Il ressort du dossier que, sauf dans le cas des montres vendues au Canada, il n'existe aucun moyen sûr par lequel l'intimée peut déterminer si la montre a bien été vendue par un concessionnaire agréé quelque part dans le monde. C'est l'intimée qui supporte les frais de réparations effectuées sous garantie pour les montres vendues au Canada. L'intimée peut apparemment réclamer auprès de Hattori le remboursement de ces frais dans le cas de montres vendues par des concessionnaires agréés ailleurs, mais, dans la pratique, elle n'a jamais exercé ce droit. Le dossier ne dit pas si l'intimée a essayé de se faire rembourser par Hattori lorsqu'elle a exécuté la garantie à l'égard de montres Seiko vendues par l'appelante ou par d'autres marchands qui n'étaient pas des concessionnaires Seiko agréés.

En définitive, même si on ne connaît pas la provenance des montres détournées vendues au détail au Canada par l'appelante, il se dégage incontestablement de la preuve que ces montres provenaient, par l'intermédiaire d'un vendeur hors du Canada, du réseau de distribution mondial Seiko, que ce sont de véritables montres Seiko fabriquées par Hattori ou par ses fournisseurs, et que l'appelante n'est pas un concessionnaire Seiko agréé par l'intimée pour la vente de montres Seiko au Canada.

L'intimée a entamé en janvier 1979 des procédures visant à obtenir les deux sortes d'injonction suivantes:

[TRADUCTION]

- a) une injonction interlocutoire et une injonction permanente pour empêcher la défenderesse d'acquérir des montres «Seiko», de faire de la publicité à leur égard et de les vendre;
- b) subsidiairement, une injonction interlocutoire et une injonction permanente pour empêcher la défenderesse de se présenter comme un concessionnaire agréé de la demanderesse en faisant de la publicité pour les montres «Seiko» couvertes par la garantie internationale et en les vendant comme telles;

Aux termes d'une injonction interlocutoire prononcée en février 1979, et modifiée au mois de mars,

month of March, whereunder the appellant, until trial or other final disposition of the action:

- (a) was restrained from holding itself out as an authorized dealer of the respondent by advertising and selling Seiko watches as internationally guaranteed;
- (b) was ordered to post a permanent notice in all showroom catalogues and on counters where the appellant displayed Seiko watches, as well as in any future advertising for those purposes, to the effect that the defendant was not an authorized dealer, that the Seiko watches sold by the appellant had not been purchased from the respondent and were not internationally guaranteed by the respondent; and,
- (c) was ordered not to issue or distribute any Seiko warranty booklets. (This provision does not appear in the permanent injunction issued after trial.)

The actual form of notice directed in the amended injunction to be posted by the appellant was as follows:

Consumers Distributing is not one of the 'authorized dealers' appointed by Seiko Time Canada Ltd. to market Seiko watches in Canada. The Seiko watches sold by Consumers Distributing consist of models although similar to those distributed in Canada by Seiko Time Canada Ltd. or by Seiko distributors in other parts of the world are not purchased from Seiko Time Canada Ltd. and are not 'internationally guaranteed' by Seiko Time Canada Ltd. which has refused to honour any form of Seiko guarantee accompanying our Seiko watches.

The matter proceeded to trial in April 1980 and evidence was then taken as to the effect in the market place of the sale of Seiko watches by the appellant on the business of the respondent, and of the confusion occasioned by the appellant's activities, both within the respondent's distribution network and amongst the buying public at large. There was no evidence of any confusion amongst the members of the buying public after compliance began on March 31, 1979 by the appellant with the interlocutory injunction set out above which commenced on March 31, 1979.

et en attendant l'issue du procès ou tout autre règlement définitif de l'action, on a:

- a) empêché l'appelante de se présenter comme un concessionnaire agréé de l'intimée en faisant de la publicité pour les montres Seiko couvertes par la garantie internationale et en les vendant comme telles;
- b) ordonné à l'appelante d'afficher dorénavant dans tous les catalogues de ses magasins, dans les vitrines où sont exposées les montres Seiko et aussi dans toute publicité future relativement à ces montres, un avis permanent qu'elle n'est pas un concessionnaire agréé, que les montres Seiko vendues par elle ne proviennent pas de l'intimée et qu'elles ne sont pas couvertes par la garantie internationale de l'intimée; et,
- c) ordonné à l'appelante de ne pas délivrer ou distribuer de livrets de garantie de Seiko. (Cet alinéa ne figure toutefois pas dans l'injonction permanente rendue à l'issue du procès.)

Aux termes de l'injonction modifiée, l'appelante devait afficher l'avis suivant:

[TRADUCTION] Consumers Distributing n'est pas un «concessionnaire agréé» choisie par Seiko Time Canada Ltd. pour vendre des montres Seiko au Canada. Malgré la ressemblance entre les modèles de montres vendues par Consumers Distributing et ceux distribués au Canada par Seiko Time Canada Ltd. ou par des distributeurs Seiko ailleurs dans le monde, ils ne proviennent pas de Seiko Time Ltd. et ne sont pas protégées par la «garantie internationale», car Seiko Time Canada Ltd. a refusé d'honorer toute forme de garantie Seiko accompagnant nos montres Seiko.

Le procès a débuté en avril 1980 et la preuve a alors porté sur l'effet de la vente de montres Seiko par l'appelante sur l'entreprise de l'intimée et la confusion occasionnée, aussi bien à l'intérieur du réseau de distribution de l'intimée que parmi les consommateurs en général, par les activités de l'appelante. Dans le cas des consommateurs, les témoignages indiquent que cette confusion s'est dissipée à partir du 31 mars 1979, date où l'injonction interlocutoire précitée est entrée en vigueur et date où l'appelante a commencé à s'y conformer.

At the opening of trial, the appellant took the position that it was agreeable to the interlocutory interim injunction being made permanent. The appellant further abandoned any argument that watches sold by the appellant would qualify for servicing within the warranty period by the respondent so long as the warranty repair coupon on p. 13 of the warranty booklet was duly completed by showing "other proof of date of purchase". Judgment at trial was granted in favour of the respondent as follows:

1. A permanent injunction was ordered restraining the appellant from:

... holding itself out as an authorized Seiko dealer of the Plaintiff by advertising and selling "Seiko" watches as internationally guaranteed;

2. The appellant was permanently enjoined from:

... advertising or selling "Seiko" watches in Canada;

3. Damages in the amount of \$5,000 were awarded to the respondent.

On appeal to the Court of Appeal, the appellant took no appeal against the injunction described in paragraph 1 above or from the award of damages, confining the appeal entirely to the injunction described in paragraph 2 above.

The Court of Appeal judgment was given by endorsement on the record [(1981), 128 D.L.R. (3d) 767, at p. 768]:

Appeal dismissed with costs for the reasons given by the trial Judge and in particular the conclusion he reached that the product marketed by the plaintiff was not simply a watch alone. We are satisfied that in this case an injunction merely in the terms of para. 1 of the judgment would allow the appellant to continue trading on the good will of the plaintiff and would permit a deception of the public.

While the statement of claim framed the action on the basis of false representation, or holding out by the appellant that it is an authorized dealer of the respondent, as well as passing off contrary to

Dès le début du procès, l'appelante a déclaré qu'elle ne s'opposait pas à ce que l'injonction interlocutoire provisoire soit rendue permanente. L'appelante a en outre abandonné tout argument selon lequel les montres vendues par elle pourraient être réparées par l'intimée pendant la durée de la garantie, si la formule de réparation sous garantie à la p. 13 du livret de garantie était dûment remplie de manière à indiquer une «autre preuve de la date d'achat». À l'issue du procès, on a rendu en faveur de l'intimée un jugement comportant les éléments suivants:

1. Une injonction permanente empêchant l'appelante:

[TRADUCTION] ... de se présenter comme un concessionnaire Seiko agréé par la demanderesse en faisant de la publicité pour les montres «Seiko» couvertes par la garantie internationale et en les vendant comme telles;

2. Une injonction permanente empêchant l'appelante:

[TRADUCTION] ... de faire de la publicité pour les montres «Seiko» ou de les vendre au Canada;

3. Des dommages-intérêts de 5 000 \$ ont été accordés à l'intimée.

En Cour d'appel, l'appelante n'a contesté ni l'injonction décrite au paragraphe 1 ci-dessus ni l'attribution de dommages-intérêts; son appel portait uniquement sur l'injonction décrite au paragraphe 2.

L'arrêt de la Cour d'appel a été inscrit au dossier [(1981), 128 D.L.R. (3d) 767, à la p. 768]. En voici le texte:

[TRADUCTION] Appel rejeté avec dépens pour les motifs donnés par le juge de première instance. Nous retenons en particulier sa conclusion que la demanderesse ne vendait pas qu'une montre. Nous sommes convaincus qu'en l'espèce, une injonction qui reprendrait simplement les termes du par. 1 du jugement permettrait à l'appelante de continuer à profiter de la clientèle de la demanderesse et lui permettrait aussi de tromper le public.

La déclaration allègue qu'il y a eu des déclarations fausses ou que l'appelante s'est fait passer pour un concessionnaire agréé par l'intimée et, d'autre part, que l'appelante a fait du *passing off*

the *Trade Marks Act*, s. 7(c) and contrary to the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 36(1)(a) and (c), the position taken by the respondent in this Court has been confined entirely to the action in tort of passing off. The respondent puts its position both on the basis of the classic action in passing off, as well as in the modern variation of that action, sometimes referred to in the cases as the "extended version" of the doctrine of passing off. In taking this position, the respondent relies upon a series of findings by the learned trial judge to the general effect (and particulars shall be mentioned later) that the Seiko watch, as marketed by the respondent, is a composite or packaged product consisting of four elements:

1. the watch;
2. the point of sale service and instruction booklet;
3. the warranty properly filled out by an authorized dealer; and,
4. the after sale service.

Consequently, the trial judge concluded [(1980), 112 D.L.R. (3d) 500] that, by marketing the bare watch without the other three elements, the appellant was creating confusion in the market place and damage to the goodwill, which the respondent had built up on the sale of its complete or composite product through its extensive distribution and service network. The trial judge found that the appellant, on the other hand, was not advertising or selling this product, but was simply selling the bare watch with the result, "That confusion in the eyes of the public is likely . . ." The basis of the plaintiff-respondent's success at trial is the finding that the respondent established goodwill in connection with the Seiko watch by reason of the sale and distribution of that product in the manner outlined above. The respondent did so by means of service centers, sales training programs, the appointment of "only fine jewellery stores or large department stores" as authorized dealers, and the expenditure of "a substantial amount of its money annually for national advertising and has financially aided its authorized dealers in local advertising undertaken by the dealers". The respondent's success is indicated in the financial statements in the record. On the other hand, the trial judge found that the

contrairement à la *Loi sur les marques de commerce*, al. 7c) et à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23, al. 36(1)a) et c). Toutefois, en cette Cour, l'intimée se limite au délit civil de *passing off*. L'intimée se fonde à la fois sur l'action traditionnelle en *passing off* et sur la variante moderne de cette action qu'on appelle parfois dans la jurisprudence la «théorie élargie» du *passing off*. Elle invoque à l'appui de son point de vue une série de conclusions tirées par le savant juge de première instance, d'où il ressort d'une façon générale (j'y reviendrai en détail plus loin) que la montre Seiko commercialisée par l'intimée est un produit qui comprend quatre éléments, savoir:

1. la montre elle-même;
2. le service fourni au point de vente et le guide de l'usager;
3. la garantie dûment remplie par un concessionnaire agréé et
4. le service après vente.

Par conséquent, le juge de première instance a conclu [(1980), 112 D.L.R. (3d) 500] que, par la vente de la montre nue, sans les trois autres éléments, l'appelante a engendré de la confusion sur le marché et a nui à l'achalandage que l'intimée avait acquis par la vente du produit dans son ensemble grâce à son réseau étendu de distribution et de service après vente. Le juge de première instance a conclu que l'appelante, pour sa part, ne faisait pas de publicité pour ce produit et ne le vendait pas, mais se limitait à la vente de la montre nue, ce qui avait pour conséquence de [TRADUCTION] «causer vraisemblablement de la confusion dans l'esprit du public . . . » Si la demande-intimée a obtenu gain de cause au procès, cela tient à la conclusion que l'intimée s'est constitué un achalandage pour la montre Seiko en raison de la vente et de la distribution de ce produit de la manière déjà indiquée. L'intimée y est parvenue grâce à des centres de service après vente, à des programmes de formation en vente et en choisissant ses concessionnaires agréés parmi [TRADUCTION] «Seules les bijouteries de premier ordre ou les grands magasins». De plus, elle dépense [TRADUCTION] «des sommes importantes chaque année pour la publicité nationale et a soutenu financière-

appellant had no point of sale or adjustment service for its customers, no repair facilities, and carried a small line of only eleven models of the Seiko watch as against 250 models carried by authorized dealers. The learned trial judge went on to find that:

It was this product with all its components which developed the reputation of Seiko in Canada and the goodwill which thereby arose between the plaintiff, its dealers and the consuming public.

In contrast to the product so marketed by the respondent, the learned trial judge found:

The defendant is not advertising or selling this product as the defendant has no sales personnel knowledgeable about this watch, has no point-of-sale service, cannot deliver a valid warranty, and offers no after-sale service. I find that the product advertised and sold by the defendant is a different product. The defendant is not an authorized dealer and cannot complete the warranty booklet. That confusion in the eyes of the public is likely, is clear. Accepting the fact that the very watch and warranty booklet being sold and distributed by the defendant are of those of K. Hattori, the plaintiff's product is nonetheless a different product because of the various items comprised in the plaintiff's product.

Earlier in his judgment, the learned trial judge had found:

Persons acquiring Seiko watches from Consumers could well believe that they were buying the "product" offered by an authorized Seiko dealer and that Seiko Time Canada had so authorized Consumers.

The judgment at trial strays somewhat from this theme, as regards the right to use the word "Seiko", when the Court observes:

This plaintiff has established to my satisfaction that it has business or goodwill in the use of the name "Seiko" as developed through its marketing practices which is worthy of protection even though it does not own this name. It is nonetheless one of a class entitled to make use of the distinctive name "Seiko" as descriptive of its

ment la publicité locale entreprise par ses concessionnaires agréés». Le succès qu'a connu l'intimée se dégage des états financiers produits en preuve. D'un autre côté, le juge de première instance a conclu que l'appelante n'offrait à ses clients aucun service après vente ni aucun service de réparation et qu'elle ne vendait qu'un éventail restreint de onze modèles de la montre Seiko comparativement aux 250 modèles des concessionnaires agréés. Le savant juge de première instance a tiré en outre la conclusion suivante:

[TRADUCTION] C'est sur ce produit avec chacun de ses éléments que sont fondés la réputation de Seiko au Canada et les liens d'achalandage qui en sont nés entre la demanderesse, ses concessionnaires et les consommateurs.

En contraste avec le produit ainsi commercialisé par l'intimée, le savant juge de première instance a conclu que:

[TRADUCTION] La défenderesse n'offre pas le même produit, car elle n'a pas de personnel de vente qui connaît cette montre, ni aucun service sur place. Par ailleurs, elle est dans l'impossibilité de délivrer une garantie valide et ne fournit aucun service après vente. Je conclus que le produit offert par la défenderesse est différent. N'étant pas un concessionnaire agréé, la défenderesse ne peut remplir le livret de garantie. Il est donc évident que, dans l'esprit du public, cela portera vraisemblablement à confusion. Même si la montre et le livret de garantie vendus et distribués par la défenderesse sont bien de K. Hattori, le produit de la demanderesse n'en n'est pas moins différent en raison des divers éléments dont il se compose.

Antérieurement, le savant juge de première instance avait conclu:

[TRADUCTION] Les personnes qui achetaient des montres Seiko chez Consumers pouvaient bien croire qu'elles achetaient le «produit» offert par un concessionnaire Seiko agréé et que Seiko Time Canada avait ainsi agréé Consumers.

Le juge de première instance s'écarte un peu de ce thème lorsqu'il aborde la question du droit d'utiliser le mot «Seiko». En effet, il dit:

[TRADUCTION] La demanderesse a pu me convaincre que, grâce à ses techniques de commercialisation, elle a établi une entreprise ou un achalandage par l'emploi du nom «Seiko», ce qui mérite d'être protégé même si ce nom n'appartient pas à la demanderesse. Elle fait partie de la catégorie de ceux qui ont droit d'utiliser le nom



product and this is a valuable part of the goodwill which has been generated to the plaintiff by the method of marketing which it has employed.

It was the marketing technique or scheme which, in the end, appears to have given rise to the recognition of the right in the respondent which was to be protected by the injunction which issued. The judgment concluded:

In the present case I find:

- (1) by holding out, as it has in its catalogue and stores, that the watches being advertised or sold by it are Seiko watches (*i.e.*, including all the components which I have found have become attached to that name) the defendant is misrepresenting the product it is selling to the consuming public; . . .

The respondent is, of course, not a registered user nor an assignee of the trade mark, Seiko, and the distribution of a trade marked product lawfully acquired is not, by itself, prohibited under the *Trade Marks Act* of Canada, or indeed at common law. In passing, it should also be observed that the finding as to the four elements in the respondent's product appears to be based upon a duplication between the warranty and the after sales service, elements three and four. The after sales service is provided during warranty without charge unless the watch is known by the respondent's staff to have been sold outside the authorized distribution system. Thereafter, service is presumably based on normal charge for service. There seems to be no valid distinction between the warranty properly filled out and the after sales service. Indeed, if Hattori assumed the cost of the performance of the warranty issued at the time of the initial sale of the watch by Hattori, no issue would have arisen here, except possibly the question of a right accruing by reason of the point of sale activity by the respondent's authorized dealer. It is difficult to find the origin of such a right in law, and indeed, none was advanced by the respondent.

The time which concerns us, in the analysis of the marketing practices of the parties to this appeal, divides itself into two periods. The first period commences with the beginning of sales by the appellant of Seiko watches, by catalogue and

distinctif «Seiko» pour décrire son produit et cela constitue d'ailleurs une partie précieuse de l'achalandage qu'a établi la demanderesse par sa méthode de commercialisation.

- <sup>a</sup> Ce sont précisément les techniques de commercialisation qui, en fin de compte, paraissent avoir provoqué la reconnaissance du droit de l'intimée que devait protéger l'injonction qui a suivi. La décision se termine ainsi:

[TRADUCTION] Je conclus en l'espèce:

- (1) qu'en laissant croire, comme elle le fait dans son catalogue et dans ses magasins, qu'elle offre des montres Seiko (c'est-à-dire qu'elles comprennent tous les éléments qui, selon moi, se rattachent à ce nom), la défenderesse trompe les consommateurs sur le produit qu'elle vend; . . .

Bien sûr, l'intimée n'est ni un usager inscrit ni un cessionnaire de la marque de commerce Seiko et la distribution d'un produit désigné par une marque de commerce obtenue légalement n'est pas en soi interdite par la *Loi sur les marques de commerce* du Canada ni d'ailleurs par la *common law*. Soit dit en passant, la conclusion que le produit de l'intimée comprend quatre éléments paraît se fonder sur un dédoublement de la garantie et du service après vente, soit les éléments trois et quatre. Pendant la durée de la garantie, le service après vente est fourni gratuitement, sauf lorsque le personnel de l'intimée sait que la montre a été vendue en dehors du réseau de distribution agréé. Par la suite, les réparations se font vraisemblablement au tarif habituel. Il ne semble pas y avoir de distinction valide entre la garantie dûment remplie et le service après vente. En fait, si Hattori supportait les frais d'exécution de la garantie délivrée au moment de la vente initiale de la montre, aucune question ne se serait posée, sauf peut-être celle portant sur l'existence d'un droit découlant du service offert sur place par le concessionnaire agréé par l'intimée. Le fondement juridique de ce droit est pour le moins obscur; d'ailleurs, l'intimée ne l'invoque pas en l'espèce.

L'époque qui nous intéresse aux fins de l'analyse des techniques de commercialisation des parties au présent pourvoi se divise en deux. La première va du moment où l'appelante a commencé à vendre par catalogue et dans ses magasins des montres de

in the stores of the appellant, and ends with the issuance of the interlocutory injunction on February 14, 1979, or at the latest, March 20, 1979, when it was revised. The second period continues thereafter up to and including the trial. It is not contested by the appellant that the Seiko watches, complete with warranty and packaging, all as received from the unknown distributor, were sold to the public in the first period without any notice that the warranty included in the box with the watch and issued over the name of Hattori, may not be enforceable in Canada, and that it sold these watches to the public in Canada without any notice that the appellant was not an authorized dealer of the respondent or of Hattori. The appellant conceded at trial that the injunction claimed in the statement of claim, paragraph 16(b) (and described above as the first injunction in the judgment at trial), whereby the appellant was permanently enjoined and restrained from "... holding itself out as an authorized [Seiko] dealer of the Plaintiff by advertising and selling "Seiko" watches as internationally guaranteed;" should continue permanently. Neither has the appellant appealed from the award of \$5,000 damages, relating, as that award apparently did, to the sale of these watches during period one.

In this Court, the appellant argued that no evidence was introduced at trial to show that, after the injunctions of February and March 1979, any confusion was created in the market place by the conduct of the appellant in selling the bare Seiko watch in the manner permitted under the interim injunction. The respondent did not direct this Court to anything in the record which might be described as evidence to the contrary. Counsel for the appellant asserted that this submission was made in the Court of Appeal below. That court may have been responding to that argument when it stated:

... an injunction merely in the terms of para. 1 of the judgment would allow the appellant to continue trading on the goodwill of the plaintiff and would permit a deception of the public.

This conclusion, however, is entirely unsupported in the evidence.

marque Seiko jusqu'au prononcé de l'injonction interlocutoire le 14 février 1979 ou, au plus tard, jusqu'au 20 mars 1979, date de sa modification. Quant à la seconde période, elle comprend le temps écoulé entre cette date et l'issue du procès. L'appelante ne nie pas qu'au cours de la première période susmentionnée elle vendait des montres Seiko telles qu'elle les avait reçues du distributeur inconnu, c'est-à-dire avec la garantie et dans le même emballage, sans indiquer que la garantie délivrée au nom de Hattori, qui accompagnait la montre, pourrait ne pas être valide au Canada et sans indiquer non plus qu'elle vendait ces montres au Canada sans être concessionnaire agréé ni de l'intimée ni de Hattori. En première instance, l'appelante s'est dite d'accord pour que prenne un caractère permanent l'injonction (décrite ci-dessus comme la première injonction rendue en première instance) demandée à l'alinéa 16b) de la déclaration, qui aurait pour effet d'empêcher en permanence l'appelante de « ... se présenter comme un concessionnaire [Seiko] agréé par la demanderesse en faisant de la publicité pour les montres «Seiko» couvertes par la garantie internationale et en les vendant comme telles». Qui plus est, l'appelante n'a pas porté en appel la décision d'accorder 5 000 \$ de dommages-intérêts, pour la vente de ces montres au cours de la première période.

Devant cette Cour, l'appelante fait valoir qu'on n'a rien produit en première instance tendant à montrer que, après les injonctions de février et de mars 1979, il y a eu confusion sur le marché du fait que l'appelante a vendu la montre Seiko nue de la manière autorisée par l'injonction provisoire. D'autre part, l'intimée ne nous a rien signalé au dossier qui pourrait être décrit comme une preuve au contraire. Selon l'avocat de l'appelante, celle-ci avait déjà présenté cet argument en Cour d'appel. Or, c'est peut-être en guise de réponse à cet argument que la Cour d'appel a dit:

[TRADUCTION] ... une injonction qui reprendrait simplement les termes du par. 1 du jugement permettrait à l'appelante de continuer à profiter de l'achalandage de la demanderesse et lui permettrait aussi de tromper le public.

Il n'existe toutefois aucun élément de preuve à l'appui de cette conclusion.

What, then, is the issue now presented by this appeal? It is said by the appellant that the only complaint made by the respondent, which is supported by evidence, is that Seiko watches were presented for sale to the Canadian public, under circumstances wherein that public was aware that these watches were not supported by an international guarantee by the respondent, and that the appellant was not an authorized dealer of the respondent. The respondent contends, nonetheless, that sales, even in these circumstances, do indeed result in confusion or deception of the public, and accordingly, argues that the unlimited injunction, prohibiting sales of Seiko watches by the appellant under any circumstances or conditions, is a valid exercise of the authority of the Court, under the doctrine of "passing off".

From a factual viewpoint, the position advanced by the respondent, if it should be adopted, would have the following consequences:

1. The Canadian public would be deprived of the right, or option, to purchase the Seiko watch, a product of Hattori of Japan, on the alternative basis that the watch would be unsupported by the maker's warranty; and,
2. A monopoly would be effectively established by the application of the doctrine of passing off in these circumstances, equivalent to that normally authorized by the issuance of a patent of invention under the *Patent Act* of Canada, except that here the monopoly would be for an unlimited term.

These startling results themselves call for an examination of the principles of tort law to determine whether or not there is indeed, in these circumstances, room for the application of the doctrine of passing off, sometimes referred to as a branch of injurious falsehood. The common law principles relating to commerce and trade generally proceed on the basis of a recognition of perceived benefits to the community from free and fair competition. This is variously illustrated in the older authorities, for example, in *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1894] A.C. 535 (H.L.), *per* Lord Macnaghten, at p. 565:

Quelle est donc la question soulevée dans ce pourvoi? L'appelante prétend que le seul grief de l'intimée, qui est appuyé par la preuve, est que les montres Seiko ont été mises en vente au Canada dans des circonstances où le public canadien savait que l'intimée n'honorait pas la garantie internationale et que l'appelante n'était pas un concessionnaire agréé par l'intimée. Celle-ci fait toutefois valoir que, même dans ces conditions, la vente de montres engendre la confusion chez le public ou l'induit en erreur; il s'ensuit, selon l'intimée, que l'injonction absolue empêchant la vente de montres Seiko par l'appelante dans quelques circonstances ou conditions que ce soit constitue un exercice valide du pouvoir qu'a la Cour en vertu des principes du *passing off*.

Du point de vue pratique, si l'argument de l'intimée devait être retenu, les conséquences en seraient les suivantes:

1. le public canadien se verrait privé du droit ou de la possibilité d'acheter une montre Seiko fabriquée par Hattori au Japon mais non protégée par la garantie du fabricant; et,
2. l'application de la théorie du *passing off* dans ces circonstances aurait pour effet de créer un monopole semblable à celui qui résulte normalement de la délivrance d'un brevet d'invention en vertu de la *Loi sur les brevets* du Canada, sauf qu'ici le monopole serait d'une durée illimitée.

Ces conséquences étonnantes requièrent un examen des principes du droit en matière de responsabilité délictuelle afin qu'on puisse déterminer si, dans ces circonstances, il est possible d'appliquer la théorie du *passing off*, qu'on classe parfois sous la tromperie dommageable (*injurious falsehood*). D'une façon générale, les principes de *common law* en matière d'échanges et de commerce sont fondés sur une reconnaissance des avantages pour la société d'une concurrence libre et loyale. On en trouve diverses illustrations dans la jurisprudence plus ancienne, par exemple dans l'arrêt *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1894] A.C. 535 (H.L.), *per* Lord Macnaghten, à la p. 565:

The true view at the present time I think, is this: The public have an interest in every person's carrying on his trade freely: so has the individual. All interference with individual liberty of action in trading, and all restraints of trade of themselves, if there is nothing more, are contrary to public policy, and therefore void.

Later, in *Attorney General of Australia v. Adelaide Steamship Co.*, [1913] A.C. 781, Lord Parker of Waddington, discussing this same principle, stated, at p. 794:

Monopolies and contracts in restraint of trade have this in common, that they both, if enforced, involve a derogation from the common law right in virtue of which any member of the community may exercise any trade or business he pleases and in such manner as he thinks best in his own interests.

There are well-known and important exceptions to this general rule where the law countenances, and indeed sometimes imposes, restrictions on this right to free competition and trade, including restrictions imposed by purchasers of goodwill upon vendors, deceitful trade practices calculated to injure others, defamation of trade and profession, improper or unfair use of trade information of a former employee, the protection of trade secrets, monopolies granted by patent including Letters Patent on inventions, and statutory monopolies or regulated trades and professions. Any expansion of the common law principles to curtail the freedom to compete in the open market should be cautiously approached. This must be the path of prudence in this age of the active legislative branch where the community's trade policies are under almost continuous review. This by no means calls for judicial abdication of the role of adjusting the common law principles relating to proper trade practices to the ever-changing characteristics and techniques of commerce. Reticence to curtail this general rule, however, is found even in *Erven Warnink BV v. J. Townend & Sons (Hull) Ltd.*,

[TRADUCTION] J'estime qu'à l'heure actuelle la théorie à retenir est la suivante: il est de l'intérêt du public et aussi de l'individu que chaque personne exploite librement son commerce. Toute atteinte à la liberté individuelle en matière commerciale et toute pratique restrictive du commerce sont, à défaut d'autres circonstances, en elles-mêmes contraires à l'intérêt public et, partant, nulles.

Dans l'arrêt ultérieur *Attorney General of Australia v. Adelaide Steamship Co.*, [1913] A.C. 781, à la p. 794, lord Parker of Waddington dit au sujet de ce même principe:

[TRADUCTION] Les monopoles et les contrats restrictifs du commerce ont ceci en commun que leur exécution déroge à la *common law* qui accorde à tout membre de la société le droit d'exploiter le commerce ou l'entreprise de son choix au mieux de ses propres intérêts.

Cette règle générale souffre toutefois des exceptions bien connues et importantes. En effet, il est des circonstances où la loi approuve, voire exige, la restriction de ce droit à la liberté du commerce. C'est notamment le cas des restrictions que les acheteurs de l'achalandage imposent aux vendeurs, des pratiques commerciales trompeuses destinées à porter préjudice à autrui, de l'usage de diffamation à l'endroit d'un commerce ou d'une profession, de l'usage abusif ou déloyal de renseignements commerciaux fournis par un ex-employé, de la protection des secrets commerciaux, des monopoles accordés par un brevet, y compris les lettres patentes couvrant une invention, des monopoles créés par la loi ou des métiers et des professions régis par une réglementation. Il faut se montrer circonspect face à tout élargissement des principes de *common law* qui porterait atteinte à la liberté de concurrence sur le marché. Ce doit être le chemin de la prudence en ces temps d'intense activité législative où les politiques commerciales de la société sont réexaminées en quasi-permanence. Toutefois, cela ne signifie aucunement que les tribunaux doivent renoncer à leur rôle d'adaptateur des principes de *common law* relativement aux pratiques commerciales appropriées aux caractéristiques et aux techniques commerciales en constante évolution. Malgré tout, la réticence à limiter cette règle générale se manifeste même dans l'arrêt *Erven Warnink BV v. J. Townend &*

[1979] 2 All E.R. 927, where Lord Diplock stated, at p. 933:

... but in an economic system which has relied on competition to keep down prices and to improve products there may be practical reasons why it should have been the policy of the common law not to run the risk of hampering competition by providing civil remedies to everyone competing in the market who has suffered damage to his business or goodwill in consequence of inaccurate statements of whatever kind that may be made by rival traders about their own wares. The market in which the action for passing off originated was no place for the mealy mouthed: advertisements are not on affidavit; exaggerated claims by a trader about the quality of his wares, assertions that they are better than those of his rivals, even though he knows this to be untrue, have been permitted by the common law as venial 'puffing' which gives no cause of action to a competitor even though he can show that he has suffered actual damage in his business as a result.

In the most recent edition of *Salmond on Torts* (17th ed.), at pp. 400-01, the learned author discusses passing off in these terms:

149. INJURIOUS FALSEHOOD: PASSING OFF.

To sell merchandise or carry on business under such a name, mark, description, or otherwise in such a manner as to mislead the public into believing that the merchandise or business is that of another person is a wrong actionable at the suit of that other person. This form of injury is commonly, though awkwardly, termed that of *passing off* one's goods or business as the goods or business of another and is the most important example of the wrong of injurious falsehood, though it is so far governed by special rules of its own that it is advisable to treat it separately. The gist of the conception of passing off is that the goods are in effect telling a falsehood about themselves, are saying something about themselves which is calculated to mislead. The law on this matter is designed to protect traders against that form of unfair competition which consists in acquiring for oneself, by means of false or misleading devices, the benefit of the reputation already achieved by rival traders. Normally the defendant seeks to acquire this benefit by passing off his goods as and for the goods of the plaintiff... [Emphasis added.]

*Sons (Hull) Ltd.*, [1979] 2 All E.R. 927, où lord Diplock écrit à la p. 933:

[TRADUCTION] ... mais dans un système économique qui compte sur la concurrence pour empêcher l'escalade des prix et pour favoriser l'amélioration des produits, il peut exister des raisons d'ordre pratique pour lesquelles la *common law* aurait dû avoir pour politique de ne pas courir le risque d'entraver la concurrence en accordant des recours civils à tous les commerçants qui par suite de déclarations inexactes, quelles qu'elles soient, que peuvent faire des concurrents relativement à leur propre marchandise, se voient lésés dans leur entreprise ou leur achalandage. Dans le milieu commercial qui a donné naissance à l'action en *passing off*, la modestie n'avait pas de place. Les annonces publicitaires ne sont pas des affidavits; les affirmations exagérées d'un commerçant quant à la qualité de ses marchandises, les assertions que ses marchandises étaient supérieures à celles de ses concurrents, même s'il sait que c'est faux, ont été acceptées par la *common law* comme du «battage» véniel qui ne donne à un concurrent aucune cause d'action, quoi qu'il soit en mesure de prouver que cela a nui de façon réelle à son entreprise.

Dans la plus récente édition de *Salmond on Torts* (17<sup>e</sup> éd.), aux pp. 400 et 401, le savant auteur discute du *passing off* en ces termes:

[TRADUCTION] 149. TROMPERIE DOMMAGEABLE: *PASSING OFF*.

Vendre des marchandises ou exploiter une entreprise sous une dénomination, une marque, une description ou de quelque autre façon de manière à faire à croire au public qu'il s'agit des marchandises ou de l'entreprise d'une autre personne constitue un délit civil donnant matière à des poursuites à la demande de cette autre personne. Cette forme de préjudice, selon la formule assez lourde communément employée, consiste à faire passer ses marchandises ou son entreprise pour celles d'une autre personne et constitue l'exemple le plus important du délit de tromperie dommageable, bien que les règles qui s'y appliquent soient à ce point spéciales qu'il vaut mieux le considérer comme un domaine à part. Si l'on réduit les choses à l'essentiel, il y a *passing off* dès lors que les marchandises donnent une fausse impression, et que cette impression est destinée à induire en erreur. Dans ce cas, le droit vise à protéger les commerçants contre le type de concurrence déloyale qui consiste à s'approprier, par la tromperie, l'avantage de la réputation qu'ont pu établir des concurrents. Normalement, le défendeur essaie d'en profiter en faisant passer ses marchandises pour celles du demandeur... [C'est moi qui souligne.]

At page 403, the learned author examines the basis for the concept of passing off:

The courts have wavered between two conceptions of a passing-off action—as a remedy for the invasion of a quasi-proprietary right in a trade name or trade mark, and as a remedy, analogous to the action on the case for deceit, for invasion of the personal right not to be injured by fraudulent competition. The true basis of the action is that the passing off injures the right of property in the plaintiff, that right of property being his right to the goodwill of his business.

He concludes, at p. 404:

Indeed, it seems that the essence of the tort lies in the misrepresentation that the goods in question are those of another; . . .

The role played by the tort of passing off in the common law has undoubtedly expanded to take into account the changing commercial realities in the present-day community. The simple wrong of selling one's goods deceitfully as those of another is not now the core of the action. It is the protection of the community from the consequential damage of unfair competition or unfair trading. Professor Fleming, in his work the *Law of Torts* (6th ed.), reviews this development at p. 674:

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.

and the learned author later resumes the discussion at p. 676:

But not all harmful competition is unfair or unlawful. Most important, the countervailing public interest in free competition often demands priority: most prominently in the claim to use one's own surname honestly in business even at the cost of some confusion with a competitor, and in the use open to all of generic and descriptive, as distinct from fanciful, terms unless they have acquired a so-called secondary meaning by exclusive association with the plaintiff. [Emphasis added.]

À la page 403, le savant auteur étudie le fondement du concept du *passing off*:

[TRADUCTION] Les tribunaux ont hésité entre deux conceptions de l'action en *passing off*, soit en tant que recours en cas de violation du quasi-droit de propriété sur un nom commercial ou une marque de commerce et en tant que recours, analogue à l'action pour tromperie, pour atteinte au droit personnel à une protection contre tout préjudice découlant d'une concurrence frauduleuse. Le véritable fondement de l'action est que le *passing off* porte atteinte au droit de propriété du demandeur sur l'achalandage de son entreprise.

Il conclut, à la p. 404:

[TRADUCTION] À la vérité, il semble que ce délit civil consiste essentiellement à faire croire faussement que les marchandises en question sont celles de quelqu'un d'autre . . .

Nul doute que le rôle du délit civil de *passing off* en *common law* a été étendu de manière à tenir compte des réalités économiques de l'heure. Le simple délit de frauduleusement faire passer ses marchandises pour celles d'un autre n'est plus l'aspect principal de l'action. Il s'agit de nos jours de protéger la société contre les conséquences fâcheuses d'une concurrence déloyale ou des pratiques commerciales déloyales. Le professeur Fleming, dans son ouvrage *Law of Torts* (6<sup>e</sup> éd.), étudie cette tendance à la p. 674:

[TRADUCTION] De plus en plus, ce délit civil a été élargi de manière à s'appliquer à des pratiques commerciales «déloyales» qui dépassent de loin le cadre de l'ancien concept du *passing off* qui consistait en une vente de marchandises accompagnée d'une fausse déclaration quant à leur origine dans le but de tromper l'acheteur et de conquérir une partie du marché du demandeur.

puis le savant auteur ajoute à la p. 676:

[TRADUCTION] Mais ce n'est pas toute concurrence dommageable qui est déloyale ou illégale. Il est important de noter que, dans biens des cas, l'intérêt du public dans la libre concurrence doit primer. C'est notamment le cas de l'usage honnête de son nom de famille en affaires, même au risque d'une certaine confusion avec un concurrent; c'est le cas aussi de l'usage que tous peuvent faire de termes génériques et descriptifs, par opposition à des termes fantaisistes, à moins que ces termes n'aient acquis ce qu'on appelle une notoriété propre par une association exclusive avec le demandeur. [C'est moi qui souligne.]

The learned author of Prosser, *The Law of Torts* (4th ed.), also discusses passing off as a species of unfair competition, at pp. 957-58:

One large area of unfair competition is what may be called for lack of a better generic name false marketing, which used to be called "passing off," and still quite often goes by that designation. It consists of the making of some false representation to the public, or to third persons, likely to induce them to believe that the goods or services of another are those of the plaintiff. This may be done, for example, by counterfeiting or imitating the plaintiff's trade mark or trade name, his wrappers, labels or containers, his vehicles, the badges or uniforms of his employees, or the appearance of his place of business. The test laid down in such cases has been whether the resemblance is so great as to deceive the ordinary customer acting with the caution usually exercised in such transactions, so that he may mistake one for the other. The older rule was that there must be proof of a fraudulent intent, or conscious deception, before there could be any liability, and this is still occasionally repeated; but the whole trend of the later cases is to hold that it is enough, at least for purposes of injunctive relief, that the defendant's conduct results in a false representation, which is likely to cause confusion or deception, even though he has no such intention.

It is difficult, at first blush, to bring the conduct of the appellant within the concept of passing off. The appellant is selling precisely the same watch, coming from the same source, as the respondent. The watch is protected by a guarantee not in the respondent's name but in the name of the maker, Hattori. The quality of the product must have some bearing on the respondent's success and consequent development of business and goodwill in the trade. The watches sold in each branch of the trade, of course, were only and always those of Hattori. The respondent purports to bring itself within the classic definition of the doctrine by associating with the watch features which are unique to the selling technique employed by the respondent. The respondent is able to do this, so the argument goes, because of its contractual relationship with the supplier of Seiko watches, Hattori, which in turn supplies the respondent with the

Le savant auteur de Prosser, *The Law of Torts* (4<sup>e</sup> éd.) traite aussi le *passing off* comme une espèce de concurrence déloyale, aux pp. 957 et 958:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Un aspect important de la concurrence déloyale est ce qu'on peut appeler, à défaut d'un meilleur nom générique, la commercialisation sous de fausses apparences, ce qu'on appelait autrefois le *«passing off»*, appellation encore assez courante. Le délit <sup>b</sup> consiste à faire au public ou à des tiers de fausses déclarations qui les amèneront vraisemblablement à croire que les biens ou les services d'un autre sont ceux du demandeur. Cela peut se faire de différentes façons, <sup>c</sup> par exemple, par la contrefaçon ou l'imitation de la marque de commerce ou du nom commercial du demandeur, de ses emballages, de ses étiquettes ou contenants, de ses véhicules, des insignes ou des uniformes de ses employés ou de l'apparence de son lieu d'affaires. Le critère établi pour ces cas est de savoir si la ressemblance est à ce point grande que le client ordinaire <sup>d</sup> agissant avec la prudence dont on fait habituellement preuve dans de telles circonstances peut les confondre. Selon la règle antérieure, il devait y avoir preuve d'une intention frauduleuse ou d'une tromperie délibérée pour <sup>e</sup> qu'il y ait responsabilité et cette règle s'applique encore parfois aujourd'hui; mais la tendance qui se dégage de la jurisprudence récente est qu'il suffit, du moins pour obtenir un redressement par voie d'injonction, que la conduite du défendeur soit de nature à provoquer de la <sup>f</sup> confusion ou à induire en erreur, même si ce n'est pas là son intention.

Il est difficile, au premier abord, de voir en quoi la conduite de l'appelante peut constituer du *passing off*. L'appelante vend précisément la même <sup>g</sup> montre que l'intimée et la source en est exactement la même. La montre est protégée par une garantie non pas au nom de l'intimée, mais au nom du fabricant, Hattori. La qualité du produit, doit <sup>h</sup> être pour quelque chose dans la réussite de l'intimée et, partant, dans l'accroissement de son chiffre d'affaires et de son achalandage dans l'industrie. Dans chaque cas, les montres vendues étaient toujours et sans exception celles de Hattori. L'intimée essaie, en attribuant à la montre des caractéristiques propres à la méthode de vente employée par elle, d'établir que la théorie classique du *passing off* s'applique. Suivant l'argument de l'intimée, elle peut faire ce rapprochement à cause de <sup>i</sup> son contrat avec Hattori, le fournisseur des montres Seiko, qui l'autorise à limiter la garantie du <sup>j</sup>

power of limiting the manufacturer's warranty to watches sold by dealers authorized by the respondent. Axiomatically, the appellant and persons (such as Woolco and K-Mart) who, according to the evidence, carry on a like business, are unable to merchandise the watches in this manner, as they are not authorized dealers. The problem facing the respondent is that the logical extension of this proposal grants to a vendor, in the position of the respondent, a monopoly on the sale in Canada of a product to the same extent as it would enjoy if the product were subject to a patent of invention issued to the respondent under the *Patent Act* of Canada. A second *cul-de-sac* into which such a submission necessarily leads is that the common law, in its personal property sector, would thereby be recognizing a right to entail and control the sale of personal property, however legitimately acquired, where another person, in the position of the vendor, was also marketing the identical item of personal property. Such a principle is foreign to our law. This right to control resale would, it follows, flow not only to the respondent and all others upon whom the manufacturer wishes to bestow this protection, but to the manufacturer Hattori which, on terms presumably satisfactory to itself, released these watches into the distribution stream which eventually carried them to the appellant. Ironically, the manufacturer, with the profits from its sale of these watches in its pocket, could then, if this is the law, restrain the appellant from reselling these watches. A third consequence would be an inevitable collision between such a result, on one hand, and the common law doctrine with respect to restraint of trade and free competition, on the other hand.

The style of marketing employed by the respondent might, indeed, have produced market goodwill in the respondent in relation to its establishment, and in the business and undertaking carried on by its authorized dealers. Efficiency, organization and energy no doubt will always, when coupled with what the record describes as an essentially good and sound product, produce a competitive edge, sometimes referred to as goodwill. Here, that commercial truism, if permitted,

fabricant aux montres vendues par des concessionnaires agréés par l'intimée. Il va sans dire que l'appelante et les entités (comme Woolco et K-Mart) qui, d'après la preuve, exploitent le même genre d'entreprise, ne peuvent pas commercialiser les montres de cette façon, puisqu'elles ne sont pas des concessionnaires agréés. La faille dans l'argument de l'intimée est que, poussé à son aboutissement logique, il accorde à tout vendeur qui se trouve dans la situation de l'intimée le même type de monopole à l'égard de la vente au Canada d'un produit quelconque qu'aurait ce vendeur si le produit en question faisait l'objet d'un brevet d'invention délivré en vertu de la *Loi sur les brevets* du Canada. De plus, cet argument bute inévitablement contre un second obstacle, savoir qu'il entraîne la conclusion que la *common law* en matière de biens meubles reconnaît ainsi un droit d'imposer des restrictions à la vente de biens meubles, même légitimement acquis, chaque fois qu'une autre personne, dans une situation analogue à celle du vendeur, vend des articles identiques. Ce principe est étranger à notre droit. Il s'ensuit que ce droit de limiter la revente pourrait être exercé non seulement par l'intimée et par tous les autres bénéficiaires de cette protection offerte par le fabricant, mais aussi par le fabricant Hattori qui, vraisemblablement à des conditions qui lui convenaient, a placé ces montres dans le réseau de distribution qui les a finalement acheminées jusqu'à l'appelante. Chose ironique, si la loi permettait cela, le fabricant, avec les profits de la vente de ces montres en poche, pourrait alors empêcher l'appelante de les revendre. Une troisième conséquence serait un conflit inévitable entre d'une part ce résultat et d'autre part les principes de *common law* relatifs aux restrictions à la liberté du commerce et à la libre concurrence.

Il se peut fort bien que la technique de commercialisation employée par l'intimée ait engendré un achalandage non pas seulement pour l'intimée elle-même, mais aussi pour ses concessionnaires agréés. Sans aucun doute, l'efficacité, la bonne organisation et le dynamisme associés à ce que le dossier appelle un produit qui est foncièrement de bonne qualité, donneront toujours un léger avantage sur le marché, ce qu'on désigne parfois par l'expression «achalandage». Si, en l'espèce, on autorisait ce



would run away with the principle of passing off. The appellant, put in its worst light, is offering to the Canadian public the alternative of buying a genuine Seiko watch unsupported by a manufacturer's warranty. Presumably, the appellant is able to offer a watch in such condition at a lower price than some or all of the authorized Seiko dealers, and this is one possible source of anxiety on the part of the respondent. That is not to say that the respondent would not have a legitimate trade interest in stifling this competition because of the inconvenience, if not added cost, arising in the respondent's business at its repair depots. There, the respondent, according to the record, has received for repair under a claimed warranty right, "spurious" watches, that is, Seiko watches which had been sold outside the Seiko distribution network. No doubt there is some cost in rejecting these applications for service. There is, however, no evidence on the record that any such activity occurred during what we have referred to above as the second period when the interim injunction was extant. Nor is any argument made that the respondent cannot recover such warranty service costs from Hattori.

If anything further need be said to distinguish the commercial activity of the appellant from that condemned by the rule in passing off, attention should be drawn to the fact that the passing off rule is founded upon the tort of deceit, and while the original requirement of an intent to deceive died out in the mid-1800's, there remains the requirement, at the very least, that confusion in the minds of the public be a likely consequence by reason of the sale, or proffering for sale, by the defendant of a product not that of the plaintiff's making, under the guise or implication that it was the plaintiff's product or the equivalent. See: *Millington v. Fox* (1838), 3 M. & Cr. 338, at p. 352; *Perry v. Truefitt* (1842), 6 Beav. 66, at p. 68, 49 E.R. 749, at p. 750; *Cellular Clothing Co. v. Maxton & Murray*, [1899] A.C. 326, at p. 334. Here, nothing of that nature is present. Indeed, once the interim injunction commenced to operate, it is difficult to understand how the watch-buying public would purchase a watch from the appellant and leave their premises with the idea that Hat-

truisme commercial, il subtiliserait le principe du *passing off*. Si on met les choses au pire, l'appelante offre au public canadien la possibilité d'acheter une véritable montre Seiko, mais sans la garantie du fabricant. Vraisemblablement, l'appelante peut ainsi vendre cette montre à un prix inférieur à celui pratiqué par au moins certains sinon tous les concessionnaires Seiko agréés, ce qui explique peut-être en partie l'inquiétude de l'intimée. Toutefois, il n'est pas dit que l'intimée n'aurait pas légitimement intérêt à supprimer cette concurrence sinon en raison des coûts supplémentaires, du moins à cause des ennuis que cela entraîne pour ses centres de service. En effet, il ressort du dossier que l'intimée a reçu des montres «suspectes» à réparer, censément en vertu d'une garantie, c'est-à-dire des montres Seiko vendues hors du réseau de distribution Seiko. Assurément, le rejet de ces demandes de réparation occasionne certains frais. Toutefois, à la lecture du dossier, il n'y a rien qui indique que de tels cas se sont présentés au cours de ce que nous avons appelé la seconde période visée par l'injonction provisoire. De plus, on n'a pas fait valoir que l'intimée ne peut récupérer auprès de Hattori les frais de réparations effectuées en vertu de la garantie.

Si besoin est de faire une autre distinction entre les activités commerciales de l'appelante et le type d'activités interdites par la règle du *passing off*, il faut se rappeler que cette règle est fondée sur le délit civil de tromperie et, bien que depuis le milieu du dix-neuvième siècle l'intention de tromper ne soit plus nécessaire, il faut à tout le moins que la confusion dans l'esprit du public soit une conséquence probable de la vente ou de la mise en vente par le défendeur d'un produit non fabriqué par le demandeur et que l'on fait passer pour le produit du demandeur ou l'équivalent. Voir les affaires *Millington v. Fox* (1838), 3 M. & Cr. 338, à la p. 352; *Perry v. Truefitt* (1842), 6 Beav. 66, à la p. 68, 49 E.R. 749, à la p. 750; *Cellular Clothing Co. v. Maxton & Murray*, [1899] A.C. 326, à la p. 334. En l'espèce, cet élément est totalement absent. En vérité, une fois l'injonction provisoire en vigueur, on comprend mal comment les consommateurs auraient pu acheter une montre de l'appelante et quitter ses locaux avec l'idée que Hattori ou sa mandataire l'intimée, ou les mandataires de

tori, or its agent the respondent, or its agents the authorized dealers, would somehow service the watch. Indeed, the injunction was designed by the respondent and adopted by the Court below for that very purpose. The article of commerce sold by the contending parties hence is identical. The peripherals of presentation of the product to the public, in some circumstances, might support some exclusive rights in the market as against others seeking to supply the same product to the market, but in the circumstances of this case, no support in the law for such relief has been exposed.

A moment should be devoted to a discussion of the other element said to distinguish the "product" of the respondent from that of the appellant, and I refer to "point of sale service". This had to do with the help offered by the jeweller, as an authorized dealer of the respondent, in adjusting the bracelet and in informing the purchaser as to the workings of the watch. There is nothing in the record to indicate that this service was of any commercial value, but in the circumstances, a court should perhaps incline in favour of the plaintiff (here respondent) without emphasis on the onus of demonstration. On the other hand, if this minimal service were deleted from the "package" offered by the respondent, then it is a simple question as to whether sale of a watch with a warranty and sale of the same watch without a warranty is a different product, or whether it is one and the same product. If one were to elevate the point of sale service to the level of being an element of a product, then a quasi-monopolistic protection under the doctrine of passing off would arise in one who adopts any merchandising style, or in the modern vernacular "gimmick", which had theretofore not been adopted in his neighbourhood by a competitor when selling a "name-brand" product. No case drawn to our attention extends the passing off umbrella to those limits. I therefore conclude that the classic action of passing off is not here available to the respondent.

But the respondent goes on to urge that the circumstances here demonstrated fall within a doctrine referred to in argument, and, indeed, in some of the literature on the subject, as the "extended action" in passing off. This doctrine is said to have

celle-ci, en l'occurrence les concessionnaires agréés, s'occuperaient de réparer la montre. C'est d'ailleurs dans ce but précis que l'intimée a obtenu l'injonction de la cour d'instance inférieure. L'article vendu par les deux parties est donc identique. Le mode de présentation du produit au public pourrait, dans certaines circonstances, appuyer certains droits exclusifs sur le marché qu'on peut faire valoir contre d'autres personnes qui essaient de fournir le même produit, mais, en l'espèce, on n'a pas établi de fondement juridique à ce recours.

Attardons-nous un instant sur l'autre élément, savoir «le service offert par le vendeur», qui est censé rendre le «produit» de l'intimée différent de celui de l'appelante. Le type de service en question, rendu par le bijoutier en sa qualité de concessionnaire agréé de l'intimée, consiste à ajuster le bracelet et à renseigner l'acheteur sur le fonctionnement de la montre. Rien dans le dossier ne permet de conclure que ce service avait la moindre valeur commerciale, mais, dans les circonstances, une cour devrait peut-être pencher en faveur de la demanderesse (l'intimée en cette Cour) sans insister sur l'obligation de faire une démonstration. Si par contre, ce service minime n'était plus offert par l'intimée, la question alors serait simplement de savoir si une montre vendue avec une garantie est un produit qui diffère de la même montre vendue sans garantie ou s'il s'agit d'un seul et même produit. Si on devait ériger le service offert par le vendeur en un élément d'un produit, alors la théorie du *passing off* s'appliquerait de manière à conférer une protection quasi monopolistique à quiconque adopte un mode de commercialisation ou, comme on dit dans le langage courant, un «truc publicitaire» non encore employé par un concurrent de son voisinage dans la vente d'un produit «de marque». On ne nous a signalé aucune décision qui donne au *passing off* une portée aussi vaste. Je conclus donc qu'en l'espèce l'intimée ne peut invoquer l'action traditionnelle en *passing off*.

Mais l'intimée allègue en outre que les circonstances de la présente instance relèvent de ce qu'on a appelé au cours des plaidoiries [TRADUCTION] «l'action élargie» en *passing off*, expression qui figure même dans certains ouvrages sur le sujet.

evolved from the progressive discussions of the action for passing off in three cases in the United Kingdom: *A. G. Spalding & Bros. v. A. W. Gamage Ltd.* (1915), 32 R.P.C. 273; *Bollinger v. Costa Brava Wine Co. (No. 1)*, [1959] 3 All E.R. 800, [1960] R.P.C. 16, and (*No. 2*), [1961] 1 All E.R. 561; [1961] R.P.C. 116; and *Warnink, supra*.

In the *Spalding* case, the House of Lords considered a course of commercial conduct by a defendant in the marketing of a discontinued product of the plaintiff (soccer balls), as the "improved" product recently brought to the market by the plaintiff. The defendant thereafter sought to rectify any harm done by its first advertisement by a second advertisement, which made reference to a description of the discarded balls using terms which the Court found had been long associated by the public with the plaintiff's product. Lord Parker of Waddington discussed the tort of passing off, at p. 284, as follows:

A cannot, without infringing the rights of B, represent goods which are not B's goods or B's goods of a particular class or quality to be B's goods or B's goods of that particular class or quality. The wrong for which relief is sought in a passing-off action consists in every case of a representation of this nature.

My Lords, the basis of a passing-off action being a false representation by the defendant, it must be proved in each case as a fact that the false representation was made.

and then described the test to determine the presence of the tort of passing off on the same page as:

... whether the defendant's use of such mark, name, or get-up is calculated to deceive.

It should be added at this point that "calculated to deceive" means, in the words of Lord Diplock, that such deception or confusion is a "reasonably foreseeable consequence" of the conduct in question. See *Warnink, supra*, at pp. 932-33.

On the facts of *Spalding*, the trial judge and the House of Lords concluded that the acts of the

On prétend que cette théorie est le résultat de l'évolution progressive traduite par trois décisions du Royaume-Uni portant sur l'action en *passing off*: *A. G. Spalding & Bros. v. A. W. Gamage Ltd.* (1915), 32 R.P.C. 273; *Bollinger v. Costa Brava Wine Co. (N° 1)*, [1959] 3 All E.R. 800, [1960] R.P.C. 16, et (*N° 2*), [1961] 1 All E.R. 561; [1961] R.P.C. 116; et *Warnink*, précitée.

Dans l'arrêt *Spalding*, la Chambre des lords avait à étudier une situation où une défenderesse avait vendu un produit (des ballons de football) que la demanderesse avait cessé de fabriquer en les faisant passer pour le produit [TRADUCTION] «amélioré» récemment lancé sur le marché par celle-ci. Dans une tentative de réparation du tort causé par sa première annonce publicitaire, la défenderesse en a publié une seconde qui décrivait ces ballons en employant des termes que, de l'avis de la Cour, le public reliait depuis longtemps au produit de la demanderesse. Lord Parker of Waddington fait l'analyse suivante du délit civil de *passing off*, à la p. 284:

[TRADUCTION] A ne peut, sans violer les droits de B, faire passer pour des marchandises de B des marchandises qui ne sont pas celles de B, ni faire passer pour des marchandises de B d'une catégorie ou d'une qualité particulière des marchandises de B qui ne sont pas de cette catégorie ou qualité. Dans chaque cas, c'est précisément là le tort qu'on essaie de faire réparer dans une action en *passing off*.

Or, puisque l'action en *passing off* est fondée sur une fausse déclaration du défendeur, il faut établir dans chaque cas la réalité de sa fausse déclaration.

Puis, à la même page, il dit que, pour déterminer s'il y a eu délit civil de *passing off*, il faut se demander:

[TRADUCTION] ... si l'usage de cette marque, nom ou présentation par le défendeur est de nature à tromper.

Il faut préciser ici que l'expression «de nature à tromper» signifie, pour employer les termes de lord Diplock, que la tromperie ou la confusion est une [TRADUCTION] «conséquence raisonnablement prévisible» de la conduite en question. Voir l'arrêt *Warnink*, précité, aux pp. 932 et 933.

Compte tenu des faits de l'affaire *Spalding*, le juge de première instance et la Chambre des lords

defendant were "hardly consistent with fair or honest trade" and concluded: "There is nothing in the subsequent advertisements pointing to a desire on the part of the Defendants to undo the harm they had done by their first advertisements. Indeed, I am not sure that the subsequent advertisements are not so framed as to strengthen a belief induced by the first . . . [advertisements]."

This is hardly the situation here. The corrective measure was designed by the plaintiff-respondent and adopted by the Court on the interlocutory application of the respondent to enable the buyer to ascertain precisely the terms of the offered sale; and to protect the respondent's trade pending the disposition of the action. The soccer balls had been discarded by the plaintiff-manufacturer as waste material and excluded from public sale. Here the manufacturer had placed the watches in question in the market stream just as was done by the manufacturer with the watches sold to the public by the respondent.

The principles of passing off were said to have been further expanded or modernized in the United Kingdom in the decision of Danckwerts J. in *Bollinger v. Costa Brava Wine Co. (No.1)*, *supra*, where the issue was whether plaintiffs associated with the marketing of champagne produced in the district of France bearing that name could obtain an injunction prohibiting the marketing in the United Kingdom of a Spanish wine said to have similar characteristics, under the name "Spanish Champagne". Unlike the *Spalding* case, the defendant was not faced with an allegation of marketing the discarded goods of the plaintiff under a deceptive description indicating to the buying public that the goods were regular products of the plaintiff. Moreover, the defendant did not represent that the goods were identical with, or the same as, the goods which the plaintiffs were marketing in the U.K. In *Bollinger (No. 1)* the defendant advised the public that the wine came not from France but from Spain. The key issue was whether the defendant could arrogate to its wine the word "Champagne", and thereby succeed to any benefits which had accrued to the plaintiffs by reason of the word "Champagne" having become known

ont conclu que les actes de la défenderesse n'étaient [TRADUCTION] «guère compatibles avec des pratiques commerciales loyales ou honnêtes» et que [TRADUCTION] «Rien dans les annonces subséquentes n'exprime un désir de la part de la défenderesse de réparer le tort causé par les premières annonces. En fait, je ne suis pas sûr qu'elles ne sont pas formulées de manière à renforcer l'impression créée par les premières . . . [annonces].»

C'est loin d'être la situation en l'espèce. Le correctif a été conçu par la demanderesse-intimée et adopté par la cour par suite de la demande d'injonction interlocutoire présentée par celle-ci, pour permettre à l'acheteur de connaître avec exactitude les conditions de vente et pour protéger le commerce de l'intimée en attendant l'issue de l'action. La demanderesse (la fabricante) avait mis les ballons de football au rebut, les excluant ainsi de la vente publique. Ici, par contre, la fabricante avait placé les montres en question sur le marché de la même façon qu'elle l'avait fait dans le cas des montres vendues par l'intimée.

On dit qu'au Royaume-Uni les principes du *passing off* ont encore été élargis ou modernisés dans le jugement du juge Danckwerts dans l'affaire *Bollinger v. Costa Brava Wine Co. (N° 1)*, précitée. La question y était de savoir si des demandereses qui se livraient à la commercialisation de champagne produit dans la région de la France qui porte ce nom pouvaient obtenir une injonction qui aurait empêché la vente au Royaume-Uni, sous le nom «*Spanish Champagne*», d'un vin espagnol qui était censé posséder les mêmes caractéristiques que le champagne français. Contrairement à l'affaire *Spalding*, on ne reprochait pas à la défenderesse d'avoir vendu des marchandises mises au rebut par la demanderesse, en faisant croire au public par une description trompeuse qu'il s'agissait du produit ordinairement vendu par la demanderesse. De plus, la défenderesse n'a pas fait passer les marchandises en question pour identiques à celles vendues par les demandereses au Royaume-Uni. Dans l'affaire *Bollinger (N° 1)*, la défenderesse a bien informé le public que le vin ne provenait pas de France mais d'Espagne. La question essentielle était de savoir si la défenderesse pouvait s'arroger pour son vin le

in the market as associated with wine produced by the plaintiffs from grapes grown in the District of Champagne in France. In meeting this issue, Danckwerts J. discussed the inclusion of the concept of unfair competition in the action of passing off at p. 805:

The well-established action for "passing off" involves the use of a name or get-up which is calculated to cause confusion with the goods of a particular rival trader, and I think that it would be fair to say that the law in this respect has been concerned with unfair competition between traders rather than with the deception of the public which may be caused by the defendant's conduct, for the right of action known as a "passing-off action" is not an action brought by the member of the public who is deceived but by the trader whose trade is likely to suffer from the deception practised on the public but who is not himself deceived at all.

As to the immediate issue of the right in the plaintiffs to prevent the defendant from using the geographic name, which had been used without any special right or grant in law by the plaintiffs, the Court in finding for the plaintiffs stated at pp. 810-11:

There seems to be no reason why such licence should be given to a person, competing in trade, who seeks to attach to his product a name or description with which it has no natural association so as to make use of the reputation and goodwill which has been gained by a product genuinely indicated by the name or description. In my view, it ought not to matter that the persons truly entitled to describe their goods by the name and description are a class producing goods in a certain locality, and not merely one individual. The description is part of their goodwill and a right of property. I do not believe that the law of passing off, which arose to prevent unfair trading, is so limited in scope.

Danckwerts J. found the plaintiffs had developed a goodwill or reputation in the market by associating its product with the region of origin. Deliberate employment of this name by another trader for the purpose of enhancing the trade operations of such

mot «Champagne» et donc profiter des avantages dont jouissaient les demanderesse du fait qu'il était notoire sur le marché que ce mot désigne un vin produit par les demanderesse à partir de raisins de la Champagne en France. Dans son examen de cette question, le juge Danckwerts a traité de l'inclusion du concept de la concurrence déloyale dans l'action en *passing off*, à la p. 805:

[TRADUCTION] L'action bien connue en «*passing off*» consiste en l'utilisation d'un nom ou d'une présentation destiné à faire confondre des marchandises avec celles d'un concurrent en particulier, et, selon moi, il serait juste de dire qu'à cet égard la loi s'intéresse à la concurrence déloyale entre commerçants plutôt qu'à la tromperie dont le public peut être victime en raison de la conduite de la demanderesse, car l'action dite «en *passing off*» n'est pas intentée par le membre du public qui a été induit en erreur, mais par le commerçant dont le commerce risque de subir un préjudice par suite de la tromperie pratiquée à l'endroit du public, mais sans qu'il soit lui-même le moins trompé.

Sur la question fondamentale de savoir si les demanderesse pouvaient à bon droit empêcher la défenderesse d'utiliser le nom géographique jusqu'alors employé par les demanderesse sans autorisation ni droit particuliers, la cour s'est prononcée en faveur de ces dernières, disant aux pp. 810 et 811:

[TRADUCTION] Il semble ne pas y avoir de raison pour laquelle on devrait accorder une telle liberté à une personne active dans le commerce et qui veut faire associer à son produit un nom ou une description n'ayant aucun lien naturel avec ce produit, de manière à tirer profit de la bonne réputation et de l'achalandage acquis par un produit auquel cette description s'applique vraiment. À mon avis, il importe peu que les véritables titulaires du droit de décrire des marchandises par les nom et description en question soient une catégorie de producteurs de marchandises dans une localité précise, et non pas simplement une seule personne. La description fait partie de leur achalandage et ils ont sur elle un droit de propriété. Selon moi, le droit relatif au *passing off* qui vise à empêcher les pratiques commerciales déloyales, n'a pas une portée aussi restreinte.

Le juge Danckwerts a conclu que les demanderesse avaient établi un achalandage ou une réputation grâce au lien entre leur produit et la région d'origine de celui-ci. De l'avis de la cour, l'emploi délibéré de ce nom par un concurrent en vue

other trader was, in the Court's view, the appropriation of another's right of property, namely his goodwill. This term goodwill is used in the sense that the word was used by Lord Macnaghten in *Inland Revenue Commissioners v. Muller & Co.'s Margarine, Ltd.*, [1901] A.C. 217, at p. 224: "It is the attractive force which brings in custom." In reaching this result, the Court in *Bollinger* relied upon *Draper v. Trist*, [1939] 3 All E.R. 513, where Lord Goddard stated at p. 526:

In passing-off cases, however, the true basis of the action is that the passing off by the defendant of his goods as the goods of the plaintiff injures the right of property in the plaintiff, that right of property being his right to the goodwill of his business.

That extension of the action of passing off, if it is an extension, does not reach the circumstances of this appeal. In *Bollinger*, the defendant did not pass off his goods as those of the plaintiffs, but directed attention unfairly to his goods by associating them with those of the plaintiffs, by the deliberate use of a name which had become associated in the market with the goods of the plaintiffs. The desired impression on the mind of the wine-buying public was that the product of the defendant was of the same standard of quality and acceptance as the wine of the plaintiffs. Here, the appellant sold the watches of Hattori under the Hattori trade mark, Seiko, to which the respondent had no more right in law than did the appellant. Had the appellant attempted to sell these watches after removing the Seiko trade mark, other rights would be offended and causes of action against the appellant would arise in someone but, perhaps, not including the respondent. The better analogy here would be to the buyer of a Chevrolet from an authorized dealer or source, who then sells the car without any status of dealership from the manufacturer. Assuming title to the car was lawfully acquired and that no misrepresentation of the condition of the vehicle and the right of warranty was made, would a duly authorized dealer of the manufacturer, or the manufacturer itself, or anyone else, have recourse to injunction to prevent such a sale of the Chevrolet? Clearly not, and the answer is the same whether the car be new or used. See *Morris*

d'améliorer son chiffre d'affaires équivaut à s'approprier la propriété d'autrui, en l'occurrence son achalandage. Ce terme «achalandage» est employé dans le sens que lui donnait lord Macnaghten dans l'arrêt *Inland Revenue Commissioners v. Muller & Co.'s Margarine, Ltd.*, [1901] A.C. 217, à la p. 224: [TRADUCTION] «Il s'agit de la force attractive qui fait venir les clients.» Pour arriver à cette conclusion, la cour dans l'affaire *Bollinger* s'est appuyée sur l'arrêt *Draper v. Trist*, [1939] 3 All E.R. 513, où lord Goddard dit à la p. 526:

[TRADUCTION] Toutefois, dans le cas des affaires portant sur le *passing off*, le véritable fondement de l'action est que le défendeur, en faisant passer ses marchandises pour celles du demandeur, porte atteinte au droit de propriété qu'a celui-ci sur l'achalandage de son entreprise.

Cette extension de l'action en *passing off*, s'il s'agit effectivement d'une extension, ne s'applique pas à la situation en l'espèce. Dans l'affaire *Bollinger*, la défenderesse n'a pas présenté ses marchandises comme celles des demandesses, mais les a injustement mises en valeur en les associant aux marchandises des demandesses par l'emploi délibéré d'un nom qui, sur le marché, évoquait les marchandises des demandesses. On a voulu créer chez les acheteurs de vin l'impression que le produit de la défenderesse était de mêmes qualité et acceptabilité que le vin des demandesses. En l'espèce, l'appelante a vendu des montres de Hattori sous la marque Seiko, soit la marque de commerce de Hattori; or, l'intimée pas plus que l'appelante n'avait de droit sur cette marque de commerce. Si l'appelante avait essayé de vendre les montres après avoir enlevé la marque de commerce Seiko, elle aurait porté atteinte à d'autres droits et fait naître un droit d'action contre elle chez d'autres personnes sans que l'intimée en ait nécessairement un. La meilleure analogie en l'espèce serait le cas d'une personne qui achète une voiture Chevrolet à un concessionnaire agréé et qui la revend sans que le fabricant lui ait accordé le statut de concessionnaire. À supposer que la propriété de la voiture ait été légalement acquise et qu'il n'y ait pas eu de fausse déclaration quant à l'état du véhicule et quant à l'existence d'une garantie, un concessionnaire dûment agréé par le fabricant, le fabricant lui-même ou quelqu'un

*Motors, Ltd. v. Lilley*, [1959] 3 All E.R. 737. Different considerations might apply where the action may be founded in trade mark legislation. No authorities were advanced by the respondent where such restriction on disposition of personal property was upheld.

On the return of the action for trial, the plaintiffs succeeded on the finding by the Court that the use of the name "Spanish Champagne" was intended "to attract the goodwill connected with the reputation of the [plaintiffs'] 'Champagne' to the Spanish product": [1961] 1 All E.R. 561, at p. 568.

The respondent, and indeed some of the text-writers, find the true version of the "extended passing off" doctrine in the more recent judgments of the House of Lords in *Warnink, supra*. On the facts, it is essentially the same as *Bollinger*, substituting spirits and sherry for champagne, and substituting Netherland suppliers for the role played by the wine producers of the district of Champagne. The case is useful here, not for its facts or the disposition, but for its discussion of the pathology of the tort of passing off. Indeed, on the facts, it is clearly against the essential position taken by the respondent, for the Court found that anyone truly producing the drink, long established in the United Kingdom market by the Netherland producers and sold under the name Advocaat, could market his product under the name Advocaat. The defendants marketed their product under that name, but it was not made from the same ingredients as the product which the Netherland suppliers had long marketed in the United Kingdom under that name. What was forbidden was the marketing of any other drink under the name Advocaat, or any other name incorporating it such as that used by the defendants "Old English Advocaat". By analogy, the appellant here could market, under the name Seiko, watches made by Hattori and (barring patent and trade mark considerations) other makers of Seiko

d'autre pourrait-il chercher par voie d'injonction à empêcher la vente de la voiture? Bien sûr que non, et la réponse sera la même qu'il s'agisse d'une voiture neuve ou d'une voiture d'occasion. Voir l'affaire *Morris Motors, Ltd. v. Lilley*, [1959] 3 All E.R. 737. Toutefois, il pourrait en être autrement lorsqu'il s'agit d'une action fondée sur la législation en matière de marques de commerce. L'intimée n'a pu citer aucune décision qui impose une telle restriction au droit de disposer de biens meubles.

En première instance, les demandereses ont obtenu gain de cause parce que la cour a conclu que l'emploi du nom «*Spanish Champagne*» avait pour objet [TRADUCTION] «d'attirer au produit espagnol l'achalandage conquis par la réputation du «champagne» [des demandereses]»: [1961] 1 All E.R. 561, à la p. 568.

L'intimée, comme d'ailleurs certains auteurs de doctrine, soutient que la version correcte de la théorie «élargie» du *passing off* se dégage d'un arrêt plus récent de la Chambre des lords, savoir l'arrêt *Warnink*, précité, dont les faits sont essentiellement les mêmes que ceux de l'affaire *Bollinger*. Il s'agit en effet de substituer des spiritueux et du xérès au champagne et de substituer des fournisseurs néerlandais aux viticulteurs de la Champagne. Toutefois, l'intérêt de l'arrêt *Warnink* en l'espèce tient non pas à ses faits ni à la solution retenue, mais à l'analyse qu'il contient du délit civil de *passing off*. D'ailleurs, d'après les faits, l'arrêt *Warnink* n'appuie manifestement pas l'argument fondamental de l'intimée, car la cour a conclu que tout véritable producteur de la boisson que des producteurs néerlandais vendaient depuis longtemps sur le marché du Royaume-Uni sous le nom d'Advocaat, pourrait également vendre son produit sous le nom d'Advocaat. Les défenderesses ont commercialisé leur produit sous ce nom sauf qu'il n'était pas fait à partir des mêmes ingrédients que celui que les fournisseurs néerlandais avaient depuis longtemps commercialisé au Royaume-Uni sous le même nom. Ce qui était défendu, c'était la vente d'une autre boisson sous le nom d'Advocaat ou sous tout autre nom qui le comprenait, par exemple le nom «Old English Advocaat» employé par les défenderesses. Par analogie, l'appelante en

watches would not be able to invoke the *Warnink* judgment. Indeed, Diplock L.J. started with the proposition that the plaintiffs had no cause of action "for passing off in its classic form" (p. 930) because it could not be shown that a purchaser of the defendant's product "supposed or would be likely to suppose it to be goods supplied" (p. 930) by the plaintiffs. But His Lordship went on to consider the broader application of the action and commented, at p. 931:

Unfair trading as a wrong actionable at the suit of other traders who thereby suffer loss of business or goodwill may take a variety of forms, to some of which separate labels have become attached in English law. Conspiracy to injure a person in his trade or business is one, slander of goods another, but most protean is that which is generally and nowadays, perhaps misleadingly, described as 'passing off'. The forms that unfair trading takes will alter with the ways in which trade is carried on and business reputation and goodwill acquired.

All this apparently started with *Spalding*, *supra*, which Diplock L.J. considered (at pp. 932-33) as having established:

... five characteristics which must be present in order to create a valid cause of action for passing off: (1) a misrepresentation (2) made by a trader in the course of trade, (3) to prospective customers of his or ultimate consumers of goods or services supplied by him, (4) which is calculated to injure the business or goodwill of another trader (in the sense that this is a reasonably foreseeable consequence) and (5) which causes actual damage to a business or goodwill of the trader by whom the action is brought or (in a *quia timet* action) will probably do so.

To the same effect are the comments of Lord Fraser at pp. 943-44:

l'espèce pouvait vendre sous le nom Seiko des montres fabriquées par Hattori et (sauf des considérations de brevets et de marques de commerce) d'autres fabricants de montres Seiko seraient irrecevables à invoquer l'arrêt *Warnink*. De fait, le lord juge Diplock a pris pour point de départ la proposition selon laquelle les demanderessees n'avaient aucune cause d'action [TRADUCTION] «pour *passing off* au sens traditionnel» (à la p. 930), et cela en raison de l'impossibilité d'établir qu'un acheteur du produit de la défenderesse [TRADUCTION] «le prendrait vraisemblablement pour des marchandises fournies» (à la p. 930) par les demanderessees. Mais, sa Seigneurie est passée à l'examen de l'application de l'action au sens plus large, disant à la p. 931:

[TRADUCTION] Les pratiques commerciales déloyales en tant que délit donnant lieu à des poursuites par d'autres commerçants qui, par suite de ces pratiques, perdent des affaires ou leur achalandage, peuvent revêtir différentes formes dont certaines ont une dénomination propre en droit anglais. Le complot en vue de léser une personne dans son commerce ou son entreprise en est un exemple, la dépréciation déloyale de la qualité des marchandises en est une autre, mais de loin le plus protéiforme est ce qu'on appelle généralement de nos jours, bien que cette appellation puisse être trompeuse, le «*passing off*». Les diverses formes de pratiques commerciales déloyales varieront en fonction des méthodes commerciales, de la réputation de l'entreprise et de l'achalandage acquis.

Il appert que cette tendance a été amorcée par l'affaire *Spalding*, précitée, qui, selon le lord juge Diplock, établit que, aux pp. 932 et 933:

[TRADUCTION] ... cinq éléments sont nécessaires pour qu'il y ait une cause valide d'action en *passing off*: (1) une fausse déclaration (2) faite par un commerçant dans le cadre de son activité commerciale, (3) à ses clients éventuels ou aux consommateurs des marchandises ou des services fournis par lui, (4) cette fausse déclaration ayant pour objet de porter préjudice à l'entreprise ou l'achalandage d'un autre commerçant (en ce sens qu'il s'agit là d'une conséquence raisonnablement prévisible) et (5) qui nuit effectivement à l'entreprise ou à l'achalandage du commerçant qui introduit l'action ou, (dans le cas d'une action dite *quia timet*) y nuira vraisemblablement.

Les observations de lord Fraser vont dans le même sens aux pp. 943 et 944:



It is essential for the plaintiff in a passing-off action to show at least the following facts: (1) that his business consists of, or includes, selling in England a class of goods to which the particular trade name applies; (2) that the class of goods is clearly defined, and that in the minds of the public, or a section of the public, in England, the trade name distinguishes that class from other similar goods; (3) that because of the reputation of the goods there is goodwill attached to the name; (4) that he, the plaintiff, as a member of the class of those who sell the goods, is the owner of goodwill in England which is of substantial value; (5) that he has suffered, or is really likely to suffer, substantial damage to his property in the goodwill by reason of the defendants selling goods which are falsely described by the trade name to which the goodwill is attached.

In both reasons for judgment, it is damage to goodwill gained through the "reputation of the type of product" (*per* Lord Diplock, at p. 937) by reason of its "recognizable and distinctive qualities".

Only a moment's consideration is required to recognize that none of this "extended doctrine" has even a remote connection to the conduct complained of here. The watches are not, in the words of Lord Fraser, "falsely described" (p. 944) by the appellant. Indeed, they are sold under the original, and only, trade mark. Both parties, as vendors, gave the retail buyer a form of guarantee issued by a third party, Hattori. In each case, the buyer faced the enforcement of a guarantee to which the vendor was not a party. There is nothing before us to indicate that the respondent gave the buyer a legally enforceable assurance that its policy of recognition of Hattori's guarantee would continue through each guarantee period. Likewise there is nothing to show, in a legal sense (albeit hopelessly impractical), that Hattori's guarantee was not enforceable by any purchaser. There is nothing to show that Hattori was able to recoup, through the respondent's price to the authorized dealer, the cost of the service of the warranty. Nor is there any evidence that Hattori had or had not done so when making the sale of the watches in question to the appellant's supplier, wherever and whenever

[TRADUCTION] Il est indispensable que le demandeur dans une action en *passing off* établisse au moins les faits suivants: (1) que son commerce consiste en totalité ou en partie à vendre en Angleterre une catégorie de marchandises à laquelle s'applique le nom commercial en question; (2) que cette catégorie de marchandises soit clairement définie et que, dans l'esprit du public anglais ou d'une partie de ce public, ce nom commercial distingue ladite catégorie de marchandises des autres marchandises de même nature; (3) qu'en raison de la renommée des marchandises, il y a un achalandage qui se rattache au nom; (4) que lui, le demandeur, en tant que membre de la catégorie des vendeurs des marchandises en question, possède un achalandage en Angleterre qui est d'une valeur considérable; (5) qu'il a subi ou qu'il court un risque réel de subir une atteinte grave à son droit de propriété sur cet achalandage du fait que les défenderesses vendent les marchandises faussement décrites par le nom commercial auquel se rattache l'achalandage.

Dans les motifs des deux lords juges, il s'agit d'une atteinte à l'achalandage acquis grâce à «la renommée du produit» (lord Diplock, à la p. 937), attribuable aux [TRADUCTION] «qualités reconnaissables et distinctives» de ce produit.

On se rend vite compte que cette «théorie élargie» n'a pas le moindre rapport avec la conduite présentement en cause. Les montres ne sont pas, pour reprendre les mots de lord Fraser, «faussement décrites» (à la p. 944) par l'appelante. Bien au contraire, on les vend sous la marque de commerce originale, la seule et unique marque de commerce. Les deux parties en leur qualité de venderesses donnaient à l'acheteur au détail une forme de garantie émanant d'un tiers, en l'occurrence Hattori. Dans les deux cas, l'acheteur avait à faire exécuter une garantie à laquelle la venderesse n'était pas partie. À ce que nous pouvons voir, l'intimée n'a jamais donné aux acheteurs une assurance ayant force exécutoire qu'elle continuerait à reconnaître la garantie de Hattori pendant toute la durée de celle-ci. De même, rien n'indique que, du point de vue juridique (malgré les difficultés insurmontables sur le plan pratique), un acheteur ne pouvait pas faire exécuter la garantie de Hattori. Il nous est impossible de conclure que, grâce au prix payé à l'intimée par les concessionnaires agréés, Hattori a pu récupérer les frais entraînés par l'exécution de la garantie. De plus, la preuve

that transaction took place. Finally, there is nothing in the record obliging either Hattori or the respondent to service the warranty issued to the retail purchaser over the name of Hattori.

Another practical consideration is the trade name on all the watches, "Seiko". These watches were inseparable from the Seiko trade mark in respect of which neither the respondent nor the appellant could acquire any rights. The trade mark itself distinguished the product from all others, and the "goodwill" likewise attached to the trade mark by reason of the inherent quality of the product. The respondent could not acquire a right (which could accrue under *Warnink, supra*) to prohibit the sale of identical products by others. Can the principles of passing off, either classic or extended, be stretched further by the point of sale activities of the respondent or by the voluntary assumption of the performance of the Hattori covenant of guarantee? This has become academic with the issuance, pending trial, of the interim injunction. The purchaser who buys from the appellant is left to his own devices should his watch require service during the warranty period. A purchaser might attempt to enforce the Hattori guarantee or attempt to obtain repair services elsewhere. That is the assumed risk of the purchaser, undertaken in full knowledge of the salient facts. Without a price benefit, it is difficult to see why a purchaser would take this risk. In any case, it is a transaction which cannot be interrupted by any action in passing off, classic or extended.

The transaction on which this appeal rests should be examined from one additional viewpoint. The record does not contain any contract between Hattori and the respondent with respect to performance of the international warranty. If the respondent is not, in law, bound to perform the Hattori covenant to repair, what assurance is there that, once insulated from any competition by

n'indique pas si Hattori avait pu effectuer une telle récupération lors de la vente des montres en question au fournisseur de l'appelante, quels qu'aient pu être le lieu et le moment de cette opération.

<sup>a</sup> Finalement, d'après le dossier, ni Hattori ni l'intimée ne sont tenues d'exécuter la garantie portant le nom de Hattori et donnée à l'acheteur au détail.

Passons maintenant à une autre considération d'ordre pratique, savoir le nom commercial «Seiko» qui figure sur toutes les montres. Ces montres et la marque de commerce Seiko sont indissociables et ni l'intimée ni l'appelante ne pouvaient acquérir de droits sur celle-ci. La marque de commerce à elle seule distingue le produit de tous les autres et l'«achalandage» de la marque de commerce découle de la qualité intrinsèque du produit. L'intimée ne pouvait devenir titulaire d'un droit (analogue à celui accordé par l'arrêt *Warnink*, précité) d'empêcher d'autres personnes de vendre des produits identiques. Les principes du *passing off*, dans sa forme traditionnelle ou dans sa forme élargie, peuvent-ils être assouplis davantage en raison des activités de l'intimée au moment de la vente ou du fait que celle-ci s'engage volontairement à exécuter la garantie de Hattori? Vu l'injonction provisoire rendue en attendant l'instruction, cette question ne revêt plus qu'un intérêt théorique. Celui qui achète chez l'appelante doit se débrouiller tout seul si sa montre a besoin d'être réparée pendant la durée de la garantie. On pourrait à ce moment-là essayer d'obtenir l'exécution de la garantie de Hattori ou encore essayer de faire réparer la montre ailleurs. Toutefois, il s'agit là d'un risque couru par l'acheteur en pleine connaissance de cause. On voit d'ailleurs mal pourquoi un acheteur prendrait ce risque, si ce n'est à cause du prix plus avantageux.

<sup>h</sup> En tout état de cause, il s'agit d'une opération qui ne peut faire l'objet d'aucune espèce d'action en *passing off*.

L'opération sur laquelle porte le présent pourvoi doit être examinée sous un dernier aspect. Aucun contrat entre Hattori et l'intimée relativement à l'exécution de la garantie internationale n'a été versé au dossier. Si l'intimée n'est pas juridiquement tenue à l'exécution de l'engagement de Hattori relativement aux réparations, comment peut-on savoir si, une fois mise à l'abri de toute

the continuance of the interlocutory injunction, the respondent would continue to honour the Hattori guarantee until the expiration of the successive warranties which commence with each retail sale? This situation exists so long as the respondent honours the Hattori warranty only because it is a wholly-owned subsidiary of Hattori. That consideration would, of course, end if Hattori decided to dispose of its interest in the respondent. In any case, if the respondent's performance of the guarantee is gratuitous, what cognizance should the Court take of its complaint that the appellant does not do likewise?

On the other hand, if Hattori has secured a covenant from its distributors to perform its warranty in exchange for a price reduction or other consideration, then the remedy lies with Hattori to enforce the covenant against the appellant through the diverter-distributor. If Hattori failed to protect itself in this, or any other way, it would be surprising to find that the law would come to its aid by affording a parallel remedy through Hattori's wholly-owned subsidiary, the respondent. Indeed, if such a recourse exists, Hattori would then be selling watches to the diverter, without price discount but with the diverter's covenant to perform the guarantee, and thus would recover a greater profit than Hattori would realize on the sales to its distributor, the respondent. With this profit in hand, Hattori, if the respondent's submissions carry the day, could then block the sale of such watches by the diverter's purchasers, and thereby keep its distributors and authorized dealers satisfied. The record is silent as to whether such a price differential exists in the Hattori distribution structure.

Either way, nothing supports the extension of a remedy in the field of passing off to the respondent. Hattori launched these watches into world commerce with a warranty attached in its own name. Hattori has already benefitted from the law by the Court's making permanent the interlocutory injunction because, in the result, Hattori is thereby freed from the obligation to perform, at least

concurrency grâce au maintien de l'injonction interlocutoire, l'intimée continuerait à respecter jusqu'à son expiration chaque garantie de Hattori qui entre en vigueur au moment de la vente au détail? Cette situation durera aussi longtemps que l'exécution de la garantie de Hattori par l'intimée tiendra uniquement au fait qu'elle est une filiale en propriété exclusive de Hattori. Bien sûr, cette considération ne jouerait plus si Hattori décidait d'aliéner sa participation dans l'intimée. De toute façon, si l'intimée exécute la garantie à titre gracieux, que devrait faire la Cour face à sa plainte que l'appelante n'en fait pas autant?

Par contre, si Hattori a obtenu un engagement de la part de ses distributeurs d'exécuter sa garantie en échange d'une réduction du prix ou d'autre considération, alors le recours de Hattori consiste à obtenir l'exécution de cet engagement contre l'appelante par l'intermédiaire du «distributeur-détourneur» qui lui a vendu les montres. Si Hattori a omis de se protéger de cette façon ou d'une autre, il serait étonnant de constater qu'il existe en droit un recours parallèle que Hattori pourrait exercer par le biais de sa filiale en propriété exclusive, en l'occurrence l'intimée. En fait, à supposer qu'un tel recours existe, Hattori se trouverait alors à vendre des montres au «détourneur» en question sans lui accorder de rabais, mais tout en obtenant de lui l'engagement d'exécuter la garantie, ce qui permettrait à Hattori de réaliser des profits plus importants que ceux recueillis dans le cas des ventes à des distributeurs comme l'intimée. Ainsi enrichie, Hattori, suivant l'argument de l'intimée, pourrait alors empêcher la vente de montres par les clients du «détourneur», faisant ainsi le bonheur de ses distributeurs et concessionnaires agréés. Le dossier ne permet pas d'établir si le système de distribution de Hattori comporte une telle différence quant au prix.

Dans l'un ou l'autre cas, rien ne justifie que le recours en *passing off* soit élargi de manière à s'appliquer à la situation de l'intimée. Lorsqu'elles ont été lancées sur le marché mondial par Hattori, ces montres étaient accompagnées d'une garantie en son nom. Sur le plan juridique, Hattori a déjà obtenu un avantage du fait que la cour a rendu permanente l'injonction interlocutoire. En effet,

through Canadian facilities, its guarantee to repair during the warranty period. As a practical matter, because of the cost of enforcement relative to the probable cost of repairs to these watches, Hattori is freed of most, if not all, of the warranty cost in respect of sales through the diverter. The courts, in the circumstances of this case, should leave to the retail purchaser and Hattori the settlement of the question as to who is responsible for the performance of the warranty. It is a long jump from there to the judicial recognition of a monopoly in the marketing of these watches in a vendor in the authorized distribution chain, particularly in the absence of trade mark or patent considerations.

The *Warnink* elements of passing off, at minimum, require an initial misrepresentation calculated to injure the business or goodwill of a trader in the same market, or which may be a reasonably foreseeable consequence, and which causes damage to the other trader. I am unable to find in this record any misrepresentation during the second period, which is essential to found a right in the respondent to enjoin the appellant generally from the selling of Seiko watches in any manner whatsoever. It must be remembered that the second injunction, and the only one under appeal, is expressed in these terms: the defendant (appellant) is "hereby permanently enjoined and restrained from advertising or selling 'Seiko' watches in Canada". To grant such an injunction, a court must conclude that the seller of personal property identified by a registered trade mark owned by a third party may not do so, if someone else is selling that property in some different mode, or with some different characteristic such as here, a one-year warranty to repair. For the reasons already mentioned above, I find no such right in our law.

I do not want to leave this subject, dealing as it does with the marketing of manufactured goods

grâce à cette injonction Hattori n'est plus tenue d'exécuter les réparations pendant la période de garantie, du moins pas dans ses ateliers canadiens. Du point de vue pratique, étant donné l'importance des frais occasionnés par toute tentative d'obtenir l'exécution de la garantie par rapport au coût vraisemblable des réparations, Hattori évite la majeure partie, sinon la totalité, des coûts entraînés par la garantie dans le cas de ventes par l'intermédiaire du «détourneur». Dans des circonstances comme celles de l'espèce, les tribunaux devraient permettre à l'acheteur au détail et à Hattori de régler entre eux la question de savoir qui est tenu à l'exécution de la garantie. De là à reconnaître à un vendeur qui fait partie du réseau des distributeurs agréés un monopole de commercialisation de ces montres, il y a loin, particulièrement en l'absence de considérations de marques de commerce ou de brevets.

Selon les éléments du *passing off* établis dans l'arrêt *Warnink*, il faut qu'il y ait eu tout au moins une fausse déclaration destinée à léser un concurrent dans son commerce ou dans son achalandage ou que cela en soit une conséquence raisonnablement prévisible et que, par suite de cette fausse déclaration, le concurrent subisse un préjudice réel. À la lecture du dossier, je ne puis relever aucune fausse déclaration faite au cours de la seconde période, ce qui est essentiel pour conclure que l'intimée a le droit d'empêcher de façon générale l'appelante de vendre, de quelque manière que se soit, des montres Seiko. Rappelons que la seconde injonction, la seule d'ailleurs qui est visée par le présent pourvoi, est ainsi formulée: la défenderesse (appelante) [TRADUCTION] «doit s'abstenir de façon permanente de faire de la publicité pour des montres «Seiko» ou de les vendre au Canada». La délivrance d'une telle injonction suppose que le tribunal a conclu que le vendeur d'un bien meuble identifié par une marque de commerce déposée détenue par un tiers, ne peut procéder à une telle vente si quelqu'un d'autre vend cette même marchandise de façon différente, ou avec une particularité quelconque, par exemple la garantie d'un an dont il s'agit en l'espèce. Pour les raisons déjà exposées, j'estime que notre droit ne permet rien de tel.

Avant de quitter le sujet de la vente d'articles fabriqués identifiés par une marque de commerce

identified by a registered trade mark, without stating that nothing was advanced herein by the respondent with reference to any rights flowing to it by way of a trade mark registered in the name of Hattori under the *Trade Marks Act* of Canada, R.S.C. 1970, T-10. Indeed, Hattori would be a requisite plaintiff if any such claim were made. Perhaps the respondent, if it held an appointment as a registered user of the registered trade mark, registered under the *Trade Marks Act* of Canada, would have the requisite status. See *Fox on Copyrights* (2nd ed. 1967), at pp. 440-41. Neither condition here exists. We therefore are not confronted with the situation before the Exchequer Court in *Remington Rand Ltd. v. Transworld Metal Co.*, [1960] Ex. C.R. 463.

For these reasons, I therefore would allow the appeal and direct that the order issued at trial be amended by the deletion therefrom of paragraph 2. The interlocutory injunction, granted on February 14, 1979, included an order to the appellant not to issue or distribute any Seiko warranty booklets. This provision did not subsequently appear in the permanent injunction issued after trial. The respondent apparently did not seek the restoration of this aspect of the injunction. This seems to be a proper result because it was Hattori, and not the respondent, who issued the guarantee, and Canadian purchasers should be left with their chances of forcing Hattori to perform this obligation. The appellant shall have its costs here and in the Court of Appeal, but shall have no costs with reference to the counterclaim. I would not vary the order as to the cost at trial because it is not entirely clear that the appellant gave, before the commencement of trial, the consent and undertaking with reference to the continuance of the interlocutory injunction which would have made the prosecution of the action through to judgment at trial unnecessary.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Fogler, Rubinoff, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

déposée, je tiens à faire remarquer qu'en l'espèce l'intimée n'a soulevé aucun point portant sur les droits qu'elle peut avoir du fait qu'une marque de commerce a été inscrite au nom de Hattori en vertu de la *Loi sur les marques de commerce* du Canada, S.R.C. 1970, chap. T-10. En fait, il aurait fallu alors que Hattori soit une demanderesse. Peut-être que si l'intimée était nommée usager inscrit de la marque de commerce déposée en vertu de la *Loi sur les marques de commerce* du Canada, elle aurait à ce moment-là la qualité requise. Voir *Fox on Copyrights* (2<sup>e</sup> éd. 1967), aux pp. 440 et 441. Ici, ni l'une ni l'autre condition n'a été remplie. Il ne s'agit donc pas ici de la même situation que celle qui s'est présentée à la Cour de l'Échiquier dans l'affaire *Remington Rand Ltd. v. Transworld Metal Co.*, [1960] R. C. de l'É. 463.

d Pour ces motifs, je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de modifier, par la suppression de son par. 2, l'ordonnance rendue en première instance. L'injonction interlocutoire accordée le 14 février 1979 interdisait notamment à l'appelante de délivrer ou de distribuer des livrets de garantie Seiko. Cette disposition n'a pas été reprise dans l'injonction permanente rendue à l'issue du procès. L'intimée n'a apparemment pas demandé le rétablissement de cet aspect de l'injonction. Cela semble être le résultat approprié parce que la garantie émane, non pas de l'intimée, mais de Hattori et parce que les acheteurs canadiens devraient avoir la possibilité de forcer Hattori à exécuter cette garantie. L'appelante a droit à ses dépens en cette Cour et en Cour d'appel, mais non à l'égard de la demande reconventionnelle. Je ne modifierai pas l'ordonnance rendue en première instance quant aux dépens parce qu'il n'est pas tout à fait clair que l'appelante, avant l'audience, ait donné le consentement et l'engagement relativement au maintien de l'injonction interlocutoire, ce qui aurait rendu inutile de continuer l'action jusqu'au stade du prononcé du jugement en première instance.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Fogler, Rubinoff, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

**James Richardson & Sons, Limited**  
*Appellant;*

and

**The Minister of National Revenue**  
*Respondent;*

and

**The Attorney General for Alberta, the  
Attorney General for Ontario and the  
Attorney General for New Brunswick**  
*Intervenors.*

File Nos.: 17152, 17168 and 17169.

1983: October 11; 1984: June 21.

Present: Laskin C.J.\* and Beetz, Estey, McIntyre,  
Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL

*Taxation — Income tax — Compliance check of  
futures traders — Section 231(3) demand made for  
identity of appellant's clients and for monthly state-  
ments — Demand challenged by certiorari and declara-  
tory proceedings — Whether or not demand validly  
made pursuant to s. 231(3) — If so, whether or not s.  
231(3) ultra vires or in violation of the Canadian  
Charter of Rights and Freedoms or Canadian Bill of  
Rights — Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63,  
ss. 221(1)(d), 231(3), 233, as amended.*

The Minister of National Revenue in a check on  
futures traders' compliance with the *Income Tax Act*  
demanded and received from the appellant confidential  
information about the trading activities of its customers  
in 1977 but was not given the means to identify  
individual accounts. Although the appellant had been  
told that other commodity brokers would also be  
approached to participate in the project, demands for  
information were made only on the appellant. On appel-  
lant's refusal to identify its customers' accounts,  
respondent served a formal demand under s. 231(3)  
of the Act. Later, similar demands were made with respect  
to 1978 and 1979. The Minister acknowledged that  
neither the broker nor any of its customers were the  
subject of investigation by the Department in respect of  
their tax liability. Appellant attacked the validity of  
these demands in *certiorari* and declaratory proceedings  
in the Federal Court. These actions, which were con-

\* The Chief Justice took no part in the judgment.

**James Richardson & Sons, Limited**  
*Appelante;*

et

<sup>a</sup> **Le ministre du Revenu national** *Intimé.*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général de l'Alberta, le  
procureur général de l'Ontario et le procureur  
général du Nouveau-Brunswick** *Intervenants.*

<sup>c</sup> N<sup>o</sup> du greffe: 17152, 17168 et 17169.

1983: 11 octobre; 1984: 21 juin.

Présents: Le juge en chef Laskin\* et les juges Beetz,  
Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

<sup>d</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Vérification de  
l'observation de la Loi par les négociants en denrées à  
terme — Demande d'identification des clients de l'ap-  
pelante et des états mensuels en vertu de l'art. 231(3) —  
Demande attaquée par certiorari et jugement declara-  
toire — Validité de la demande en vertu de l'art. 231(3)  
— Si oui, l'art. 231(3) est-il ultra vires de la Charte  
des droits et libertés ou de la Déclaration canadienne  
des droits ou les viole-t-il? — Loi de l'impôt sur le  
revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 221(1)d),  
231(3), 233, et modifications.*

Au cours d'une vérification de l'observation par les  
négociants en denrées à terme de la *Loi de l'impôt sur le  
revenu*, le ministre du Revenu national a demandé et  
reçu des renseignements confidentiels sur les opérations  
des clients de l'appelante en 1977 mais sans avoir les  
moyens d'identifier les comptes. Même si les autres  
courtiers en denrées devaient être traités de la même  
façon au cours de ce programme, on a seulement  
demandé à l'appelante d'identifier ses clients. Elle a  
refusé et l'intimé lui a signifié une demande formelle en  
vertu du par. 231(3) de la Loi exigeant que ces rensei-  
gnements avec les détails des états mensuels soient remis  
au ministère du Revenu national. Plus tard, on lui a fait  
d'autres demandes pour 1978 et 1979. Le Ministre a  
reconnu que ni le courtier, ni aucun de ses clients ne  
faisaient l'objet d'une enquête du Ministère sur leur  
assujettissement à l'impôt. L'appelante a attaqué la  
validité de ces demandes par *certiorari* et jugement

\* Le Juge en chef n'a pas pris part au jugement.

solidated at trial, were dismissed by the trial judge. Appeals to the Federal Court of Appeal were also dismissed.

*Held:* The appeals should be allowed.

The Minister cannot under s. 231(3) of the Act conduct a "fishing expedition" into the trading activities of the customers of one broker. A demand can only be made for information relevant to the tax liability of a person or persons under that section if a genuine and serious inquiry is being conducted into the tax liability of such person or persons. The section does not authorize a general survey of compliance by a class of taxpayers. This can be effected under ss. 221(1)(d) and 233 but only if the Minister has obtained a regulation under s. 221(1)(d) requiring all traders to file returns of their futures activities.

Given the statutory interpretation of s. 231(3), it was not necessary to consider the constitutional questions arising out of this case.

*Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 729, applied; *Pretty v. Solly* (1859), 53 E.R. 1032, referred to.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1983] 1 F.C. 257, dismissing appeals from a judgment of Smith D.J. dismissing applications for *certiorari* and declaratory relief. Appeals allowed.

*William C. Kushneryk and Robert F. Peters*, for the appellant.

*Wilfrid Lefebvre, Q.C., Brian Meronek and Brian Hay*, for the respondent.

*Lorraine E. Weinrib*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*William Anderson*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

*Nolan Steed*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The issue in this case is the scope of the Minister of National Revenue's power to demand information under s. 231 of the *Income*

déclaratoire en Cour fédérale. Ces actions, qui ont été jointes au cours du procès, ont été rejetées par le juge de première instance et par la Cour d'appel fédérale.

*Arrêt:* Les pourvois sont accueillis.

<sup>a</sup> Le Ministre ne peut pas vérifier de manière générale si les négociants en denrées à terme observent la Loi en utilisant le par. 231(3) pour faire une «recherche à l'aveuglette» dans les affaires des clients d'un courtier. L'article se limite aux cas où on mène une enquête réelle et sérieuse sur l'assujettissement à l'impôt d'une ou plusieurs personnes précises et ne s'étend pas à une enquête sur une catégorie. Le fait qu'on puisse procéder à une vérification au hasard d'une catégorie en vertu de l'al. 221(1)d) et de l'art. 233 renforce cette interprétation plus restrictive du par. 231(1). Pour tenir l'enquête envisagée, le Ministre aurait dû obtenir un règlement en vertu de l'al. 221(1)d) enjoignant à tous les négociants de produire des déclarations sur leurs activités à terme.

<sup>d</sup> Vu l'interprétation donnée au par. 231(3), il n'est pas nécessaire d'examiner les questions constitutionnelles soulevées en cette affaire.

<sup>e</sup> Jurisprudence: arrêt appliqué: *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 729; arrêt mentionné: *Pretty v. Solly* (1859), 53 E.R. 1032.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1983] 1 C.F. 257, qui a rejeté les appels d'un jugement du juge suppléant Smith qui avait rejeté les demandes de *certiorari* et de jugement déclaratoire. Pourvois accueillis.

*William C. Kushneryk et Robert F. Peters*, pour l'appelante.

<sup>g</sup> *Wilfrid Lefebvre, c.r., Brian Meronek et Brian Hay*, pour l'intimé.

<sup>h</sup> *Lorraine E. Weinrib*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*William Anderson*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

<sup>i</sup> *Nolan Steed*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

<sup>j</sup> LE JUGE WILSON—La question en litige est l'étendue du pouvoir du ministre du Revenu national de demander des renseignements en vertu de

*Tax Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 63, as amended. The parts of the section with which we are concerned read as follows:

231. . . .

(3) The Minister may, for any purposes related to the administration or enforcement of this Act, by registered letter or by a demand served personally, require from any person

(a) any information or additional information, including a return of income or a supplementary return, or

(b) production, or production on oath, of any books, letters, accounts, invoices, statements (financial or otherwise) or other documents,

within such reasonable time as may be stipulated therein.

(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.

(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.

### 1. The Facts

The events leading up to the demand for information from the appellant are relatively complex but the most relevant ones can be stated fairly simply. The appellant is a commodities futures market broker in Winnipeg. In October 1974 the Department of National Revenue decided that it was necessary to check on compliance with the *Income Tax Act* by traders in the commodities futures market. In June 1979, after the appellant

l'art. 231 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1970-71-72 (Can.), chap. 63 et ses modifications. Voici les parties de l'article qui nous intéressent:

231. . . .

(3) Pour toute fin relative à l'application ou à l'exécution de la présente loi, le Ministre peut, par lettre recommandée ou par demande signifiée à personne exiger de toute personne

a) tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire, ou

b) la production ou la production sous serment de livres, lettres, comptes, factures, états (financiers ou autres) ou autres documents.

dans le délai raisonnable qui peut y être fixé.

(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.

(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.

### 1. Les faits

Les événements à l'origine de la demande de renseignements adressée à l'appelante sont relativement complexes mais les faits les plus importants sont assez simples. L'appelante est un courtier faisant le commerce de denrées à terme à Winnipeg. En octobre 1974, le ministère du Revenu national a jugé nécessaire de vérifier si les négociants en denrées à terme se conformaient à la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Au mois de juin



had queried the Department's legal authority to demand from it confidential information about its clients' affairs but had nevertheless participated in a feasibility study, the Department requested the appellant's magnetic tape file of their clients' commodity monthly statements for 1977 so that it could process the information on a test basis. The Department guaranteed confidentiality of the data during the test period and undertook to advise the appellant of any subsequent intention to use the information in an income tax compliance project. It also agreed to treat other Canadian commodity brokers in a similar way by inspecting their files for use in any such project.

The appellant supplied the information but with clients' account numbers only and no means of identifying them. In December 1979 the respondent requested the following information:

- (a) a complete listing of office locations identifying each by the office number; and
- (b) a complete listing of customers' names and addresses, identifying each by account number.

The appellant refused to provide this additional information and in May 1980 the respondent served on the appellant a formal requirement under s. 231(3)(a) of the *Income Tax Act* requiring that this information, together with details of all monthly transactions in 1977 as used in the preparation of clients' commodity statements, be delivered on magnetic tape to the Department of National Revenue. In October 1980 similar requirements were made for the calendar years 1978 and 1979.

The validity of these requirements was attacked by the appellant in *certiorari* and declaration proceedings in the Federal Court. These actions, which were consolidated at trial, were dismissed by the trial judge and an appeal to the Federal Court of Appeal was also dismissed.

1979, après que l'appelante eut mis en doute le pouvoir du Ministère de lui demander des renseignements confidentiels concernant les affaires de ses clients et qu'elle eut néanmoins participé à une étude de faisabilité, le Ministère lui a demandé de lui fournir le dossier sur bande magnétique concernant les états mensuels des opérations à terme de ses clients pour l'année 1977 afin de pouvoir traiter ces renseignements à titre d'essai. Le Ministère s'est engagé à respecter le caractère confidentiel de ces données au cours de la période d'essai et à aviser l'appelante au cas où il aurait l'intention d'utiliser les renseignements dans le cadre d'un programme de vérification de l'observation de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il s'est également engagé à faire de même avec les autres courtiers en denrées canadiens en examinant leurs dossiers dans le cadre de tel programme.

L'appelante a fourni les renseignements mais en indiquant seulement les numéros de compte des clients sans qu'il soit possible de les identifier. En décembre 1979, l'intimé a demandé les renseignements suivants:

- a) le répertoire complet des bureaux avec leurs adresses et numéros de bureau; et
- b) la liste complète des clients avec leurs noms, adresses et numéros de compte.

L'appelante a refusé de fournir ces renseignements additionnels et, au mois de mai 1980, l'intimé lui a signifié une demande formelle en vertu de l'al. 231(3)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, enjoignant de remettre sur bande magnétique, au ministère du Revenu national, ces renseignements ainsi que les détails de toutes les opérations mensuelles pour l'année 1977 qui ont servi à établir les états des opérations à terme de ses clients. Pareilles demandes ont été faites au mois d'octobre 1980 pour les années civiles 1978 et 1979.

L'appelante a attaqué la validité de ces demandes par voie de *certiorari* et de jugement déclaratoire devant la Cour fédérale. Le juge de première instance a rejeté ces actions qui ont été jointes au cours du procès et la Cour d'appel fédérale a également rejeté l'appel dont elle a été saisie.

## 2. The Federal Court: Trial Division

At trial [reported at [1983] 1 F.C. 3] Mr. Justice Smith held that the demand for information was made for a purpose related to the administration and enforcement of the *Income Tax Act*. The raising of money through income taxation was undoubtedly within s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867* and "raising" included not only the imposition and levying of taxes but also the taking of whatever steps were required to ascertain who owed taxes and to collect those taxes. The Minister was seeking information to verify the accuracy of income tax returns and this was clearly related to the administration and enforcement of the Act.

The learned trial judge found that the Minister's demand for information in this case represented a serious inquiry into a specific tax liability within the meaning of this Court's decision in *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 729. A specific person or persons need not be named; it was sufficient if they were so described as to be readily identifiable. All the customers or clients of the appellant who had trading transactions in the commodity securities market during the three years in question represented an appropriately identifiable group.

The learned trial judge also dealt with submissions made by the appellant under ss. 1(a) and 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. He held that the Minister's demand for information did not interfere with anyone's right to the enjoyment of property under s. 1(a) or threaten anyone with deprivation of that right. Moreover, the exception for due process of law would negative any such claim. As far as s. 2(e) was concerned, he held that the present proceedings were designed to ensure a fair hearing for the appellant. A conflict undoubtedly existed between the right of commodities futures traders to privacy concerning their securities transactions and the needs of the Department of National Revenue to obtain the information necessary to ascertain and collect income tax. The rights of the individual must, however, yield to the

## 2. La Cour fédérale: Division de première instance

En première instance [décision publiée à [1983] 1 C.F. 3], le juge Smith a conclu que la demande de renseignements a été faite pour une fin relative à l'application et à l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le prélèvement de deniers par l'imposition du revenu relève incontestablement du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et le mot «prélèvement» inclut non seulement l'établissement et la levée d'impôt mais également les mesures nécessaires pour déterminer qui est assujéti à l'impôt et pour percevoir cet impôt. Le Ministre a demandé des renseignements pour vérifier l'exactitude des déclarations d'impôt sur le revenu, ce qui est clairement lié à l'application et à l'exécution de la Loi.

Le savant juge de première instance a conclu que la demande de renseignements du Ministre en l'espèce constituait une enquête sérieuse sur l'assujétiement à l'impôt d'une seule ou de plusieurs personnes déterminées, au sens de l'arrêt de cette Cour *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 729. Il n'est pas nécessaire de nommer la personne ou les personnes déterminées; il suffit de les décrire de façon à pouvoir les identifier facilement. Tous les clients de l'appelante qui ont fait le commerce des bons et obligations à terme au cours des trois années en question constituaient un groupe facilement identifiable.

Le savant juge de première instance a également examiné les arguments de l'appelante fondés sur les al. 1a) et 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. Il a conclu que la demande de renseignements du Ministre ne porte pas atteinte au droit de qui que ce soit à la jouissance de ses biens au sens de l'al. 1a) et ne risque pas de le priver de ce droit. En outre, l'exception relative à l'application régulière de la loi suffit à réfuter cet argument. Quant à l'al. 2e), le juge a conclu que la présente instance a pour objet de garantir une audition impartiale à l'appelante. Il y a sans aucun doute un conflit entre le droit des négociants en denrées à terme de protéger la confidentialité de leurs transactions et la nécessité pour le ministère du Revenu national d'obtenir des renseignements nécessaires à l'établissement et la perception de l'impôt sur le

efficient operation of government where, as here, the situation was sufficiently serious to warrant it.

### 3. The Federal Court of Appeal

In the Federal Court of Appeal [reported at [1983] 1 F.C. 257] the appellant submitted, relying on the *Canadian Bank of Commerce* case, that a requirement for information under s. 231(3) was not for a purpose related to the administration or enforcement of the Act unless the purpose was to obtain information relevant to the tax liability of some specific person or persons whose tax liability was currently under investigation. It argued that the requirements in the present case did not meet this test. A requirement for information concerning all the customers of the appellant engaged in commodity trading was not, it submitted, a requirement related to some specific person or persons within the meaning of the *Canadian Bank of Commerce* decision.

Mr. Justice Le Dain, speaking for a unanimous Court, held that the judgment in the *Canadian Bank of Commerce* case presented no obstacle to the Minister in this case. The verification of compliance with the *Income Tax Act* by the commodity trading customers of the appellant was undoubtedly a purpose related to the administration and enforcement of the Act within the meaning of s. 231(3), and s. 231(3) was within the legislative authority of Parliament under s. 91(3) of the *Constitution Act, 1867*. Moreover, the Department was engaged in a genuine and serious inquiry into the tax liability of some specific person or persons. Mr. Justice Le Dain said, at p. 270:

The judgment in *Canadian Bank of Commerce* was based on the agreed fact that the requirement in that case related to a genuine and serious inquiry into the tax liability of some specific person or persons, but I do not read the judgment as purporting to treat that as the only valid purpose under what is now subsection 231(3). In any event I am far from certain that the present case is essentially distinguishable from that on which the majority of the Supreme Court based their conclusion. In the majority opinion of Cartwright J. (as he then

revenu. Le bon fonctionnement du gouvernement l'emporte cependant sur les droits des particuliers lorsque, comme en l'espèce, la situation est suffisamment sérieuse pour le justifier.

### <sup>a</sup> 3. La Cour d'appel fédérale

Invoquant l'arrêt *Canadian Bank of Commerce*, l'appelante a soutenu devant la Cour d'appel fédérale [arrêt publié à [1983] 1 C.F. 257] qu'une demande de renseignements fondée sur le par. 231(3) n'est pas faite pour une fin relative à l'application ou à l'exécution de la Loi à moins qu'elle ne vise à obtenir des renseignements qui se rapportent à l'assujettissement à l'impôt d'une seule ou de plusieurs personnes déterminées qui font l'objet d'une enquête à ce sujet. Elle prétend que les demandes en l'espèce ne satisfont pas à ce critère. Une demande de renseignements concernant tous les clients de l'appelante engagés dans le commerce des denrées à terme n'est pas, prétend-on, une demande relative à une seule ou plusieurs personnes déterminées au sens de l'arrêt *Canadian Bank of Commerce*.

<sup>e</sup> Le juge Le Dain, s'exprimant au nom de la cour à l'unanimité, a conclu que l'arrêt *Canadian Bank of Commerce* ne constitue pas un obstacle aux prétentions du Ministre en l'espèce. La vérification de l'observation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* par les clients de l'appelante qui faisaient le commerce des denrées à terme est incontestablement une fin relative à l'application et à l'exécution de la Loi au sens du par. 231(3) qui relève de la compétence législative du Parlement en vertu du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En outre, le Ministère procédait à une enquête véritable et sérieuse sur l'assujettissement à l'impôt d'une seule ou de plusieurs personnes déterminées. Voici ce qu'a dit le juge Le Dain, aux pp. 270 et 271:

<sup>i</sup> Le jugement rendu dans *Canadian Bank of Commerce* était fondé sur le fait, reconnu par les parties, que la demande dans cette affaire portait sur une enquête véritable et sérieuse sur l'assujettissement d'une ou de plusieurs personnes à l'impôt, mais je n'interprète pas ce jugement comme voulant dire qu'il s'agissait là de la seule fin valide sous le régime de ce qui est maintenant le paragraphe 231(3). En tout cas, je suis loin d'être certain que les faits de l'espèce présente soient vraiment différents de ceux sur lesquels la majorité de la Cour

was) the words "some specific person or persons" are obviously understood as referring not to named person but merely to existing identifiable persons. A reference to all of the commodity trading customers of the appellant comes within this meaning of the words.

Leave to appeal to this Court was granted and the following questions settled by order of the Chief Justice:

1. Is Section 231(3) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72 C. 63 as amended, *intra vires* the Parliament of Canada under the provisions of Section 91(3) of the *Constitution Act, 1867*?
2. Are the Demands made upon the Appellant, James Richardson & Sons, Limited under Section 231(3) of the *Income Tax Act* S.C. 1970-71-72 C. 63 as amended, void under the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Are the Demands made upon the Appellant, James Richardson & Sons, Limited under Section 231(3) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72 C. 63 as amended, void under the provisions of the *Canadian Bill of Rights*?

The appellant appeals on four grounds, namely:

- (1) the requirements are not authorized by s. 231(3) of the Act;
- (2) section 231(3) of the Act is *ultra vires* the Parliament of Canada;
- (3) the requirements are void under the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and
- (4) the requirements are void under the provisions of the *Canadian Bill of Rights*.

If the appellant succeeds on the first ground as a matter of statutory interpretation then it is not necessary to consider the constitutional issues raised in the other three grounds.

The argument on the first ground proceeds as follows. The requirements made in this case were for "information returns respecting . . . [a] class of information". They therefore fell within the ambit

suprême fondait sa conclusion. Dans l'avis majoritaire du juge Cartwright (tel était alors son titre), l'expression [TRADUCTION] «une ou plusieurs personnes déterminées» voulait dire, à l'évidence, non pas des personnes nommées, mais simplement des personnes existantes et qu'on peut identifier. La mention de tous les clients de l'appelante qui font le commerce des denrées à terme tombe dans le sens de cette expression.

L'autorisation de pourvoi en cette Cour a été accordée et le Juge en chef a énoncé les questions suivantes:

1. Vu les dispositions du par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1970-71-72 (Can.), chap. 63 et modifications, relève-t-il de la compétence du Parlement du Canada?
2. Les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* emportent-elles la nullité des demandes faites à l'appelante, James Richardson & Sons, Limited, en vertu du par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1970-71-72 (Can.), chap. 63 et modifications?
3. Les dispositions de la *Déclaration canadienne des droits* emportent-elles la nullité des demandes faites à l'appelante, James Richardson & Sons, Limited, en vertu du par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1970-71-72 (Can.), chap. 63 et modifications?

L'appelante invoque les quatre moyens d'appel suivants:

- (1) les demandes ne sont pas autorisées par le par. 231(3) de la Loi;
- (2) le paragraphe 231(3) de la Loi ne relève pas de la compétence du Parlement du Canada;
- (3) les demandes sont nulles en raison des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*; et
- (4) les demandes sont nulles en raison des dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*.

Si l'appelante a gain de cause sur le premier moyen d'appel, de par l'interprétation de la loi, alors il ne sera pas nécessaire d'examiner les questions constitutionnelles soulevées dans les trois autres moyens.

L'argumentation relative au premier moyen d'appel est la suivante. Les demandes présentées en l'espèce visaient à obtenir «des déclarations renfermant des renseignements en ce qui concerne

of ss. 221(1)(d) and 233 of the Act. These sections provide:

221. (1) The Governor in Council may make regulations

(d) requiring any class of persons to make information returns respecting any class of information required in connection with assessments under this Act,

233. Whether or not he has filed an information return as required by a regulation made under paragraph 221(1)(d), every person shall, on demand from the Minister, served personally or by registered mail, file with the Minister, within such reasonable time as may be stipulated in the demand, such prescribed information return as is designated therein.

Because s. 221(1)(d) when read in conjunction with s. 233 confers an authority on the Minister to demand only such information as is prescribed by regulation, it either constitutes a particular rule within the sense contemplated in *Pretty v. Solly* (1859), 53 E.R. 1032, which rule is to be set up against the more general and less restrictive rule of s. 231(3), or else it constitutes an exception to s. 231(3). Romilly M.R. states the applicable principle in *Pretty v. Solly*, *supra*, at p. 1034, as follows:

The rule is, that wherever there is a particular enactment and a general enactment in the same statute, and the latter, taken in its most comprehensive sense, would overrule the former, the particular enactment must be operative, and the general enactment must be taken to affect only the other parts of the statute to which it may properly apply.

Applying that principle in this case the appellant submits that s. 231(3) only authorizes demands for information not contemplated under ss. 221(1)(d) and 233. If the demand is one which falls within ss. 221(1)(d) and 233 and requires the authority of a regulation, then it is excepted from the scope of s. 231(3). The appellant further argues that there is a good policy reason for the exception in that s. 231(3) is designed to confer wide powers on the Minister in order to facilitate investigations of

... [un] genre de renseignements». Elles sont par conséquent visées par l'al. 221(1)d) et l'art. 233 de la Loi qui prévoient:

221. (1) Le gouverneur en conseil peut établir des règlements

d) enjoignant à toute catégorie de personnes de faire des déclarations renfermant des renseignements en ce qui concerne tout genre de renseignements requis relativement aux cotisations sous le régime de la présente loi,

233. Qu'elle ait produit ou non une déclaration renfermant des renseignements requise par un règlement établi selon l'alinéa 221(1)d), toute personne doit, sur demande émanant du Ministre faite par signification à personne ou par poste recommandée, produire auprès du Ministre la déclaration prescrite renfermant les renseignements qu'indique la demande, dans le délai raisonnable que celle-ci peut fixer.

Étant donné que l'al. 221(1)d), lorsqu'on le lit en corrélation avec l'art. 233, confère au Ministre le pouvoir de demander uniquement les renseignements qui sont prescrits par un règlement, il constitue soit une règle particulière au sens de l'arrêt *Pretty v. Solly* (1859), 53 E.R. 1032, laquelle s'oppose à la règle plus générale et moins restrictive du par. 231(3), soit une exception au par. 231(3). Le maître des rôles Romilly énonce ainsi le principe applicable, dans l'arrêt *Pretty v. Solly*, précité, à la p. 1034:

[TRADUCTION] Il est de règle que, lorsqu'une même loi comporte une disposition particulière et une disposition générale et que cette dernière, prise dans son sens le plus large, l'emporte sur la première, la disposition particulière doit s'appliquer et la disposition générale doit être interprétée comme ne visant que les autres parties de la loi auxquelles elle peut s'appliquer.

Appliquant ce principe en l'espèce, l'appelante soutient que le par. 231(3) ne fait qu'autoriser les demandes de renseignements qui ne sont pas envisagées par l'al. 221(1)d) et l'art. 233. Si la demande est visée par l'al. 221(1)d) et l'art. 233 et requiert l'autorisation d'un règlement, elle échappe alors au par. 231(3). L'appelante prétend en outre qu'un motif de principe valable justifie cette exception puisque le par. 231(3) vise à conférer des pouvoirs étendus au Ministre en vue de facilité

specific taxpayers. These considerations do not apply to demands made to classes of persons for specific kinds of information required in connection with assessments generally.

The respondent counters these arguments by saying that what is required from the appellant is not the "information returns" mentioned in s. 221(1)(d). Nor have the demands for information in this case been made of a "class of persons" as s. 221(1)(d) requires. The respondent says that s. 221(1)(d) contemplates the filing of information returns by a general class of persons on a regular basis whereas s. 231(3) is "part of the Department's investigating tools to obtain information". Such tools are vital, the respondent submits, to a self-assessment system. Nothing, he says, in either s. 221(1)(d) or s. 233 prevents the respondent from requiring under s. 231(3) information from a specific commodities broker regarding the tradings of a specific group of traders in commodities futures in respect of a specified period of time. The respondent submits that the case is squarely covered by this Court's decision in the *Canadian Bank of Commerce case, supra*.

The language of s. 231(3) of the *Income Tax Act* is unquestionably very broad and on its face would cover any demand for information made to anyone having knowledge of someone else's affairs relevant to that other person's tax liability. It would, in other words, if construed broadly, authorize an exploratory sortie into any taxpayer's affairs and require anyone having anything to contribute to the exploration to participate. It would not be necessary for the Minister to suspect non-compliance with the Act, let alone to have reasonable and probable grounds to believe that the Act was being violated as required in s. 231(4). Provided the information sought had a bearing (or perhaps even could conceivably have a bearing) on a taxpayer's tax liability it could be called for under the subsection.

ter les enquêtes au sujet de certains contribuables. Ces considérations ne s'appliquent pas aux demandes faites à des catégories de personnes en ce qui concerne certains genres de renseignements requis relativement aux cotisations en général.

L'intimé réfute ces arguments en disant que ce ne sont pas des «déclarations renfermant des renseignements» mentionnées à l'al. 221(1)d) que l'on requiert de l'appelante. Les demandes de renseignements en l'espèce n'ont pas non plus été adressées à une «catégorie de personnes» comme l'exige l'al. 221(1)d). L'intimé affirme que l'al. 221(1)d) envisage le dépôt, à intervalles réguliers, de déclarations renfermant des renseignements par une catégorie générale de personnes tandis que le par. 231(3) [TRADUCTION] «fait partie des instruments d'enquête dont dispose le Ministère pour obtenir des renseignements». Au dire de l'intimé, ces instruments sont essentiels à un régime d'auto-cotisation. Il affirme que rien dans l'al. 221(1)d) ou l'art. 233 ne lui interdit de demander, en vertu du par. 231(3), des renseignements d'un courtier en particulier concernant les opérations d'un groupe de négociants en denrées à terme au cours d'une période donnée. L'intimé prétend que l'arrêt de cette Cour *Canadian Bank of Commerce*, précité, s'applique nettement à la présente espèce.

Les termes du par. 231(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont incontestablement très généraux et, à première vue, ils s'appliquent à toute demande de renseignements adressée à quiconque est au courant des affaires d'une autre personne concernant son assujettissement à l'impôt. En d'autres termes, ce paragraphe permet, si on lui donne une interprétation large, d'explorer les affaires d'un contribuable et il enjoint à quiconque est en mesure de contribuer à cette exploration d'y participer. Il n'est pas nécessaire que le Ministre soupçonne l'inobservation de la Loi ou encore moins qu'il ait des motifs raisonnables et probables de croire que la Loi a été enfreinte, comme l'exige le par. 231(4). On pouvait se prévaloir du paragraphe pour demander les renseignements en question à la condition qu'ils aient une incidence (ou peut-être même qu'ils puissent simplement avoir une incidence) sur l'assujettissement à l'impôt d'un contribuable.

The *Canadian Bank of Commerce* case, however, makes it clear that the subsection is not to be construed that broadly. It establishes through the majority judgment written by Mr. Justice Cartwright (as he then was) that:

- (a) the test of whether the Minister is acting for a purpose specified in the Act is an objective one and has to be decided on the proper interpretation of the subsection and its application to the circumstances disclosed;
- (b) the obtaining of information relevant to the tax liability of some specific person or persons whose liability to tax is under investigation is a purpose related to the administration or enforcement of the Act;
- (c) it is not necessary that the person from whom the information is sought be one whose liability to tax is under investigation;
- (d) the fact that the giving of the information may disclose private transactions involving persons who are not under investigation and may not be liable to tax does not invalidate the requirement.

The respondent acknowledges that neither the appellant nor any of its customers is a person whose tax liability is under investigation within the meaning of the *Canadian Bank of Commerce* case. It submits however, that that is only one of the purposes contemplated by s. 231(3). The purpose in this case is to verify the accuracy of income tax returns made by the appellant's customers who were traders in commodities futures. This also, it submits, is a purpose related to the administration or enforcement of the Act.

I have some difficulty with the respondent's submission in relation to the *Canadian Bank of Commerce* case. If, indeed, the ratio of that case is that a demand for information which meets the test of being related to a genuine and serious inquiry into the tax liability of some specific person or persons is a demand made for purposes

Cependant, l'arrêt *Canadian Bank of Commerce* établit clairement que le paragraphe en question ne doit pas être interprété d'une façon aussi large. Le jugement de la Cour à la majorité rendu par le juge Cartwright (alors juge puîné) établit ce qui suit:

- a) le critère applicable à la question de savoir si le Ministre agit dans un but prévu par la Loi est un critère objectif et cette question doit être tranchée en fonction d'une interprétation juste du paragraphe et en fonction de son application aux circonstances décrites;
- b) l'obtention de renseignements portant sur l'assujettissement à l'impôt d'une seule ou de plusieurs personnes déterminées dont l'assujettissement à l'impôt fait l'objet d'une enquête est une fin relative à l'application ou à l'exécution de la Loi;
- c) il n'est pas nécessaire que la personne à qui les renseignements sont demandés soit une personne dont l'assujettissement à l'impôt fait l'objet d'une enquête;
- d) le fait que des renseignements donnés puissent divulguer des opérations confidentielles qui mettent en cause des personnes qui ne font pas l'objet d'une enquête et qui peuvent ne pas être assujetties à l'impôt n'a pas pour effet d'invalider la demande.

L'intimé reconnaît que ni l'appelante ni l'un de ses clients n'est une personne dont l'assujettissement à l'impôt fait l'objet d'une enquête au sens de l'arrêt *Canadian Bank of Commerce*. Il soutient cependant que ce n'est là qu'une des fins envisagées par le par. 231(3). En l'espèce, la demande a pour but de vérifier l'exactitude des déclarations d'impôt sur le revenu produites par les clients de l'appelante qui sont des négociants en denrées à terme. Il s'agit là également, prétend-il, d'une fin relative à l'application ou à l'exécution de la Loi.

Je comprends difficilement l'argument de l'intimé concernant l'arrêt *Canadian Bank of Commerce*. Si cet arrêt décide effectivement qu'une demande de renseignements qui est présentée pour les fins d'une enquête véritable et sérieuse sur l'assujettissement à l'impôt d'une seule ou de plusieurs personnes déterminées est une demande

of the administration or enforcement of the Act, how can it be said, consistent with that decision, that a demand which does not meet such a test is also for a purpose related to the administration or enforcement of the Act? If this is so, it was pointless for the Court in the *Canadian Bank of Commerce* case to make a genuine and serious inquiry into the tax liability of some specific person or persons a prerequisite of the validity of the requirement in that case. Yet Mr. Justice Cartwright makes it clear that his judgment is premised on that prerequisite being there. After referring to certain paragraphs in the stated case he states at p. 738, that it is common ground "that the requirement addressed to the appellant relates to a genuine and serious inquiry into the tax liability of some specific person or persons". He then makes the point that the fact that the answer to the requirement may disclose private transactions involving a number of persons who are not under investigation and may not be liable to tax will not invalidate the requirement. He reiterates the purpose of the requirement at p. 739:

The purpose of the requirement, then, is to obtain information relevant to the tax liability of some specific person or persons whose liability to tax is under investigation; this is a purpose related to the administration or enforcement of the Act.

Accordingly, while I agree with Le Dain J. that the Court in the *Canadian Bank of Commerce* case did not say that the purpose in that case, namely the obtaining of information relevant to someone's tax liability, was the only purpose for which a requirement could validly be made under s. 231(3), it did nevertheless insist on a prerequisite to that particular purpose, namely that the someone's tax liability be the subject of investigation, and it is that prerequisite which the appellant submits is missing in this case.

The respondent acknowledges that neither the appellant nor its customers are under investigation. It submits, however, that the requirement is aimed

faite pour les fins de l'application ou de l'exécution de la Loi, comment peut-on dire, en conformité avec cette décision, qu'une demande qui ne répond pas à un tel critère est également présentée à une fin relative à l'application ou à l'exécution de la Loi? S'il en est ainsi, c'est en vain que la Cour, dans l'affaire *Canadian Bank of Commerce*, a fait de l'enquête véritable et sérieuse sur l'assujettissement à l'impôt d'une seule ou de plusieurs personnes déterminées une condition essentielle de la validité de la demande en cause. Néanmoins, le juge Cartwright a affirmé clairement que son jugement se fondait sur l'existence de cette condition essentielle. Après avoir cité certains paragraphes de l'exposé de cause, il a déclaré à la p. 738 que l'on s'accorde pour dire [TRADUCTION] «que la demande adressée à l'appelante est liée à une enquête véritable et sérieuse sur l'assujettissement à l'impôt d'une seule ou de plusieurs personnes déterminées». Il précise ensuite que le fait que la réponse à la demande puisse divulguer des opérations confidentielles mettant en cause un certain nombre de personnes qui ne font pas l'objet d'une enquête et qui peuvent ne pas être assujetties à l'impôt n'a pas pour effet d'invalider la demande. Il réitère le but de la demande à la p. 739:

[TRADUCTION] La demande visait à obtenir des renseignements portant sur l'assujettissement à l'impôt d'une ou de plusieurs personnes déterminées faisant l'objet d'une enquête à ce sujet; il s'agit là d'une fin relative à l'application ou à l'exécution de la Loi.

Par conséquent, même si je partage l'avis du juge Le Dain selon lequel la Cour n'a pas dit, dans l'arrêt *Canadian Bank of Commerce*, que la fin visée dans cette affaire, savoir l'obtention de renseignements portant sur l'assujettissement à l'impôt d'une personne, était la seule fin pour laquelle une demande pouvait valablement être présentée en vertu du par. 231(3), elle a néanmoins insisté sur une condition essentielle à cette fin particulière, savoir que l'assujettissement à l'impôt de cette personne doit faire l'objet d'une enquête, et c'est cette condition essentielle qui, selon l'appelante, est absente en l'espèce.

L'intimé reconnaît que ni l'appelante ni ses clients ne font l'objet d'une enquête. Elle prétend toutefois que la demande vise une catégorie précise



at a specific class of taxpayers, namely clients of the appellant who trade on the commodities futures market. That may be so, but it does not in my view bring the Minister within the purview of s. 231(3).

It seems to me that what the Minister is trying to do here, namely check generally on compliance with the statute by traders in the commodities futures market, cannot be done by conducting a "fishing expedition" into the affairs of one broker's customers under s. 231(3) of the Act. If the Minister seriously thinks that traders in the commodities futures market generally are not reporting their transactions properly for income tax purposes, then he has s. 221(1)(d) available to him. He can obtain a regulation under that subsection requiring all such traders to file returns of their transactions in the commodities futures market. Having obtained such a regulation, he is then in a position to demand such returns at large without regard to whether or not any specific person or persons are currently under investigation. The very presence of those provisions in the Act serves, in my view, to support the approach taken in the *Canadian Bank of Commerce* case that s. 231(3) is only available to the Minister to obtain information relevant to the tax liability of some specific person or persons if the tax liability of such person or persons is the subject of a genuine and serious inquiry.

It seems to me that if the Minister wishes to conduct the kind of survey he clearly had in mind in this case, it is right and proper that he obtain a regulation authorizing it. The business implications for the appellant are serious. It agreed to cooperate on the basis that the Minister was conducting a test and that other commodity brokers would also be participating. If its customers were less than happy with their broker's role as conduit to the tax department, its competitors would be in the same position. It now finds that this is not the case. If the tax liability of its customers or one or more of them were the subject of a genuine inquiry, then the Minister would clearly be entitled under s. 231(3) to single out the appellant even although innocent taxpayers' trading activities

de contribuables, savoir les clients de l'appelante qui font le commerce de denrées à terme. Il en est peut-être ainsi, mais je ne crois pas que cela permet au Ministre de se prévaloir du par. 231(3).

Il me semble que ce que le Ministre tente d'accomplir en l'espèce, c'est-à-dire vérifier de manière générale si les négociants en denrées à terme observent la Loi, ne peut pas se faire au moyen d'une «recherche à l'aveuglette» faite, en vertu du par. 231(3) de la Loi, dans les affaires des clients d'un courtier. Si le Ministre croit sérieusement que, d'une manière générale, les négociants en denrées à terme ne déclarent pas leurs opérations comme il se doit aux fins de l'impôt sur le revenu, il peut alors se prévaloir de l'al. 221(1)d). Il peut, en vertu de cet alinéa, obtenir un règlement enjoignant à tous ces négociants de déclarer les opérations qu'ils ont conclues dans leur commerce de denrées à terme. Après avoir obtenu un tel règlement, il est alors en mesure d'exiger ces déclarations, peu importe qu'une enquête soit ou non en cours au sujet d'une ou plusieurs personnes déterminées. À mon avis, l'existence même de ces dispositions dans la Loi étaye le point de vue avancé dans l'arrêt *Canadian Bank of Commerce* portant que le Ministre ne peut recourir au par. 231(3) pour obtenir des renseignements sur l'assujettissement à l'impôt d'une seule ou de plusieurs personnes déterminées que si leur assujettissement fait l'objet d'une enquête véritable et sérieuse.

Il me semble que si le Ministre souhaite tenir le genre d'enquête auquel il songeait manifestement en l'espèce, il lui faut tout au moins obtenir un règlement l'autorisant à le faire. Les répercussions sur le commerce de l'appelante sont sérieuses. Celle-ci a accepté de collaborer en tenant pour acquis que le Ministre procédait à un essai et que les autres courtiers en denrées y participeraient également. Même si ses clients étaient peu enchantés du rôle de leur courtier comme intermédiaire entre eux et le fisc, ses concurrents seraient dans la même situation. Elle constate maintenant qu'il n'en est pas ainsi. Si l'assujettissement à l'impôt d'un seul ou de plusieurs de ses clients faisait l'objet d'une enquête véritable, le Ministre aurait alors manifestement le droit, en vertu du par.

were disclosed in the process. But it cannot, in my opinion, be singled out otherwise. It cannot be compelled under s. 231(3) to provide the random sample for a check on general compliance by the entire class. This is the purpose of ss. 221(1)(d) and 233.

Having found that the requirements are invalid under s. 231(3) of the Act as a matter of statutory interpretation, it is unnecessary for me to consider whether or not they may also be invalid on the constitutional grounds alleged.

I would allow the appeals with costs both here and in the courts below and declare the requirements directed to the appellant on May 8, 1980 and October 8, 1980 to be of no force and effect.

*Appeals allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Pitblado & Hoskin, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Archie G. Campbell, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Ross W. Paisley, Edmonton.*

231(3), de choisir l'appelante, même si cela avait pour effet de divulguer les opérations commerciales de contribuables innocents. Mais elle ne peut pas, à mon avis, être choisie en d'autres circonstances. Elle ne peut pas être forcée, en application du par. 231(3), à fournir des échantillons au hasard aux fins de vérifier si la Loi est observée par l'ensemble de la catégorie. C'est le but de l'al. 221(1)d) et de l'art. 233.

Ayant conclu que les demandes sont nulles de par l'interprétation du par. 231(3) de la Loi, je n'ai pas à décider si elles peuvent également être nulles pour les motifs constitutionnels allégués.

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens dans cette Cour et dans les cours d'instance inférieure et de déclarer nulles et sans effet les demandes adressées à l'appelante les 8 mai et 8 octobre 1980.

*Pourvois accueillis avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Pitblado & Hoskin, Winnipeg.*

*Procureur de l'intimé: R. Tassé, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Archie G. Campbell, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Ross W. Paisley, Edmonton.*

# INDEX

## ADMINISTRATIVE LAW

1. Judicial review – Employees denied by Labour Court and labour commissioners the right to be heard at the inquiry regarding the description of the bargaining unit – Appeals brought by two labour commissioners, the Labour Court, and one of its judges – *Locus standi*.

ASSOCIATION DES EMPLOYÉS DE LA LAURENTIENNE V. CARRIER *et al.*; BIBEAULT *et al.* v. MCCAFFREY; VASART V. CARRIER *et al.*, 176.

2. Civil service – Discipline – Assignment – Appeal to Commission de la fonction publique – Jurisdiction of the Commission – Whether assignment or transfer of a civil servant may constitute disciplinary action – Civil Service Act, 1978 (Que.), c. 15, ss. 29, 80, 93, 97.

LANGLOIS *et al.* v. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC *et al.*, 472.

## CIVIL CODE

1.—Articles 1053, 2166, 2167, 2168, 2174, 2175. ....	57
<i>See</i> : NEGLIGENCE	
2.—Articles 1688, 1689, 2259.....	19
<i>See</i> : PRESCRIPTION	
3.—Articles 1830 <i>et seq.</i> .....	2
<i>See</i> : PARTNERSHIP	

## CODE OF CIVIL PROCEDURE

1.—Article 56.....	19
<i>See</i> : PRESCRIPTION	
2.—Article 846.....	176
<i>See</i> : LABOUR RELATIONS	

## CONSTITUTIONAL LAW

1. International law – Continental shelf off Newfoundland – Natural resources – Whether Canada or Newfoundland has the right to explore and exploit natural resources of continental shelf – Newfoundland Act, 1949 (U.K.), c. 22, Terms of Union (Schedule), Terms 2, 3, 7, 35, 37 – Statute of Westminster, 1931 (U.K.), c. 4, ss. 1, 3, 10, 11 – Geneva Convention, 1958, art. 2 – Statute of the International Court of Justice, art. 38(1) – Constitution Act, 1867, ss. 109, 132.

REFERENCE RE NEWFOUNDLAND CONTINENTAL SHELF, 86.

## CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

2. Distribution of legislative powers – Legislative jurisdiction over the natural resources of continental shelf off Newfoundland – Federal jurisdiction – Peace, order and good government power – Constitution Act, ss. 91, 92, 92(5), 92(13), 92A(1).

REFERENCE RE NEWFOUNDLAND CONTINENTAL SHELF, 86.

3. Validity of legislation – Paramountcy – Provincial legislation creating offence of careless hunting – Discharge of a firearm without due care – Whether provincial legislation *ultra vires* or inoperative – Fish and Wildlife Act, 1980 (N.B.), c. F-14.1, s. 50 – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 (as amended by 1976-77 (Can.), c. 53, s. 3), s. 84(2).

CHIASSON V. THE QUEEN, 266.

4. Validity of provincial legislation – Legislation providing for reversion to province of ownership and control of certain water within the province – Expropriation of company's assets – Whether legislation impairing status and essential powers of federally-incorporated company – Whether legislation interfering with civil rights outside Province – The Upper Churchill Water Rights Reversion Act, 1980 (Nfld.), c. 40.

REFERENCE RE UPPER CHURCHILL WATER RIGHTS REVERSION ACT, 297.

5. Charter of Rights – Mobility rights as related to work – Membership in Ontario bar restricted to Canadian citizens or other British subjects – Whether or not s. 6(2)(b) of Charter created right to work unrelated to interprovincial mobility rights – Whether or not requirement contravened Charter and hence of no force or effect – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6(2)(a),(b), (3) – Law Society Act, R.S.O. 1980, c. 233, s. 28(c).

LAW SOCIETY OF UPPER CANADA V. SKAPINKER, 357.

6. Interpretation – Cross-headings – Role and importance to be accorded cross-headings in interpreting subsequent sections.

LAW SOCIETY OF UPPER CANADA V. SKAPINKER, 357.

7. Ownership of the bed of the Juan de Fuca, Georgia, Johnstone and Queen Charlotte Straits – Whether federal or provincial property – Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878 (U.K.), 41-42 Vict., c. 73. – An Act for the Union of the Colony of Vancouver Island with the Colony of British Columbia, 1866 (U.K.), 29-30 Vict., c. 67.

REFERENCE RE OWNERSHIP OF THE BED OF THE STRAIT OF GEORGIA AND RELATED AREAS, 388.

## COURTS

Appeal – Court of Appeal intervening in the findings and conclusions of fact of the trial judge – No error by the trial

**COURTS—Concluded**

judge – Principles governing a second appellate court's intervention with respect to the findings of fact of a first appellate court – Principles governing a second appellate court's intervention with respect to the findings of fact at trial.

BEAUDOIN-DAIGNEAULT V. RICHARD, 2.

**CRIMINAL LAW**

1. Parties to an offence – Murder – Charge to the jury – Instructions excluding s. 21 from the consideration of the jury – Error in law – Criminal Code, ss. 21 and 218.

R. V. ISAAC, 74.

2. Procedure – Preliminary inquiry – Preferring indictment – Additional offences disclosed by evidence at preliminary inquiry – Power of agent of Attorney General to prefer indictment on additional offences – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 496, 504, 505, 507 (as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 63).

McKIBBON V. THE QUEEN, 131.

3. Juvenile delinquents – Identification of criminal – Juvenile charged with a delinquency relating to an indictable offence under the Criminal Code – Fingerprinting – Police officer using reasonable force – Whether fingerprinting lawful – Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3 – Identification of Criminals Act, R.S.C. 1970, c. I-1, s. 2.

BROWN V. BAUGH *et al.*, 192.

4. Transferred intent – Murder – Accused failed to kill intended victim but mistakenly killed two others – Jury charged that accused liable to conviction for first degree murder – Whether or not jury properly charged – Whether or not “planned and deliberate” in s. 214 relates to intended or actual victims – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 205, 212(b), 214(2).

DROSTE V. THE QUEEN, 208.

5. Attempted murder – *Mens rea* – Whether requisite *mens rea* restricted to intent to kill or recklessly cause bodily harm known to likely cause death – Whether s. 24 in combination with constructive murder sections can form basis for attempted murder – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 24(1), 212 (a)(i),(ii), 213(d).

R. V. ANCIO, 225.

6. Attempt to break and enter with intent to commit an indictable offence – Trial judge unable to find what specific indictable offence accused intended to commit – Proof of intent to commit a specific indictable offence necessary for conviction – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 306(1)(a), 306(2).

R. V. GARLOW, 386.

7. Conspiracy – Trafficking in controlled drug – Evidence – Trial judge allowing motion for non-suit – Proof of accused's

**CRIMINAL LAW—Concluded**

membership in conspiracy – Whether co-conspirators' acts and declarations admissible to that end.

KANE V. THE QUEEN, 387.

8. Information – Failure to give sufficient details to identify transactions – Information quashed – Mandamus – Whether defect can be cured by the supplying of particulars – Whether information can be amended – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 510, 729, 732 – Aeronautics Act, R.S.C. 1970, c. A-3 as amended, ss. 16, 17 – Air Regulations, C.R.C. 1978, c. 2, s. 700.

R. V. WIS DEVELOPMENT CORPORATION LTD. *et al.*, 485.

9. Conspiracy – Traffic of narcotics – Crown's case bound by particulars – Particulars disclosing two shipments of narcotics – No subordinate conspiracy – Trial judge in error in failing to consider whether the Crown has established an agreement to send narcotics.

SMITH V. THE QUEEN, 582.

**EVIDENCE**

Constitutional law – Validity of legislation – Admissibility of extrinsic evidence.

REFERENCE RE UPPER CHURCHILL WATER RIGHTS REVERSION ACT, 297.

**LABOUR LAW**

Trade union – Duty of fair representation – Union responsibilities – Refusal by a trade union to take a grievance to arbitration – No absolute right to arbitration for union member.

CANADIAN MERCHANT SERVICE GUILD V. GAGNON *et al.*, 509.

**LABOUR RELATIONS**

1. Picketing – Federally certified union picketing provincial undertakings – Provincial employers bringing actions for damages for illegal picketing – Provincial Labour Code requiring consent of Labour Relations Board prior to bringing such actions – Whether provincial Labour Code applicable to picketing due to a federal labour dispute – Labour Code of British Columbia, 1973 (2nd Sess.) (B.C.), c. 122 as amended (now the Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212), s. 32(4).

TELECOMMUNICATIONS WORKERS' UNION V. BRITISH COLUMBIA FERRY CORPORATION; TELECOMMUNICATIONS WORKERS' UNION, LOCAL 36, *et al.* V. FORDING COAL LTD., 83.

2. Investigation into definition of bargaining unit – Employees included in the bargaining unit denied right to be

**LABOUR RELATIONS—Concluded**

present and to be heard by labour commissioners – Writ of evocation – Whether employees interested parties – Code of Civil Procedure, art. 846 – Labour Code, R.S.Q. 1977, c. C-27 (as amended by 1977 (Que.), c. 41), ss. 25, 28, 32, 39, 43, 59, 118, 129, 131; formerly R.S.Q. 1964, c. 141 as amended, ss. 22, 24a, 24e, 30, 34, 47, 103, 106, 108.

ASSOCIATION DES EMPLOYÉS DE LA LAURENTIENNE V. CARRIER *et al.*; BIBEAULT *et al.* v. MCCAFFREY; VAS-SART v. CARRIER *et al.*, 176.

3. Successor rights – Merger of two bank branches – Sale of business – Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1 (am. by 1972 (Can.), c. 18, s. 1), s. 144.

NATIONAL BANK OF CANADA v. RETAIL CLERKS' INTERNATIONAL UNION *et al.*, 269.

4. Unfair practices – Power of remedy – No relation between offences and certain remedies – Whether the Canada Labour Relations Board exceeded its jurisdiction – Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 184(1)(a) [1972 (Can.), c. 18, s. 1], 184(3)(a) [1972 (Can.), c. 18, s. 1; 1977-78 (Can.), c. 27, s. 65], 189 [1972 (Can.), c. 18, s. 1; 1977-78 (Can.), c. 27, s. 68] – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2.

NATIONAL BANK OF CANADA v. RETAIL CLERKS' INTERNATIONAL UNION *et al.*, 269.

**MATRIMONIAL LAW**

Divorce – Distribution of matrimonial property – Validity and applicability of Capital Base Theory – The Matrimonial Property Act, 1979 (Sask.), c. M-6.1, ss. 20, 21, 22, 23, 26(1)(b)(i) – Interest Act, R.S.C. 1970, c. I-18, ss. 13, 15.

FARR v. FARR, 252.

**MUNICIPAL LAW**

Zoning – Statutory plans – Expropriation – Land reserved by plans for park – Zoning preventing planned development – Given intention to create park, whether or not municipality forced to expropriate under s. 70(1) of The Planning Act, 1977 – The Planning Act, 1977, 1977 (Alta.), c. 89 (now R.S.A. 1980, c. P-9), ss. 1(14), 45(1), 46, 53, 59(1), 61, 62(2), 65(a),(d), 66, 67(2),(5), 68, 69(1),(2), 70, 83(3).

HARTEL HOLDINGS CO. LTD. v. CITY OF CALGARY, 337.

**NEGLIGENCE**

Delictual liability – Professional liability against third parties – Land surveyor – Error with respect to the surface area of a piece of land in the book of reference – Reduction in the price

**NEGLIGENCE—Concluded**

of the land – Action against land surveyor based on this reduction – Causal link – Civil Code, arts. 1053, 2166, 2167, 2168, 2174, 2175.

PARROT v. THOMPSON *et al.*, 57.

**PARTNERSHIP**

Tacit partnership – Concubinaries – Purchase and operation of a farm – *Pro socio* action – Civil Code, arts. 1830 et seq.

BEAUDOIN-DAIGNEAULT v. RICHARD, 2.

**PRESCRIPTION**

Lease and hire of work – Liability of architect, engineers and contractor – Construction defect – Gradually revealed – Starting point of prescription – Civil Code, arts. 1688, 1689, 2259 – Fabrique Act, 1965 (Que.), c. 76 (now R.S.Q. 1977, c. F-1), ss. 18(b), 26(g) – Code of Civil Procedure, art. 56.

DESGAGNÉ v. FABRIQUE DE LA PAROISSE ST-PHILIPPE D'ARVIDA; FABRIQUE DE LA PAROISSE ST-PHILIPPE D'ARVIDA v. DESGAGNÉ *et al.*, 19.

**STATUTES**

- |  |     |
|--|-----|
| 1.—Act for the Union of the Colony of Vancouver Island with the Colony of British Columbia, 1866 (U.K.), 29-30 Vict., c. 67.....   | 388 |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>   |     |
| 2.—Aeronautics Act, R.S.C. 1970, c. A-3 as amended, ss. 16, 17.....  | 485 |
| <i>See: CRIMINAL LAW</i>   |     |
| 3.—Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1 (am. by 1972 (Can.), c. 18, s. 1), s. 144.....  | 269 |
| <i>See: LABOUR RELATIONS</i>   |     |
| 4.—Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 184(1)(a) [1972 (Can.), c. 18, s. 1], 184(3)(a) [1972 (Can.), c. 18, s. 1; 1977-78 (Can.), c. 27, s. 65] 189 [1972 (Can.), c. 18, s. 1; 1977-78 (Can.), c. 27, s. 68]..... | 269 |
| <i>See: LABOUR RELATIONS</i>   |     |
| 5.—Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2.....  | 269 |
| <i>See: LABOUR RELATIONS</i>   |     |
| 6.—Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6(2)(a),(b), (3).....   | 357 |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>   |     |
| 7.—Civil Service Act, 1978 (Que.), c. 15, ss. 29, 80, 93, 97.....  | 472 |
| <i>See: ADMINISTRATIVE LAW</i>   |     |
| 8.—Constitution Act, 1867 ss. 91, 92, 92(5), 92(13), 92A(1).....   | 86  |
| <i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>   |     |

## STATUTES—Continued

9.—Constitution Act, 1867, ss. 109, 132.....	86
<i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>	
10.—Criminal Code, ss. 21 and 218.....	74
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
11.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 496, 504, 505, 507 (as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 63).....	131
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
12.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 205, 212(b), 214(2).....	208
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
13.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 24(1), 212 (a)(i),(ii), 213(d).....	225
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
14.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 (as amended by 1976-77 (Can.), c. 53, s. 3), s. 84(2).....	266
<i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>	
15.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 306(1)(a), 306(2).....	386
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
16.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 510, 729, 732.....	485
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
17.—Fabrique Act, 1965 (Que.), c. 76 (now R.S.Q. 1977, c. F-1), ss. 18(b), 26(g).....	19
<i>See: PRESCRIPTION</i>	
18.—Fish and Wildlife Act, 1980 (N.B.), c. F-14.1, s. 50.....	266
<i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>	
19.—Geneva Convention, 1958, art. 2.....	86
<i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>	
20.—Identification of Criminals Act, R.S.C. 1970, c. I-1, s. 2.....	192
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
21.—Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 137, now 1970-71-72 (Can.), chap. 63 as amended, s. 245.....	536
<i>See: TAXATION</i>	
22.—Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, ss. 221(1)(d), 231(3), 233, as amended.....	614
<i>See: TAXATION</i>	
23.—Interest Act, R.S.C. 1970, c. I-18, ss. 13, 15.....	252
<i>See: MATRIMONIAL LAW</i>	
24.—Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3.....	192
<i>See: CRIMINAL LAW</i>	
25.—Labour Code of British Columbia, 1973 (2nd Sess.) (B.C.), c. 122 as amended (now the Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212), s. 32(4).....	83
<i>See: LABOUR RELATIONS</i>	
26.—Labour Code, R.S.Q. 1977, c. C-27 (as amended by 1977 (Que.), c. 41), ss. 25, 28, 32, 39, 43, 59, 118, 129, 131; formerly R.S.Q. 1964, c. 141 as amended, ss. 22, 24a, 24e, 30, 34, 47, 103, 106, 108.....	176
<i>See: LABOUR RELATIONS</i>	

## STATUTES—Concluded

27.—Law Society Act, R.S.O. 1980, c. 233, s. 28(c).....	357
<i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>	
28.—Matrimonial Property Act, 1979 (Sask.), c. M-6.1, ss. 20, 21, 22, 23, 26(1)(b)(i).....	252
<i>See: MATRIMONIAL LAW</i>	
29.—Newfoundland Act, 1949 (U.K.), c. 22, Terms of Union (Schedule), Terms 2, 3, 7, 35, 37.....	86
<i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>	
30.—Planning Act, 1977, 1977 (Alta.), c. 89 (now R.S.A. 1980, c. P-9), ss. 1(14), 45(1), 46, 53, 59(1), 61, 62(2), 65(a),(d), 66, 67(2),(5), 68, 69(1),(2), 70, 83(3)....	337
<i>See: MUNICIPAL LAW</i>	
31.—Statute of Westminster, 1931 (U.K.), c. 4, ss. 1, 3, 10, 11.....	86
<i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>	
32.—Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878 (U.K.), 41-42 Vict., c. 73.....	388
<i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>	
33.—Upper Churchill Water Rights Reversion Act, 1980 (Nfld.), c. 40.....	297
<i>See: CONSTITUTIONAL LAW</i>	

## TAXATION

1. Income tax – Tax reduction scheme – Subsidiary G eligible for loss carry-forward – Subsidiary S's assets transferred to subsidiary G – Business managed by subsidiary S but profits transferred to subsidiary G – Whether or not subsidiary S can avail itself of subsidiary G's loss carry-forward – Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 137, now 1970-71-72 (Can.), chap. 63 as amended, s. 245.

STUBART INVESTMENTS LTD. v. THE QUEEN, 536.

2. Income tax – Compliance check of futures traders – Section 231(3) demand made for identity of appellant's clients and for monthly statements – Demand challenged by *certiorari* and declaratory proceedings – Whether or not demand validly made pursuant to s. 231(3) – If so, whether or not s. 231(3) *ultra vires* or in violation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms or Canadian Bill of Rights – Income Tax Act, 1970-71-72 (Can.), c. 63, ss. 221(1)(d), 231(3), 233, as amended.

JAMES RICHARDSON & SONS, LTD. v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE *et al.*, 614.

## TORTS

Passing off – Classic form and “extended version” – Sales network with authorized dealers – Identical watches under

**TORTS—Concluded**

original trade mark sold outside sales network – Unauthorized vendors unable to provide manufacturer's guarantee and sales devices – Interlocutory injunction requiring unauthorized vendor to post notice as to guarantee – Permanent injunction forbidding unauthorized vendor to advertise or sell product – Whether or not this interdiction supported by tort of passing off.

CONSUMERS DISTRIBUTING COMPANY LTD. v. SEIKO TIME CANADA LTD. *et al.*, 583.





# INDEX

## CODE CIVIL

- 1.—Articles 1053, 2166, 2167, 2168, 2174, 2175. .... 57  
*Voir: RESPONSABILITÉ*
- 2.—Articles 1688, 1689, 2259..... 19  
*Voir: PRESCRIPTION*
- 3.—Articles 1830 et suiv..... 2  
*Voir: SOCIÉTÉ*

## CODE DE PROCÉDURE CIVILE

- 1.—Article 56..... 19  
*Voir: PRESCRIPTION*
- 2.—Article 846..... 176  
*Voir: RELATIONS DE TRAVAIL*

## DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle judiciaire – Tribunal du travail et commissaires du travail refusant à des salariés le droit d'être entendus à l'enquête relative à la définition de l'unité de négociation – Appels interjetés par deux commissaires du travail, le Tribunal du travail et l'un de ses juges – Intérêt pour agir.

ASSOCIATION DES EMPLOYÉS DE LA LAURENTIENNE C. CARRIER *et autre*; BIBEALD *et autres* C. MCCAFFREY; VASSART C. CARRIER *et autre*, 176.

2. Fonction publique – Discipline – Affectation – Appel à la Commission de la fonction publique – Compétence de la Commission – L'affectation ou la mutation d'un fonctionnaire peut-elle constituer une sanction disciplinaire? – Loi sur la fonction publique, 1978 (Qué.), chap. 15, art. 29, 80, 93, 97.

LANGLOIS *et autre* C. MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC *et autres*, 472.

## DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Droit international – Plateau continental au large de Terre-Neuve – Ressources naturelles – Qui du Canada ou de Terre-Neuve a le droit d'explorer et d'exploiter les ressources naturelles du plateau continental? – Loi sur Terre-Neuve, 1949 (R.-U.), chap. 22, Conditions de l'union (annexe), clauses 2, 3, 7, 35, 37 – Statut de Westminster, 1931 (R.-U.), chap. 4, art. 1, 3, 10, 11 – Convention de Genève de 1958, art. 2 – Statut de la Cour internationale de Justice, art. 38(1) – Loi constitutionnelle de 1867, art. 109, 132.

RENOI RELATIF AU PLATEAU CONTINENTAL DE TERRE-NEUVE, 86.

## DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

2. Partage des pouvoirs législatifs – Compétence législative relative aux ressources naturelles du plateau continental au large de Terre-Neuve – Compétence fédérale – Pouvoir en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92, 92(5), 92(13), 92A(1).

RENOI RELATIF AU PLATEAU CONTINENTAL DE TERRE-NEUVE, 86.

3. Validité de la loi – Prépondérance – Loi provinciale créant l'infraction dite de négligence à la chasse – Décharge d'une arme à feu sans le soin et l'attention nécessaires – La disposition provinciale est-elle inconstitutionnelle ou inopérante? – Loi sur la pêche sportive et la chasse, 1980 (N.-B.), chap. F-14.1, art. 50 – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 (modifié par 1976-77 (Can.), chap. 53, art. 3), art. 84(2).

CHIASSON C. LA REINE, 266.

4. Validité d'une loi provinciale – Loi prévoyant la rétrocession à la province de la propriété et du contrôle de certaines eaux situées dans la province – Expropriation des biens d'une compagnie – La Loi porte-t-elle atteinte au statut et aux pouvoirs essentiels d'une compagnie à charte fédérale? – La Loi empiète-t-elle sur des droits civils à l'extérieur de la province? – The Upper Churchill Water Rights Reversion Act, 1980 (T.-N.), chap. 40.

RENOI RELATIF À LA UPPER CHURCHILL WATER RIGHTS REVERSION ACT, 297.

5. Charte des droits – Liberté de circulation et d'établissement en matière de travail – Adhésion au barreau de l'Ontario limitée aux citoyens canadiens ou autres sujets britanniques – L'article 6(2)b) de la Charte crée-t-il un droit au travail indépendant de la liberté de circulation et d'établissement dans toute province? – L'exigence viole-t-elle la Charte et est-elle donc inopérante? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6(2)a), b), (3) – Law Society Act, R.S.O. 1980, chap. 233, art. 28c).

LAW SOCIETY OF UPPER CANADA C. SKAPINKER, 357.

6. Interprétation – Rubriques – Rôle et importance à accorder aux rubriques dans l'interprétation des articles qui les suivent.

LAW SOCIETY OF UPPER CANADA C. SKAPINKER, 357.

7. Propriété du lit du détroit Juan de Fuca et des détroits de Géorgie, de Johnstone et de la Reine-Charlotte – Propriété fédérale ou provinciale? – Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878 (R.-U.), 41-42 Vict., chap. 73 – An Act for the Union of the Colony of Vancouver Island with the Colony of British Columbia, 1866 (R.-U.), 29-30 Vict., chap. 67.

RENOI RELATIF À LA PROPRIÉTÉ DU LIT DU DÉTROIT DE GÉORGIE ET DES RÉGIONS AVOISINANTES, 388.

**DROIT CRIMINEL**

1. Parties à une infraction – Meurtre – Exposé au jury – Directives empêchant le jury de prendre l'art. 21 en considération – Erreur de droit – Code criminel, art 21 et 218.

R. C. ISAAC, 74.

2. Procédure – Enquête préliminaire – Présentation d'un acte d'accusation – Infractions additionnelles révélées par la preuve à l'enquête préliminaire – Pouvoir d'un représentant du procureur général de présenter un acte d'accusation à l'égard des infractions additionnelles – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 496, 504, 505, 507 (modifié par 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 63).

MCKIBBON C. LA REINE, 131.

3. Jeunes délinquants – Identification d'un criminel – Jeune accusé d'un délit correspondant à un acte criminel au sens du Code criminel – Prise d'empreintes digitales – Emploi d'une force raisonnable par un agent de police – Légitimité de la prise d'empreintes – Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, chap. J-3 – Loi sur l'identification des criminels, S.R.C. 1970, chap. I-1, art. 2.

BROWN C. BAUGH *et autre*, 192.

4. Transfert d'intention – Meurtre – L'accusé n'a pas tué la victime envisagée, mais a, par erreur, causé la mort de deux autres personnes – Directive donnée au jury selon laquelle l'accusé est passible d'une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré – La directive donnée au jury était-elle appropriée? – L'expression «commis avec préméditation» de l'art. 214 vise-t-elle les victimes envisagées ou les victimes réelles? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 205, 212b), 214(2).

DROSTE C. LA REINE, 208.

5. Tentative de meurtre – *Mens rea* – La *mens rea* nécessaire se limite-t-elle à l'intention de tuer ou de causer indifféremment des lésions corporelles que l'on sait de nature à causer la mort? – En combinant l'art. 24 et les dispositions sur le meurtre par imputation, peut-on obtenir une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 24(1), 212a)(i),(ii), 213d).

R. C. ANCIO, 225.

6. Tentative d'introduction par effraction dans l'intention de commettre un acte criminel – Le juge du procès n'a pu déterminer quel acte criminel l'accusé a eu l'intention de commettre – La preuve de l'intention de commettre un acte criminel déterminé est nécessaire à la déclaration de culpabilité – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 306(1)a), 306(2).

R. C. GARLOW, 386.

7. Complot – Trafic de drogues contrôlées – Preuve – Requête en non-lieu accueillie par le juge du procès – Preuve de la participation de l'accusé au complot – Les actes et les déclarations des coconspirateurs sont-ils recevables à cette fin?

KANE C. LA REINE, 387.

8. Dénonciation – Omission de fournir des détails suffisants pour identifier les affaires en question – Dénonciation annulée – *Mandamus* – Peut-on remédier au vice en fournissant des détails? – La dénonciation peut-elle être modifiée? – Code

**DROIT CRIMINEL—Fin**

criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 510, 729, 732 – Loi sur l'aéronautique, S.R.C. 1970, chap. A-3 et modification, art. 16, 17 – Règlement de l'air, C.R.C. 1978, chap. 2, art. 700.

R. C. WIS DEVELOPMENT CORPORATION LTD. *et autres*, 485.

9. Complot – Trafic de stupéfiants – Ministère public lié par les détails fournis – Détails révélant l'existence de deux envois de stupéfiants – Aucun complot accessoire – Le juge du procès a commis une erreur en n'examinant pas si le ministère public a établi une entente relative à l'envoi de stupéfiants.

SMITH C. LA REINE, 582.

**DROIT DU TRAVAIL**

Syndicat – Devoir de représentation – Responsabilité du syndicat – Refus par un syndicat de porter un grief en arbitrage – Syndiqué n'ayant pas un droit absolu à l'arbitrage.

GUILDE DE LA MARINE MARCHANDE DU CANADA C. GAGNON *et autre*, 509.

**DROIT FISCAL**

1. Impôt sur le revenu – Plan de réduction d'impôt – Filiale G bénéficiant du report des pertes – Actif de la filiale S transféré à la filiale G – Affaires gérées par la filiale S, mais transfert des profits à la filiale G – La filiale S peut-elle se prévaloir du report des pertes de la filiale G? – Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 137, actuellement 1970-71-72 (Can.), chap. 63 et modifications, art. 245.

STUBART INVESTMENTS LTD. C. LA REINE, 536.

2. Impôt sur le revenu – Vérification de l'observation de la Loi par les négociants en denrées à terme – Demande d'identification des clients de l'appelante et des états mensuels en vertu de l'art. 231(3) – Demande attaquée par *certiorari* et jugement déclaratoire – Validité de la demande en vertu de l'art. 231(3) – Si oui, l'art. 231(3) est-il *ultra vires* de la Charte des droits et libertés ou de la Déclaration canadienne des droits ou les viole-t-il? – Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 221(1)d), 231(3), 233, et modifications.

JAMES RICHARDSON & SONS, LTD. C. MINISTRE DU REVENU NATIONAL *et autres*, 614.

**DROIT MATRIMONIAL**

Divorce – Partage des biens matrimoniaux – Validité et applicabilité de la théorie du capital de départ – The Matrimonial Property Act, 1979 (Sask.), chap. M-6.1, art. 20, 21, 22, 23, 26(1)b)(i) – Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1970, chap. I-18, art. 13 et 15.

FARR C. FARR, 252.

**DROIT MUNICIPAL**

Zonage - Plans légaux - Expropriation - Plans mettant en réserve un terrain pour la création d'un parc - Zonage empêchant l'aménagement projeté - Vu son intention de créer un parc, la municipalité est-elle tenue d'exproprier en vertu de l'art. 70(1) de The Planning Act, 1977? - The Planning Act, 1977, 1977 (Alb.), chap. 89 (actuellement R.S.A. 1980, chap. P-9), art. 1(14), 45(1), 46, 53, 59(1), 61, 62(2), 65a,d), 66, 67(2),(5), 68, 69(1),(2), 70, 83(3).

HARTEL HOLDINGS CO. LTD. C. VILLE DE CALGARY, 337.

**LOIS**

- 1.—Act for the Union of the Colony of Vancouver Island with the Colony of British Columbia, 1866 (R.-U.), 29-30 Vict., chap. 67..... 388  
*Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL*
- 2.—Charte canadienne des droits et libertés, art. 2..... 269  
*Voir: RELATIONS DE TRAVAIL*
- 3.—Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6(2)a),b), (3)..... 357  
*Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL*
- 4.—Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1 (mod. par 1972 (Can.), chap. 18, art. 1), art. 144..... 269  
*Voir: RELATIONS DE TRAVAIL*
- 5.—Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 184(1)a) [1972 (Can.), chap. 18, art. 1], 184(3)a) [1972 (Can.), chap. 18, art. 1; 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 65], 189 [1972 (Can.), chap. 18, art. 1; 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 68]..... 269  
*Voir: RELATIONS DE TRAVAIL*
- 6.—Code criminel, art 21 et 218..... 74  
*Voir: DROIT CRIMINEL*
- 7.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 496, 504, 505, 507 (modifié par 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 63)..... 131  
*Voir: DROIT CRIMINEL*
- 8.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 205, 212b), 214(2)..... 208  
*Voir: DROIT CRIMINEL*
- 9.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 24(1), 212a)(i),(ii), 213d)..... 225  
*Voir: DROIT CRIMINEL*
- 10.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 (modifié par 1976-77 (Can.), chap. 53, art. 3), art. 84(2)..... 266  
*Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL*
- 11.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 306(1)a), 306(2)..... 386  
*Voir: DROIT CRIMINEL*
- 12.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 510, 729, 732..... 485  
*Voir: DROIT CRIMINEL*
- 13.—Code du travail, L.R.Q. 1977, chap. C-27 (modifié par 1977 (Qué.), chap. 41), art. 25, 28, 32, 39, 43, 59, 118, 129, 131; auparavant S.R.Q. 1964, chap. 141 et modifications, art. 22, 24a, 24e, 30, 34, 47, 103, 106, 108. 176  
*Voir: RELATIONS DE TRAVAIL*
- 14.—Convention de Genève de 1958, art. 2..... 86  
*Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL*
- 15.—Labour Code of British Columbia, 1973 (2<sup>e</sup> Sess.) (B.C.), chap. 122 et modifications (actuellement le Labour Code, R.S.B.C. 1979, chap. 212), art. 32(4)..... 83  
*Voir: RELATIONS DE TRAVAIL*
- 16.—Law Society Act, R.S.O. 1980, chap. 233, art. 28c)..... 357  
*Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL*
- 17.—Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92, 92(5), 92(13), 92A(1)..... 86  
*Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL*
- 18.—Loi constitutionnelle de 1867, art. 109, 132..... 86  
*Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL*
- 19.—Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 137, actuellement 1970-71-72 (Can.), chap. 63 et modifications, art. 245..... 536  
*Voir: DROIT FISCAL*
- 20.—Loi de l'impôt sur le revenu, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, art. 221(1)d), 231(3), 233, et modifications..... 614  
*Voir: DROIT FISCAL*
- 21.—Loi des fabriques, 1965 (Qué.), chap. 76 (maintenant L.R.Q. 1977, chap. F-1), art. 18b), 26g)..... 19  
*Voir: PRESCRIPTION*
- 22.—Loi sur l'aéronautique, S.R.C. 1970, chap. A-3 et modification, art. 16, 17..... 485  
*Voir: DROIT CRIMINEL*
- 23.—Loi sur l'identification des criminels, S.R.C. 1970, chap. I-1, art. 2..... 192  
*Voir: DROIT CRIMINEL*
- 24.—Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1970, chap. I-18, art. 13 et 15..... 252  
*Voir: DROIT MATRIMONIAL*
- 25.—Loi sur la fonction publique, 1978 (Qué.), chap. 15, art. 29, 80, 93, 97..... 472  
*Voir: DROIT ADMINISTRATIF*
- 26.—Loi sur la pêche sportive et la chasse, 1980 (N.-B.), chap. F-14.1, art. 50..... 266  
*Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL*
- 27.—Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, chap. J-3..... 192  
*Voir: DROIT CRIMINEL*
- 28.—Loi sur Terre-Neuve, 1949 (R.-U.), chap. 22, Conditions de l'union (annexe), clauses 2, 3, 7, 35, 37..... 86  
*Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL*
- 29.—Matrimonial Property Act, 1979 (Sask.), chap. M-6.1, art. 20, 21, 22, 23, 26(1)b)(i)..... 252  
*Voir: DROIT MATRIMONIAL*

**LOIS—Fin**

- 30.—Planning Act, 1977, 1977 (Alb.), chap. 89 (actuellement R.S.A. 1980, chap. P-9), art. 1(14), 45(1), 46, 53, 59(1), 61, 62(2), 65a,d), 66, 67(2),(5), 68, 69(1),(2), 70, 83(3)..... 337  
*Voir: DROIT MUNICIPAL*
- 31.—Statut de Westminster, 1931 (R.-U.), chap. 4, art. 1, 3, 10, 11..... 86  
*Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL*
- 32.—Territorial Waters Jurisdiction Act, 1878 (R.-U.), 41-42 Vict., chap. 73..... 388  
*Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL*
- 33.—Upper Churchill Water Rights Reversion Act, 1980 (T.-N.), chap. 40..... 297  
*Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL*

**PRESCRIPTION**

Louage d'ouvrage – Responsabilité de l'architecte, des ingénieurs et de l'entrepreneur – Vice de construction – Manifestation graduelle – Point de départ de la prescription – Code civil, art. 1688, 1689, 2259 – Loi des fabriques, 1965 (Qué.), chap. 76 (maintenant L.R.Q. 1977, chap. F-1), art. 18b), 26g) – Code de procédure civile, art. 56.

DESGAGNÉ C. FABRIQUE DE LA PAROISSE ST-PHILIPPE D'ARVIDA; FABRIQUE DE LA PAROISSE ST-PHILIPPE D'ARVIDA C. DESGAGNÉ *et autres*, 19.

**PREUVE**

Droit constitutionnel – Validité d'une loi – Recevabilité d'éléments de preuve extrinsèques.

RENVOI RELATIF À LA UPPER CHURCHILL WATER RIGHTS REVERSION ACT, 297.

**RELATIONS DE TRAVAIL**

1. Piquetage – Syndicat accrédité en vertu de la loi fédérale qui fait du piquetage auprès d'entreprises provinciales – Actions en dommages-intérêts pour piquetage illégal intentées par les employeurs touchés – Code du travail de la province exigeant le consentement préalable du Labour Relations Board pour intenter ces actions – Applicabilité du Code du travail de la province dans le cas de piquetage résultant d'un conflit de travail fédéral – Labour Code of British Columbia, 1973 (2<sup>e</sup> Sess.) (B.C.), chap. 122 et modifications (actuellement le Labour Code, R.S.B.C. 1979, chap. 212), art. 32(4).

TELECOMMUNICATIONS WORKERS' UNION C. BRITISH COLUMBIA FERRY CORPORATION; TELECOMMUNICATIONS WORKERS' UNION, SECTION LOCALE 36, *et autres* C. FORDING COAL LTD., 83.

2. Enquête relative à la définition de l'unité de négociation – Commissaires du travail refusant à des salariés compris dans

**RELATIONS DE TRAVAIL—Fin**

l'unité de négociation le droit d'être présents et d'être entendus – Bref d'évocation – Les salariés sont-ils des personnes intéressées? – Code de procédure civile, art. 846 – Code du travail, L.R.Q. 1977, chap. C-27 (modifié par 1977 (Qué.), chap. 41), art. 25, 28, 32, 39, 43, 59, 118, 129, 131; auparavant S.R.Q. 1964, chap. 141 et modifications, art. 22, 24a, 24e, 30, 34, 47, 103, 106, 108.

ASSOCIATION DES EMPLOYÉS DE LA LAURENTIENNE C. CARRIER *et autre*; BIBEULT *et autres* C. MCCAFFREY; VASSART C. CARRIER *et autre*, 176.

3. Droit du successeur – Fusion de deux succursales bancaires – Vente d'entreprise – Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1 (mod. par 1972 (Can.), chap. 18, art. 1), art. 144.

BANQUE NATIONALE DU CANADA C. UNION INTERNATIONALE DES EMPLOYÉS DE COMMERCE *et autre*, 269.

4. Pratiques déloyales – Pouvoir de redressement – Aucun rapport entre infractions et certains remèdes – Le Conseil canadien des relations du travail a-t-il excédé sa compétence? – Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 184(1)a) [1972 (Can.), chap. 18, art. 1], 184(3)a) [1972 (Can.), chap. 18, art. 1; 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 65], 189 [1972 (Can.), chap. 18, art. 1; 1977-78 (Can.), chap. 27, art. 68] – Charte canadienne des droits et libertés, art. 2.

BANQUE NATIONALE DU CANADA C. UNION INTERNATIONALE DES EMPLOYÉS DE COMMERCE *et autre*, 269.

**RESPONSABILITÉ**

Responsabilité délictuelle – Responsabilité professionnelle envers des tiers – Arpenteur-géomètre – Erreur quant à la superficie d'un terrain au livre de renvoi – Réduction du prix du terrain – Réclamation contre l'arpenteur-géomètre fondée sur cette réduction – Lien de causalité – Code civil, art. 1053, 2166, 2167, 2168, 2174, 2175.

PARROT C. THOMPSON *et autre*, 57.

**RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE**

*Passing off* – Formes traditionnelle et «élargie» – Réseau de ventes composé de concessionnaires agréés – Montres identiques, portant la même marque de commerce, vendues en dehors de ce réseau – Impossibilité pour les vendeurs non agréés d'assurer la garantie du fabricant et les moyens de promotion des ventes – Injonction interlocutoire imposant au vendeur non agréé d'aviser le public quant à la garantie – Injonction permanente interdisant au vendeur non agréé de faire de la publicité pour le produit ou de le vendre – Interdiction justifiée ou non par le délit civil de *passing off*.

CONSUMERS DISTRIBUTING COMPANY LTD. C. SEIKO TIME CANADA LTD. *et autres*, 583.

**SOCIÉTÉ**

Société tacite – Concubins – Achat et exploitation commune d'une ferme – Action *pro socio* – Code civil, art. 1830 et suiv.

BEAUDOIN-DAIGNEAULT C. RICHARD, 2.

**TRIBUNAUX**

Appel – Cour d'appel intervenant dans les déterminations et conclusions de fait du juge de première instance – Aucune erreur de la part du premier juge – Principes régissant l'intervention d'une seconde cour d'appel en regard des déterminations de fait d'une première cour d'appel – Principes régissant l'intervention d'une seconde cour d'appel en regard des déterminations de fait du juge de première instance.

BEAUDOIN-DAIGNEAULT C. RICHARD, 2.

