



1971

**Canada
Federal Court
Reports**

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

Editor:
MRS. FLORENCE ROSENFELD, LL.B.

Éditeur:
M^{me} FLORENCE ROSENFELD, LL.B.

Assistant Editor:
M. I. PIERCE, B.A., LL.B.

Éditeur adjoint:
M. I. PIERCE, B.A., LL.B.

**JUDGES
OF THE
FEDERAL COURT OF CANADA**

CHIEF JUSTICE

The Honourable WILBUR ROY JACKETT
(Appointed June 1, 1971)

ASSOCIATE CHIEF JUSTICE

The Honourable CAMILIEN NOËL
(Appointed June 1, 1971)

COURT OF APPEAL JUDGES

The Honourable JACQUES DUMOULIN
(Appointed June 1, 1971)

The Honourable ARTHUR LOUIS THURLOW
(Appointed June 1, 1971)

TRIAL DIVISION JUDGES

The Honourable ANGUS ALEXANDER CATTANACH
(Appointed June 1, 1971)

The Honourable HUGH FRANCIS GIBSON
(Appointed June 1, 1971)

The Honourable ALLISON ARTHUR MARIOTTI WALSH
(Appointed June 1, 1971)

The Honourable RODERICK KERR
(Appointed June 1, 1971)

The Honourable LOUIS PRATTE
(Appointed June 10, 1971)

The Honourable DARREL VERNER HEALD
(Appointed July 9, 1971)

The Honourable FRANK U. COLLIER
(Appointed September 16, 1971)

DEPUTY JUDGES OF THE FEDERAL COURT

(Section 60(3), Federal Court Act)

The Honourable ROBERT S. FURLONG

The Honourable JAMES D. HIGGINS

The Honourable HAROLD G. PUDDISTER

The Honourable GEORGE ERIC TRITCHLER

The Honourable DALTON C. WELLS

ATTORNEY GENERAL OF CANADA

The Honourable JOHN N. TURNER, Q.C.

SOLICITOR GENERAL OF CANADA

The Honourable JEAN-PIERRE GOYER

**JUGES
DE LA
COUR FÉDÉRALE DU CANADA**

LE JUGE EN CHEF

L'honorable WILBUR ROY JACKETT
(nommé le 1^{er} juin 1971)

LE JUGE EN CHEF ADJOINT

L'honorable CAMILIEN NOËL
(nommé le 1^{er} juin 1971)

LES JUGES DE LA COUR D'APPEL

L'honorable JACQUES DUMOULIN
(nommé le 1^{er} juin 1971)

L'honorable ARTHUR LOUIS THURLOW
(nommé le 1^{er} juin 1971)

LES JUGES DE LA DIVISION DE PREMIÈRE INSTANCE

L'honorable ANGUS ALEXANDER CATTANACH
(nommé le 1^{er} juin 1971)

L'honorable HUGH FRANCIS GIBSON
(nommé le 1^{er} juin 1971)

L'honorable ALLISON ARTHUR MARIOTTI WALSH
(nommé le 1^{er} juin 1971)

L'honorable RODERICK KERR
(nommé le 1^{er} juin 1971)

L'honorable LOUIS PRATTE
(nommé le 10 juin 1971)

L'honorable DARREL VERNER HEALD
(nommé le 9 juillet 1971)

L'honorable FRANK U. COLLIER
(nommé le 16 septembre 1971)

JUGES SUPPLÉANTS DE LA COUR FÉDÉRALE

(article 60(3), Loi sur la Cour fédérale)

L'honorable ROBERT S. FURLONG

L'honorable JAMES D. HIGGINS

L'honorable HAROLD G. PUDDISTER

L'honorable GEORGE ERIC TRITCHLER

L'honorable DALTON C. WELLS

PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

L'honorable JOHN N. TURNER, Q.C.

SOLLICITEUR GÉNÉRAL DU CANADA

L'honorable JEAN-PIERRE GOYER

ERRATUM

PAGE 48

(Note: This erratum was printed in Part 2 but is reprinted for the convenience of subscribers.)

In the English column, 2nd paragraph, last line after the word “case”, insert the words “his universal legatee”.

(Nota: Cet erratum a paru dans le 2^e fascicule; il est réimprimé pour le bénéfice des abonnés.)

Dans la version anglaise, au deuxième alinéa, à la dernière ligne après le mot «case» insérer les mots «his universal legatee».

A TABLE
of the
Names of the Cases Reported
in this Volume

TABLE
des
arrêts rapportés
dans ce volume

A

Adidas (Can.) Ltd. v. Skoro Enterprises Ltd.....	382
Aly Abdel Hafez Aly v. Minister of Manpower and Immigration.....	540
American Cyanamid Co. v. Novopharm Ltd.....	534
<i>Angelic Power</i> (The), Normandin Lumber Ltd. v.....	263
Att'y Gen. of Can., Lavell v.....	347

B

Bartlett v. Minister of National Revenue.....	53
<i>Bernd Wesch II</i> (The), Grace Plastics Ltd. v.....	273
Blaha v. Minister of Citizenship and Immigration.....	521
Blue Cross Beauty Products Inc., Canadian Council of Blue Cross Plans v.....	543
Bourque, National Capital Commission v. (No. 1).....	131
Bourque, National Capital Commission v. (No. 2).....	133
Bowater Power Co. v. Minister of National Revenue.....	421
Burlington Northern (Man.) Ltd., Gateway Packers 1968 Ltd. v.....	359

C

Canadian Council of Blue Cross Plans v. Blue Cross Beauty Products Inc.....	543
C.B.A. Engineering Ltd. v. Minister of National Revenue.....	3
Comeau's Sea Foods Ltd. v. The <i>Frank and Troy</i>	556
CTV Television Network, National Indian Brotherhood v.....	127

D

Danard v. The Queen.....	417
Demetrios Karamanlis v. The <i>Norsland</i>	487
Denison Mines Ltd. v. Minister of National Revenue.....	295
Dow Chemical Co. v. Firestone Tire & Rubber Co.....	81
Dussault, National Capital Commission v.....	355

F

Falconbridge Nickel Mines Ltd. v. Minister of National Revenue.....	471
Fascination Lingerie Inc., Kayser-Roth Can. Ltd. v.....	84
Firestone Tire & Rubber Co., Dow Chemical Co. v.....	81
<i>Frank and Troy</i> (The), Comeau's Sea Foods Ltd. v.....	556

G

Gateway Packers 1968 Ltd. v. Burlington Northern (Man.) Ltd.....	359
Grace Plastics Ltd. v. The <i>Bernd Wesch II</i>	273
Guay (J. L.) Ltée v. Minister of National Revenue.....	237

H

Hammond v. Minister of National Revenue.....	341
--	-----

I

In re Copyright Appeal Board & Canadian Association of Broadcasters.....	170
International Nickel Co. v. Minister of National Revenue.....	213

J

Juneau, National Indian Brotherhood v. (No. 1).....	66
Juneau, National Indian Brotherhood v. (No. 2).....	73
Juneau, National Indian Brotherhood v. (No. 3).....	498

K

Kayser-Roth Can. Ltd. v. Fascination Lingerie Inc.	84
Koenig v. Minister of Transport.....	190
Koffler Stores Ltd. v. Turner.....	145
<i>Kostis Prois</i> (The), Seaspan International Ltd. v.	103

L

Lariveau v. Minister of Manpower and Immigration.....	390
Lavell v. Attorney General of Canada.....	347
Lemieux-Fournier, Minister of National Revenue v.....	39

M

MacDonald, Vapor Canada Ltd. v. (No. 1).....	452
MacDonald, Vapor Canada Ltd. v. (No. 2).....	465
Manchester Liners Ltd. v. The <i>Scotia Trader</i>	14
Maple Leaf Mills Ltd. v. The Queen.....	137
MCA Canada Ltd. v. Robert Simpson Productions.....	445
Minister of Citizenship and Immigration, Blaha v.	521
Minister of Manpower and Immigration, Aly Abdel Hafez Aly v.....	540
Minister of Manpower and Immigration, Lariveau v.	390
Minister of Transport, Koenig v.....	190
Minister of National Revenue, Bartlett v.....	53
Minister of National Revenue, Bowater Power Co. Ltd. v.....	421
Minister of National Revenue, C.B.A. Engineering Ltd. v.....	3
Minister of National Revenue, Denison Mines Ltd. v.....	295
Minister of National Revenue, Falconbridge Nickel Mines Ltd. v.....	471
Minister of National Revenue, Hammond v.....	341
Minister of National Revenue, International Nickel Co. v.....	213
Minister of National Revenue, J. L. Guay Ltée v.....	237
Minister of National Revenue, Roberts Estate v.....	323
Minister of National Revenue, Rose v.....	408
Minister of National Revenue, Tory Estate v.....	248
Minister of National Revenue v. Lemieux-Fournier.....	39

N

National Energy Board, Northern & Central Gas Corp. v.....	149
National Indian Brotherhood v. CTV Television Network.....	127
National Indian Brotherhood v. Juneau (No. 1).....	66
National Indian Brotherhood v. Juneau (No. 2).....	73
National Indian Brotherhood v. Juneau (No. 3).....	498
National Capital Commission v. Bourque (No. 1).....	131
National Capital Commission v. Bourque (No. 2)	133
National Capital Commission v. Dussault.....	355
Nord-Deutsche Versicherungs Gesellschaft v. The Queen.....	528
Normandin Lumber Ltd. v. The <i>Angelic Power</i>	263
<i>Norsland</i> (The), Demetries Karamanlis v.....	487
Northern & Central Gas Corp. v. National Energy Board.....	149
Novopharm Ltd., American Cyanamid Co. v.....	534

Q

Queen, The: See "R"

R

Reine, La: Voir "R"

Roberts Estate v. Minister of National Revenue.....	323
Robert Simpson Productions, MCA Canada Ltd. v.....	445
Rose v. Minister of National Revenue.....	408
R., Danard v.....	417
R., Maple Leaf Mills Ltd. v.....	137
R., Nord-Deutsche Versicherungs Gesellschaft v.....	528
R. v. Simard-Beaudry Inc.	396
R. v. Sonnenberg.....	95

S

<i>Scotia Trader</i> (The), Manchester Liners Ltd. v.....	14
Seaspan International Ltd. v. The <i>Kostis Prois</i>	103
Simard-Beaudry Inc., La Reine v.....	396
Skoro Enterprises Ltd., Adidas (Can.) Ltd. v.	382
Sonnenberg, The Queen v.....	95
Standard Coil Products Can. Ltd. v. Standard Radio Corp.....	106
Standard Radio Corp., Standard Coil Products Can. Ltd. v.....	106

T

Tory Estate v. Minister of National Revenue.	248
Turner, Koffler Stores Ltd. v.....	145

V

Vapor Canada Ltd. v. MacDonald (No. 1).....	452
Vapor Canada Ltd. v. MacDonald (No. 2).....	465



CASES JUDICIALLY NOTED
TABLE DES AUTORITÉS CITÉES

	Page
<i>Anticosti Shipping Co. v. Viateur St-Amand</i> [1959] S.C.R. 372. Applied, <i>Grace Plastics Ltd. v. The Bernd Wesch II</i>	274
<i>Argosy Marine Co. v. The Jeannot D</i> [1970] Ex.C.R. 351. Applied, <i>Comeau's Sea Foods Ltd. v. The Frank and Troy</i>	556
<i>Att'y Gen. v. Oldham</i> [1940] 1 K.B. 599, affirmed [1940] 2 K.B. 485. Distinguished, <i>Roberts Estate v. M.N.R.</i>	324
<i>Belisle v. Minister of Transport</i> [1967] 2 Ex.C.R. 141. Referred to, <i>Koenig v. Minister of Transport</i>	190
<i>Bell Telephone Co. v. C.N.R.</i> [1932] S.C.R. 222. Applied, <i>Gateway Packers 1968 Ltd. v. Burlington Northern (Man.) Ltd.</i>	360
<i>Bennett v. Ogston</i> (1930) 15 T.C. 374. Applied, <i>Tory Estate v. M.N.R.</i>	248
<i>Boston Rubber Shoe Co. v. Boston Rubber Co. of Montreal</i> (1901-02) 32 S.C.R. 315. Followed, <i>Kayser-Roth Can. Ltd. v. Fascination Lingerie Inc.</i>	84
<i>British Insulated & Helsby Cables Ltd. v. Atherton</i> [1926] A.C. 205. Applied, <i>Denison Mines Ltd. v. M.N.R.</i>	296
<i>British Insulated & Helsby Cables Ltd. v. Atherton</i> [1926] A.C. 205. Applied, <i>International Nickel Co. v. M.N.R.</i>	213
<i>British Trade (The)</i> [1924] P. 104, 18 Lloyd's Rep. 65. Discussed, <i>Demetries Karamanlis v. The Norsland</i>	487
<i>Canada Starch Co. v. M.N.R.</i> [1968] C.T.C. 466. Applied, <i>Bowater Power Co. Ltd. v. M.N.R.</i>	421
<i>Canada Starch Co. v. M.N.R.</i> [1969] 1 Ex.C.R. 96. Applied, <i>Denison Mines Ltd. v. M.N.R.</i>	296
<i>Carolina (The)</i> 3 Asp. M.L.C. 141. Distinguished, <i>Demetries Karamanlis v. The Norsland</i>	487
<i>Clairol International Corp. v. Thomas Supply & Equipment Co.</i> [1968] 2 Ex.C.R. 552. Applied, <i>Canadian Council of Blue Cross Plans v. Blue Cross Beauty Products Inc.</i>	543
<i>Coastal Equipment Agencies Ltd. v. The Comer</i> [1970] Ex.C.R. 13. Applied, <i>Comeau's Sea Foods Ltd. v. The Frank and Troy</i>	556
<i>Deltona Corp. v. M.N.R.</i> [1971] D.T.C. 5186. Applied, <i>Roberts Estate v. M.N.R.</i>	324
<i>Dow Chemical Co. v. Kayson Plastics & Chemicals Ltd.</i> [1967] 1 Ex.C.R. 71. Referred to, <i>Vapor Canada Ltd. v. MacDonald</i> [No. 1].....	452
<i>Eldon Industries Inc. v. Reliable Toy Co.</i> (1966) 54 D.L.R. (2d) 97. Applied, <i>Canadian Council of Blue Cross Plans v. Blue Cross Beauty Products Inc.</i>	543
<i>Errington v. Errington & Woods</i> [1952] 1 K.B. 290. Referred to, <i>Bowater Power Co. Ltd. v. M.N.R.</i>	421
<i>Fairport (The)</i> 2 [1966] 2 Lloyd's Rep. 7. Referred to, <i>Demetries Karamanlis v. The Norsland</i>	487
<i>Falconbridge Nickel Mines Ltd. v. Chimo Shipping Ltd.</i> [1969] 2 Ex.C.R. 261. Distinguished, <i>Grace Plastics Ltd. v. The Bernd Wesch II</i>	275
<i>Fasken's Estate v. M.N.R.</i> [1948] Ex.C.R. 580. Applied, <i>Tory Estate v. M.N.R.</i>	248

<i>Gamache v. Jones</i> [1968] 1 Ex.C.R. 345. Distinguished, <i>National Indian Brotherhood v. Juneau</i> [No. 3].....	498
<i>Hassenfeld Bros. Inc. v. Parkdale Novelty Co.</i> [1967] 1 Ex.C.R. 277. Referred to, <i>Vapor Canada Ltd. v. MacDonald</i> [No. 1].....	452
<i>Highway Sawmills Ltd. v. M.N.R.</i> [1964] S.C.R. 304. Applied, <i>Tory Estate v. M.N.R.</i> ...	248
<i>International Nickel Co. v. M.N.R.</i> [1969] 1 Ex.C.R. 563. Applied, <i>International Nickel Co. v. M.N.R.</i>	213
<i>John Colford Contracting Co. v. M.N.R.</i> [1960] Ex.C.R. 433. Applied, <i>J. L. Guay Ltée v. M.N.R.</i>	237
<i>Johnson Asbestos Corp. v. M.N.R.</i> [1966] Ex.C.R. 212. Considered, <i>International Nickel Co. v. M.N.R.</i>	213
<i>King v. David Allen & Sons Ltd.</i> [1916] 2 A.C. 54. Referred to, <i>American Cyanamid Co. v. Novopharm Ltd.</i>	534
<i>M.N.R. v. Cox</i> [1971] D.T.C. 5150. Referred to, <i>Roberts Estate v. M.N.R.</i>	324
<i>M.N.R. v. MacLean Mining Co.</i> [1970] S.C.R. 877. Considered, <i>International Nickel Co. v. M.N.R.</i>	213
<i>Montreal Dry Docks & Ship Repairing Co. v. Halifax Shipyards Ltd.</i> (1920) 60 S.C.R. 359. Applied, <i>Comeau's Sea Foods Ltd. v. The Frank and Troy</i>	556
<i>Montreal Trust Co. v. M.N.R.</i> [1964] S.C.R. 667. Distinguished, <i>M.N.R. v. Lemieux-Fournier</i>	39
<i>Mount Isa Mines Ltd. v. Fed. Com'r of Taxation</i> [1954] 92 C.L.R. 483. Distinguished, <i>International Nickel Co. v. M.N.R.</i>	213
<i>National Gypsum Co. v. Northern Sales Ltd.</i> [1964] S.C.R. 144. Distinguished, <i>Normandin Lumber Ltd. v. The Angelic Power</i>	263
<i>National Indian Brotherhood v. Juneau</i> [No. 1] [1971] F.C. 66. Referred to, <i>National Indian Brotherhood v. CTV Television Network Ltd.</i>	127
<i>National Indian Brotherhood v. Juneau</i> [No. 2] [1971] F.C. 73. Followed, <i>In re Copyright Appeal Board & Canadian Association of Broadcasters</i>	170
<i>Naval Colliery Ltd. v. I.R.C.</i> (1928) 12 T.C. 1017. Applied, <i>J. L. Guay Ltée v. M.N.R.</i> ...	237
<i>Oakfield Developments (Toronto) Ltd. v. M.N.R.</i> [1969] 2 Ex.C.R. 149. Applied, <i>Roberts Estate v. M.N.R.</i>	324
<i>Paterson Steamships Ltd. v. Aluminum Co. of Can.</i> [1951] S.C.R. 852. Applied, <i>Grace Plastics Ltd. v. The Bernd Wesch II</i>	274
<i>Precision Metalsmiths Inc. v. Cercast Inc.</i> [1967] 1 Ex.C.R. 214. Referred to, <i>Vapor Canada Ltd. v. MacDonald</i> [No. 1].....	452
<i>Proulx v. Leblanc</i> [1969] S.C.R. 765. Applied, <i>R. v. Simard-Beaudry Inc.</i>	396
<i>Pure Spring Co. v. M.N.R.</i> [1946] Ex.C.R. 471. Distinguished, <i>National Indian Brotherhood v. Juneau</i> [No. 3].....	498
<i>Rainham Chemical Works Ltd. v. Belvedere Fish Guano Co.</i> [1921] 2 A.C. 465. Applied, <i>Maple Leaf Mills Ltd. v. R.</i>	137
<i>Royal Trust Co. v. M.N.R.</i> [1965] Ex.C.R. 414, aff'd [1968] S.C.R. 505. Referred to, <i>M.N.R. v. Lemieux-Fournier</i>	39
<i>Sara (The)</i> (1889) 14 App. Cas. 209. Discussed, <i>Demetries Karamanlis v. The Norsland</i>	487
<i>Sevenoaks v. London & Dover Rly. Co.</i> (1879) 11 Ch.D. 625. Referred to, <i>Bowater Power Co. Ltd. v. M.N.R.</i>	421

	Page
<i>Smith Stone & Knight Ltd. v. Birmingham Corp.</i> [1939] 4 All E.R. 116. Considered, Denison Mines Ltd. v. M.N.R.....	296
<i>Southern Railway of Peru Ltd. v. Owen</i> [1957] A.C. 334. Applied, <i>J. L. Guay Ltée v. M.N.R.</i>	237
<i>Spooner v. M.N.R.</i> [1928-1934] C.T.C. 171, 184. Applied, <i>Bartlett v. M.N.R.</i>	53
<i>Spun Rock Wools Ltd. v. Fiberglass Canada Ltd.</i> [1943] S.C.R. 547, aff'd. (P.C.) 6 C.P.R. 57. Distinguished, <i>American Cyanamid Co. v. Novopharm Ltd.</i>	534
<i>Svenska Traktor Aktiebolaget v. Maritime Agencies (Southampton) Ltd.</i> [1953] 2 All E.R. 570. Applied, <i>Grace Plastics Ltd. v. The Bernd Wesch II</i>	274
<i>Union Carbide Canada Ltd. v. Canadian Industries Ltd.</i> [1969] 2 Ex.C.R. 422. Referred to, <i>Vapor Canada Ltd. v. MacDonald</i> [No. 1]....	452
<i>West Hill v. M.N.R.</i> [1969] 2 Ex.C.R. 441. Referred to, <i>Roberts Estate v. M.N.R.</i>	324
<i>Wiswell v. Winnipeg</i> [1965] S.C.R. 512. Distinguished, <i>Gateway Packers 1968 Ltd. v. Burlington Northern (Man.) Ltd.</i>	360

**STATUTES,
REGULATIONS
AND
RULES CITED**

**STATUTS,
RÈGLEMENTS
ET
RÈGLES CITÉS**

STATUTES

STATUTS

CANADA

CANADA

		PAGE
British North America Act, 1867	Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867	
s./art. 91(2).....	149
s./art. 91(29).....	149
s./art. 92(10)(a).....	149
s./art. 96.....	347
 Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11	 Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, c. B-11	
s./art. 3.....	127
s./art. 15.....	127
s./art. 16.....	127
s./art. 19(2)(c).....	66, 73, 498
 Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10	 Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, c. E-10	
s./art. 4(1).....	465
s./art. 5.....	465
s./art. 30(3) (not reported/non publié, T-1498-71)	
 Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9	 Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, c. S-9	
— — —	487
— — —	556
— — — (not reported/non publié, 54-70)	
s./art. 558(1).....	190
s./art. 647(2) (not reported/non publié, 16-70)	
s./art. 648.....	528
 Canadian Citizenship Act, R.S.C. 1970, c. C-19	 Loi sur la citoyenneté canadienne, S.R.C. 1970, c. C-19	
s./art. 10(1)(b).....	521
s./art. 10(1)(c).....	521

	PAGE
Carriage of Goods by Water Act, R.S.C. 1970, c. C-15 <i>See: Hague Rules</i>	
Loi sur le transport des marchandises par eau, S.R.C. 1970, c. C-15 <i>Voir: Règles de La Haye</i>	
Copyright Act, R.S.C. 1952, c. 55 — — — (not reported/non publié, T-2158-71) s./art. 17 (not reported/non publié, T-1674-71) s./art. 50.....	170
Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1952, c. 55	
Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38 s./art. 3(1) (not reported/non publié, T-2573-71) s./art. 7(1) (not reported/non publié, T-2573-71) s./art. 8 (not reported/non publié, T-2573-71) s./art. 23 (not reported/non publié, T-2573-71)	
Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, c. C-38	
Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40 s./art. 248.....	137
Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, c. C-40	
Customs Tariff, R.S.C. 1952, c. 60 s./art. 6.....	137
Tarif des douanes, S.R.C. 1952, c. 60	
Estate Tax Act, 1958, c. 29 s./art. 3(1)(a)..... s./art. 3(1)(c)..... s./art. 3(2)(a)..... s./art. 58(1)(f).....	39 323 39 39
Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès, 1958, c. 29.	
Expropriation Act, R.S.C. 1952, c. 106 — — — (not reported/non publié, T-423-71) — — — (not reported/non publié, T-655-71) s./art. 24 (not reported/non publié, T-935-71) s./art. 30.....	95
Loi sur les expropriations, S.R.C. 1952, c. 106	
Federal Court Act, 1970, c. 1 s./art. 1(3)(d)..... s./art. 1(4)(a)..... s./art. 2(g)..... s./art. 17(3)(c)..... s./art. 17(4)(b) (not reported/non publié, T-2573-71) s./art. 18..... s./art. 27..... s./art. 28..... s./art. 34..... s./art. 40..... s./art. 48 (not reported/non publié, T-2573-71) s./art. 52(a)..... s./art. 61..... s./art. 61(1)..... s./art. 61(2).....	355 355 347 131, 133 66, 73 103 66, 73, 170, 347, 359, 540 103 275 73 103, 170 73, 170 170
Loi sur la Cour fédérale, 1970, c. 1	

	PAGE
Immigration Appeal Board Act, R.S.C. 1970, c. I-3	
Loi sur la Commission d'appel de l'immigration, S.R.C. 1970, c. I-3	
s./art. 23.....	390
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148	
Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148	
s./art. 3.....	341
s./art. 4.....	341
s./art. 11(1)(a) (not reported/non publié, T-1391-71)	
s./art. 11(1)(c).....	295
s./art. 11(1)(qb) (not reported/non publié, T-1317-71)	
s./art. 12(1)(e).....	237
s./art. 12(1)(h) (not reported/non publié, T-1391-71)	
s./art. 13.....	3
s./art. 13 (not reported/non publié, T-1631-71)	
s./art. 19(1).....	53
s./art. 20(6)(e) (not reported/non publié, T-1391-71)	
s./art. 20(6)(g) (not reported/non publié, T-882-71)	
s./art. 26(1)(c) (not reported/non publié, T-1663-71)	
s./art. 40A (not reported/non publié, T-362-71)	
s./art. 46(4) (not reported/non publié, T-1573-71)	
s./art. 46(4)(a)(ii).....	396
s./art. 46(7) (not reported/non publié, T-2031-71)	
s./art. 53(1)(a) (not reported/non publié, T-1573-71)	
s./art. 56(2) (not reported/non publié, T-1318-71)	
s./art. 58(3) (not reported/non publié, T-1573-71)	
s./art. 64(2).....	248
s./art. 64(3).....	248
s./art. 67(1).....	408
s./art. 68(1)(c).....	408
s./art. 72 (not reported/non publié, T-462-71)	
s./art. 72(1).....	213
s./art. 72A (not reported/non publié, T-462-71)	
s./art. 83(2).....	53
s./art. 83(3) (not reported/non publié, T-1389-71)	
s./art. 83(4) (not reported/non publié, T-1389-71)	
s./art. 83(5).....	295, 471
s./art. 85c (not reported/non publié, T-1663-71)	
s./art. 111 (not reported/non publié, T-990-71)	
s./art. 118.....	396
s./art. 137(2) (not reported/non publié, B-4089)	
s./art. 138A(2) (not reported/non publié, T-947-71)	
s./art. 138A(3)(b)(ii) (not reported/non publié, T-947-71)	
s./art. 139(1)(e).....	341
s./art. 139(1)(e) (not reported/non publié, T-412-71, T-782-71, T-854-71, T-855-71, T-944-71, T-945-71, T-946-71, T-1135-71, T-1160-71)	
s./art. 139(1)(p) (not reported/non publié, T-1631-71)	
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6	
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, c. I-6	
s./art. 9(3).....	347
s./art. 11(f).....	347
s./art. 12(1)(b).....	347
s./art. 94(b).....	347

	PAGE
Industrial Design Act, R.S.C. 1970, c. I-8 s./art. 7(3) (not reported/non publié, T-2133-71) s./art. 14 (not reported/non publié, T-2133-71)	Loi sur les dessins industriels, S.R.C. 1970, c. I-8
National Energy Board Act, 1959 (Can.), c. 46 s./art. 50-61..... s./art. 97(1).....	Loi sur l'Office national de l'énergie, 1959 (Can.), c. 46 149 149
National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17 s./art. 64(2).....	Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, c. N-17 359
Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4 — — — (not reported/non publié, T-1757-71) s./art. 2..... s./art. 41(1) (not reported/non publié, A-38-71, A-1906) s./art. 45 (not reported/non publié, T-1321-71) s./art. 45(8) (not reported/non publié, A-55-71, T-2009, T-1610-13-71, T-3525-71) s./art. 57..... s./art. 57(1) (not reported/non publié, T-1358-71) s./art. 62(1) (not reported/non publié, A-55-71)	Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, c. P-4 534 534
Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2 s./art. 97(3) (not reported/non publié, T-2285-71) s./art. 106..... s./art. 119.....	Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, c. R-2 359 359
Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10 — — — s./art. 2 (not reported/non publié, T-1253-71) s./art. 4 (not reported/non publié, T-1498-71) s./art. 6(2)..... s./art. 6(4) (not reported/non publié, T-1425-71) s./art. 7 (not reported/non publié, T-3984-71) s./art. 7(b)..... s./art. 7(e)..... s./art. 12(2)..... s./art. 16(1)..... s./art. 16(3)(a) (not reported/non publié, T-1253-71) s./art. 17 (not reported/non publié, T-1498-71) s./art. 17(1)..... s./art. 17(1) (not reported/non publié, T-1425-71) s./art. 17(2)..... s./art. 17(2) (not reported/non publié, T-1425-71) s./art. 18 (not reported/non publié, T-1498-71) s./art. 19..... s./art. 19 (not reported/non publié, T-1498-71) s./art. 20..... s./art. 20(a)..... s./art. 21(1)..... s./art. 21(1) (not reported/non publié, T-1425-71) s./art. 22(1).....	Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, c. T-10 145 106 543 543 106 106 84 84 84 543 543 84 84 543

		PAGE
ONTARIO	ONTARIO	
Ontario Corporations Act, R.S.O. 1970, c. 89	Corporations Act de l'Ontario, S.R.O. 1970, c. 89	
s./art. 26(4).....	323
QUEBEC	QUÉBEC	
Quebec Civil Code	Code civil de Québec	
s./art. 407 (not reported /non publié, T-1608-71)		
s./art. 951.....	263
s./art. 1053 (not reported /non publié, T-1608-71)		
s./art. 1056 (not reported /non publié, T-2280-71)		
s./art. 1173.....	396
s./art. 1569.....	396
REGULATIONS	RÈGLEMENTS	
Collision Regulations	Règlements sur les abordages	
R. 25.....	190
R. 28.....	190
Income Tax Regulations	Règlements de l'impôt sur le revenu	
s./art. 1100(1)(a)(xii).....	295
s./art. 1201(2).....	213
s./art. 1201(5).....	213
s./art. 1205.....	213
RULES	RÈGLES	
Admiralty Rules	Règles d'amirauté	
R. 5-C (not reported /non publié, T-2323-71)		
R. 16B (not reported /non publié, T-2323-71)		
R. 28(2).....	14
R. 29 (not reported /non publié, T-2323-71)		
R. 30.....	14
Exchequer Court Rules	Règles de la Cour de l'Échiquier	
R. 107, Tarif A-27 (not reported /non publié, T-561-71)		
Federal Court Rules	Règles de la Cour fédérale	
R. 3(1)(b).....	81
R. 5.....	382, 390
R. 306 (not reported /non publié, T-137-71)		
R. 307 (not reported /non publié, T-137-71)		
R. 309(2).....	445
R. 344 (not reported /non publié, B-814-71)		
R. 344(7).....	355
R. 419.....	452
R. 419 (not reported /non publié, T-1857-71)		
R. 441.....	131
R. 603(b).....	382
R. 604.....	131
R. 701(7).....	81
R. 704 (not reported /non publié, T-1498-71)		

Federal Court Rules—Continued	Règles de la Cour fédérale—Suite	PAGE
R. 1012.....		528
R. 1100.....		73
R. 1314.....		540
R. 1403.....		73
R. 1716.....		382
R. 1716(2) (not reported /noñ publié, T-1321-71)		
 Hague Rules	 Règles de La Haye	
Art. I.....		273
Art. III(1)(c).....		273
Art. IV(2)(c).....		273
Art. IV(5).....		273

EDITOR'S NOTE

The Federal Court Reports, which replaces the Exchequer Court Reports, incorporates several innovations in both the presentation and printing of cases.

The reports are now published in a bilingual page format, resulting in changes in paragraph indentations, type size and column width.

In addition, the reports are now being printed by means of computerized photocomposition techniques replacing conventional hot lead processes. Thus, there is no longer a need for manual typesetting, manual line justification and manual page make-up as these tasks are performed by the computer by means of specially designed programs. This will ensure greater accuracy and speed in the printing process.

Also, as a by-product of these computer printing techniques, a database of Federal Court cases is created that can be used for subsequent information retrieval.

Because of a desire to publish the Federal Court cases as quickly as possible, certain limitations have had to be accepted at this time in the development of the computer printing programs. One of these limitations is in regard to footnotes. Although page make-up is performed by the computer, a program has not, as yet, been designed to create a break in the text to allow a footnote to appear at the bottom of a page. As a result, footnotes will be found at the end of each case. In time, it is hoped that a program can be developed to allow footnotes to appear at the bottom of a page.

NOTE DE L'ÉDITEUR

Le Recueil des arrêts de la Cour fédérale, qui remplace le Recueil des arrêts de la Cour de l'Échiquier, comporte plusieurs innovations tant dans la présentation des arrêts que dans leur impression.

Dorénavant, chaque page du Recueil sera bilingue; il a donc fallu modifier le renforcement des alinéas, le corps des caractères et la largeur des colonnes.

En outre, le Recueil sera désormais imprimé grâce aux techniques de photocomposition par ordinateur, qui remplacent les procédés classiques de composition. Ainsi, la composition, la justification et la mise en page ne se font plus manuellement, ces opérations étant exécutées par ordinateur au moyen d'un programme établi à cet effet. Ceci garantira une plus grande précision et une accélération du processus d'impression.

En plus, ces procédés d'impression par ordinateur rendront possible la mise au point d'un fichier intégré des arrêts de la Cour fédérale qui facilitera la recherche documentaire.

Comme nous sommes désireux de publier les arrêts de la Cour fédérale aussi rapidement que possible, il a fallu accepter, pour l'instant, certaines restrictions dans l'élaboration des programmes d'impression par ordinateur. Une de ces restrictions concerne les références au bas des pages. Bien que la mise en page soit exécutée par l'ordinateur, on n'a pas, jusqu'ici, établi de programme permettant d'effectuer une coupure dans le texte et de faire apparaître une référence au bas de la page. En conséquence, on trouvera les références groupées à la fin de chaque arrêt. On espère pouvoir, par la suite, mettre au point un programme permettant de faire apparaître les références au bas des pages.

C.B.A. Engineering Limited (Appellant)

v.

Minister of National Revenue (Respondent)

Trial Division, Cattanach J.—Vancouver, June 14, 15, 16, 17; Ottawa, July 7, 1971.

Income Tax—Farming loss—Limitation on deduction—Consulting engineers operating farm as promotional venture—whether “farming”—Intention to make profit eventually—Income Tax Act, s. 13.

To promote its engineering consulting business appellant company acquired 1000 acres of reclaimed land and brought them into cultivation. In 1964 and 1965 it suffered losses of over \$13,000 and \$43,000 on the operation of the farm, and sought to deduct these losses in computing its income for those years.

Held, section 13 of the *Income Tax Act* applied, and appellant could only deduct \$5000 of its farming loss in each of those years. Even though the farm was operated only as incidental to its consulting business, appellant was nonetheless engaged in “farming” within the meaning of s. 13. It expected that the farm would eventually realize a profit.

INCOME tax appeal.

E. C. Chiasson for appellant.

T. E. Jackson for respondent.

CATTANACH J.—These are appeals by the appellant herein against its assessments to income tax for the taxation years 1964 and 1965.

The question for determination raised in these appeals is whether the appellant was farming as part of its business or as one of its businesses and consequently whether the deductibility of its farming losses from income from other sources is limited to \$5,000 in accordance with the provisions of s. 13(1) of the *Income Tax Act*.¹

The appellant is a joint stock company incorporated in 1956 pursuant to the laws of British Columbia. It carried on the business of consulting engineering in the fields of bridge construction, dam construction, hydro electric development, soil and foundation tests and in the dyking and drainage of lands covered by water

C.B.A. Engineering Limited (Appelante)

c.

Le ministre du Revenu national (Intimé)

Division de première instance, le juge Cattanach—Vancouver, les 14, 15, 16 et 17 juin; Ottawa, le 7 juillet 1971.

Impôt sur le revenu—Pertes d'une exploitation agricole—Limitation de la déduction—Ingénieurs-conseils exploitant une ferme à titre d'exploitation modèle—S'agit-il d'«agriculture»?—Intention de réaliser par la suite un bénéfice—Loi de l'impôt sur le revenu, article 13.

Dans le but de promouvoir son activité d'ingénieur-conseil, la compagnie appelante a acquis 1,000 acres de terrain asséché, qu'elle a mis en culture. En 1964 et en 1965, elle a subi du fait de l'exploitation de la ferme des pertes de plus de \$13,000 et de \$43,000 qu'elle a cherché à déduire dans le calcul de son revenu desdites années.

Arrêt: l'article 13 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'appliquait et l'appelante ne pouvait déduire sur les pertes de son exploitation agricole que \$5,000 pour chacune des années en cause. Même si l'appelante n'exploitait sa ferme qu'accessoirement à son entreprise d'ingénieur-conseil, elle ne s'occupait pas moins d'«agriculture» au sens de l'article 13. Elle espérait que la ferme lui rapporterait plus tard des bénéfices.

APPEL en matière d'impôt sur le revenu.

E. C. Chiasson pour l'appelante.

T. E. Jackson pour l'intimé.

LE JUGE CATTANACH—Les présents appels portent sur les cotisations de l'appelante à l'impôt sur le revenu pour les années d'imposition 1964 et 1965.

La question que les présents appels doivent trancher est celle de savoir si l'exploitation agricole de l'appelante faisait partie de son entreprise ou constituait une de ses entreprises et par conséquent si la possibilité de déduire les pertes provenant de son exploitation agricole du revenu obtenu d'autres sources se limite à \$5,000, conformément aux dispositions de l'art. 13(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.¹

L'appelante est une compagnie par actions constituée en corporation en 1956 conformément aux lois de la Colombie-Britannique. Elle exerçait l'activité d'ingénieur-conseil spécialisé dans les domaines de la construction de ponts et de barrages, des réalisations hydro-électriques, et des essais de sols et de fondations ainsi que

or subject to flooding and the reclamation of those lands.

The appellant company emerged from a venture of Dutch interests in reclaiming land in the Fraser River Valley in the area of Pitt Meadows. A company was incorporated under the name of Pitt Polder Ltd which employed engineers to reconstruct dykes in the area, install more effective pumping and drainage systems. In order to retain those engineers for a longer time than was needed for the completion of the Pitt polder project other engineering projects were sought for them. When larger projects became available to those engineers such as, in the first instance, the engineering design of the Port Mann bridge over the Fraser River, the appellant company was formed. At first the shares in the appellant were all owned by Pitt Polder Ltd. As the projects undertaken by the appellant became more numerous and important the shareholding changed. Engineers, in addition to those originally engaged in the polder project, were employed by the appellant and the engineers became the shareholders, as well as did other business interests, to the extent that the shareholding of Pitt Polder Ltd was reduced to 15 per cent in preference shares thereby assuring Pitt Polder Ltd a regular income from dividends.

The appellant became increasingly successful. One of its major works was the design of the Arrow dam for the B. C. Hydro and Power authority on which it was engaged from 1960 to 1969.

The business of the appellant was that of a general engineering company primarily in the field of civil engineering works. In order to keep a constant flow of work the appellant sought to enter into foreign work. Foreign work was out of phase with Canadian work and would serve to counter-balance work based solely in Canada.

The ethics of the engineering profession prohibit direct advertising but do not preclude the

dans la construction de digues autour des terres inondées ou susceptibles de l'être, dans le drainage et dans l'assèchement de ces terres.

La compagnie appelante tire son origine d'une initiative de Hollandais qui avaient entrepris l'assèchement de terres dans la vallée du fleuve Fraser dans la région de Pitt Meadows. Une compagnie a été constituée en corporation sous le nom de Pitt Polder Ltd et a employé des ingénieurs pour reconstruire des digues dans cette région et installer des réseaux de pompage et de drainage plus efficaces. En vue de conserver ces ingénieurs pendant un temps plus long que celui qui était nécessaire pour la réalisation du projet du polder Pitt, on a recherché pour eux d'autres projets d'études techniques. Lorsque ces ingénieurs eurent trouvé des projets plus vastes tels que, en premier lieu, une étude concernant la construction du pont de Port Mann sur le fleuve Fraser, la compagnie appelante a été constituée. À l'origine, la Pitt Polder Ltd possédait toutes les actions de l'appelante. Comme les projets entrepris par l'appelante devenaient plus nombreux et plus importants, la propriété de ses actions s'est modifiée. L'appelante a engagé de nouveaux ingénieurs, en plus de ceux qui étaient employés à l'origine pour la réalisation du projet de polder; ces ingénieurs sont devenus actionnaires, ainsi que des gens de d'autres professions, à tel point que la participation de la Pitt Polder Ltd s'est trouvée réduite à 15% en actions privilégiées, ce qui lui assurait un revenu régulier en dividendes.

La réussite de l'appelante s'est accrue sans cesse. L'un de ses travaux les plus importants a été la conception du barrage Arrow pour l'organisme B. C. Hydro and Power, projet sur lequel elle a travaillé de 1960 à 1969.

L'objet de la compagnie appelante était la conception générale, principalement dans le domaine des travaux de génie civil. En vue de maintenir un volume constant de travaux, l'appelante a cherché à se lancer dans la réalisation de travaux à l'étranger. Les travaux à l'étranger ne coïncidaient pas dans le temps avec ceux qui étaient effectués uniquement au Canada et servaient à établir un équilibre avec ces derniers.

Les règles de la profession d'ingénieur interdisent la publicité directe mais n'empêchent pas

use of professional cards nor the publication and circulation of brochures extolling the services an engineer or engineering company can offer to prospective clients.

In order to place itself in a more favourable position in seeking work from clients in foreign lands the appellant decided to extend its engineering consulting business to include agricultural engineering. The type of work sought by the appellant was in the field of civil engineering but the various jobs upon which it submitted plans or proposals had different contents. For example in a land reclamation project the appellant considered it advantageous to be knowledgeable about the agricultural use to which the reclaimed land could be ultimately put. The purpose was to inspire confidence in the prospective client by being able to offer a complete integrated resource development service rather than a mechanical engineering service exclusively so that the appellant would be chosen to do the work.

With this end in view the appellant secured an amendment to its memorandum of association to include the following paragraph in its objects:

To carry on the business of farming consultants and agricultural consultants and to report on, and undertake research with respect to farming and agricultural and to operate farms in connection therewith.

The appellant engaged the services of a consulting agriculturalist who was also an agronomist specializing in soils and crops, with high qualifications and an international reputation.

The appellant then leased 1,000 acres of reclaimed land from Pitt Polder Ltd for a 14 year term at a comparatively modest annual rental.

The appellant then began a program of upgrading the dykes and drainage ditches and over a six year period brought 700 acres under cultivation.

There is no question that the engineers employed by the appellant became more skilled in connection with the building of dykes, the placement of pumps therein, effective methods

l'utilisation de cartes professionnelles ni la publication et la diffusion de brochures vantant les services qu'un ingénieur ou une compagnie d'ingénieurs peut offrir à des clients éventuels.

En vue de se mettre dans une situation plus favorable dans la recherche de travail auprès de clients à l'étranger, l'appelante a décidé d'étendre son activité d'ingénieur-conseil au génie agricole. Le genre de travail recherché par l'appelante se situait dans le domaine du génie civil, mais les divers travaux pour lesquels elle a proposé des plans ou des soumissions étaient différents quant à leur contenu. Par exemple, dans un projet d'assèchement de terrain, l'appelante a jugé utile de bien s'informer de l'utilisation agricole qu'on pourrait en fin de compte faire de ce terrain. Son but était d'inspirer confiance aux clients éventuels en étant capable de leur offrir un service complet et entier de mise en valeur des ressources plutôt qu'un simple service d'équipement en matériel, de façon que l'appelante soit choisie pour accomplir le travail.

À cet effet, l'appelante a fait modifier son acte constitutif en vue d'inclure dans son objet le paragraphe suivant:

[TRADUCTION] Poursuivre l'exploitation d'une entreprise d'experts agricoles et d'experts agronomes et faire des rapports à ce sujet, ainsi qu'entreprendre des recherches sur les exploitations agricoles et sur l'agriculture et exploiter des fermes relativement à cet objet.

L'appelante a retenu les services d'un agriculteur-conseil, qui était également agronome, spécialiste des sols et des récoltes et qui possédait de hautes qualifications et une réputation internationale.

L'appelante a alors loué 1,000 acres de terre asséchée appartenant à la Pitt Polder Ltd pour une durée de 14 ans, moyennant un loyer annuel relativement modeste.

L'appelante a ensuite entrepris un programme de réfection des digues et des saignées et, en 6 ans, a mis 700 acres en culture.

Il ne fait pas de doute que les ingénieurs employés par l'appelante ont acquis une plus grande expérience en matière de construction de digues, de pose de pompes sur celles-ci et

of drainage and that they acquired more knowledge of the hydrology of the lower Fraser River, but no work of an experimental nature was carried on. Rather it was an application of known skills and the end result was a farm no different from other farms in the immediate area.

It was suggested in evidence and in argument that the farm was to serve as a "show-case" for prospective clients demonstrative of the agricultural engineering skills possessed by the appellant. However it was conclusively established in evidence that the farm did not serve this purpose. There were no visits to the farm by any prospective clients except a casual few who happened to be in Vancouver, B.C.

On the other hand the operation of this farm was featured in brochures circulated by the appellant to prospective clients, as was the availability of the services of a consulting agriculturalist and the brochures highlighted the experience of the appellant's engineers in this particular field. These features were also emphasized in the presentation for works on which the appellant was bidding.

The consulting agriculturalist recommended the planting of a number of different crops on the land. First legumes were grown to improve the fertility of the soil. A hybrid corn was grown successfully and with a much higher yield than normally. This success was so marked that neighbourhood farmers followed the example of the appellant and produced corn crops. It is anticipated that winter wheat and blueberries will be grown in commercial quantities.

At this point I should mention that the appellant's embarkation into agricultural engineering or at least its employment of the consulting agriculturalist has been beneficial to the appellant and to its clients in several major construction projects. During the construction of dams, bridges and the installation of hydro lines large areas were stripped of top soil and vegetation. The resultant scarring was unsightly and dangerous because in mountainous areas the stability of the soil was lost. On the recommendation

d'efficacité dans les méthodes de drainage, ainsi que de plus grandes connaissances de l'hydrologie du cours inférieur du fleuve Fraser, mais on n'a effectué aucun travail de nature expérimentale. Il s'agissait plutôt d'appliquer des techniques connues, ce qui a eu pour résultat final une ferme qui n'était pas différente de celles du voisinage immédiat.

On a laissé entendre dans la preuve et dans la plaidoirie que la ferme devait servir à faire la «démonstration» aux clients éventuels des aptitudes en génie agricole de l'appelante. Cependant, il a été établi de façon décisive dans la preuve que la ferme n'avait pas cet objet. Aucune visite n'a été faite à la ferme par des clients éventuels, à l'exception de quelques-uns qui se trouvaient à Vancouver (C.-B.).

Par ailleurs, l'exploitation de cette ferme était décrite dans des brochures diffusées par l'appelante parmi les clients éventuels, comme l'était la possibilité de disposer des services d'un agriculteur-conseil, et les brochures soulignaient l'expérience des ingénieurs de l'appelante dans ce domaine particulier. Ces caractéristiques étaient également mises en lumière dans les pièces que l'appelante présentait à l'occasion des travaux qu'elle soumissionnait.

L'agriculteur-conseil a recommandé d'effectuer un certain nombre de cultures différentes sur la terre. Tout d'abord, on a fait pousser des légumes pour améliorer la fertilité du sol. On a fait pousser avec succès un maïs hybride qui donnait un rendement beaucoup plus élevé que la normale. Ce succès était si remarquable que les fermiers des environs ont suivi l'exemple de l'appelante et ont cultivé du maïs. On envisage de faire pousser du blé d'hiver et des bleuets en quantités commercialisables.

À ce stade, je dois faire remarquer que le fait pour l'appelante de s'être lancée dans le génie agricole ou tout au moins d'avoir employé l'agriculteur-conseil lui a été profitable, ainsi qu'à ses clients, dans la réalisation de plusieurs projets importants de construction. Pendant la construction des barrages et des ponts et pendant l'installation des lignes électriques, de vastes étendues ont été dépouillées de leur terre arable et de leur végétation. Il en est résulté des surfaces dénudées, laides et dangereuses, car,

of the appellant's consulting agriculturalist a mixture of grass seed appropriate to the soil was sown by a method of aerial broadcast, also recommended by the appellant's agriculturalist, which restored the appearance and stability of the denuded soil. However I must add that this restoration was accomplished by the knowledge of the agriculturalist rather than from any knowledge acquired in the operation of the farm.

To defray the cost of the operation of the farm the appellant conducted a feed lot operation on the leased land. This operation has developed into a profitable one after the initial years. The fodder grown on the farm is almost sufficient to obviate the purchase of feed.

The appellant claimed as deductions for losses in respect of its farming operations on the leased land the amounts of \$13,474.81 and \$43,321 in its 1964 and 1965 taxation years respectively.

As to the 1964 taxation year the Minister limited the appellant's deduction of the loss in that year to \$5,000 under s. 13(1) of the *Income Tax Act* rather than \$13,474.81 as claimed by the appellant.

As to the 1965 taxation year the Minister limited the deduction of the appellant's loss of \$43,321 to \$11,502, that is to the amount of \$5,000 under s. 13(1) of the *Income Tax Act* in addition to an amount of \$6,502.

The amount of \$6,502 is made up of a loss of \$5,773 in respect of the appellant's feed lot operation and \$730 claimed by the appellant as a capital cost allowance also in respect of the appellant's feed lot operation.

It is obvious that the Minister, by allowing the amount of \$6,502 referred to in the paragraph immediately above, did not consider the operation of a feed lot as falling within the meaning of the word "farming" in s. 13 of the Act. This is not an issue before me.

dans les régions montagneuses, le sol avait perdu sa stabilité. Sur la recommandation de l'agriculteur-conseil de l'appelante, on a semé à la volée par avion, méthode que celui-ci avait également recommandée, un mélange de graines de gazon convenant au sol, ce qui a restitué au sol dénudé son aspect et sa stabilité. Je dois cependant ajouter que cette restauration a été accomplie grâce aux connaissances de l'agriculteur-conseil plutôt qu'à la suite de connaissances acquises dans l'exploitation de la ferme.

Pour payer les frais d'exploitation de la ferme, l'appelante a mis en culture fourragère une partie de la terre louée. Cette activité est devenue bénéficiaire une fois les premières années passées. Le fourrage obtenu sur la ferme est presque suffisant pour éviter l'achat de pâtre.

L'appelante a déduit à titre de pertes relatives à son activité agricole sur les terres louées des sommes de \$13,474.81 et \$43,321 respectivement, pour les années d'imposition 1964 et 1965.

En ce qui concerne l'année d'imposition 1964, le Ministre a réduit la déduction pour perte de l'appelante à \$5,000 en vertu de l'art. 13(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, au lieu d'admettre la somme de \$13,474.81 qu'elle réclamait.

En ce qui concerne l'année d'imposition 1965, le Ministre a réduit la déduction pour perte de l'appelante de \$43,321 à \$11,502, c'est-à-dire les \$5,000 prévus par l'art. 13(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* plus une somme de \$6,502.

Cette somme de \$6,502 se compose de \$5,773 pour perte relative à l'exploitation des cultures fourragères par l'appelante et de \$730 que celle-ci réclame à titre d'allocation à l'égard du coût en capital en ce qui concerne également l'exploitation de ses cultures fourragères.

Il est évident que le Ministre, en accordant la somme de \$6,502 indiquée dans le paragraphe précédent, n'envisageait pas que l'exploitation de cultures fourragères soit visée par le mot «agriculture» au sens qu'il a dans l'art. 13 de la Loi. Cette question ne m'a pas été soumise.

There is no dispute between the parties as to the accuracy of the figures involved. The sole dispute lies in the propriety of the Minister limiting the appellant's deductible expenses incurred in its operation of the "farm" to \$5,000 in each of its taxation years under review.

It is expedient, therefore, that I should summarize the rival contentions advanced on behalf of the parties as I understand them.

On behalf of the appellant it was contended,

(1) that on the facts the purpose of the appellant in carrying on the farming operations was to generate more consulting engineering business and as such the expenses so incurred were an outlay or expense made for the purpose of gaining or producing income from the consulting engineering business of the appellant and so within s. 12(1)(a) of the Act;²

(2) that the appellant was not engaged in "farming" within the meaning of that word as used in s. 13 of the Act because

(a) even if the activity conducted by the appellant may fall within the definition of "farming" by s. 139(1)(p) of the Act,³ that is not conclusive in the application of s. 13 if in reality the expense was incurred in furtherance of the engineering business, and

(b) section 13 of the Act has no application unless the appellant was in the "business" of farming in that it had the intention of making money from farming.

On the other hand it was contended on behalf of the Minister that if the loss was incurred in "farming" as defined in s. 139(1)(p) that loss must be computed in accordance with s. 13(3) and may only be deducted from other income of the appellant to the extent prescribed by s. 13(1). Once the loss is determined to have arisen from farming in the circumstances contemplated in s. 13(1) the purpose of the farming operation is of no consequence. The question to be determined is what is being done and not why it is being done. Added to this it was pointed out that it has been consistently held

Les parties ne contestent pas l'exactitude des chiffres en cause. L'unique litige entre les parties concerne l'opportunité de la limitation par le Ministre des dépenses déductibles de l'appelante dans l'exploitation de sa «ferme» à \$5,000 pour chacune des années d'imposition à l'étude.

Il convient donc que je résume les prétentions contraires avancées au nom des parties telles que je les comprends.

Au nom de l'appelante, on a soutenu que:

(1) d'après les faits, l'appelante, en poursuivant son activité agricole, cherchait à augmenter le volume de son entreprise d'expert-conseil et les frais engagés de ce chef constituaient des sommes déboursées ou dépensées en vue de gagner ou de produire un revenu tiré de l'entreprise d'ingénieur-conseil de l'appelante, ainsi que le prévoit l'art. 12(1)(a) de la Loi;²

(2) l'appelante ne s'était pas lancée dans «l'agriculture» au sens que donne à ce mot l'art. 13 de la Loi parce que:

a) même si la définition du mot «agriculture» donnée par l'art. 139(1)p) de la Loi³ peut viser l'activité exercée par l'appelante, cela ne permet pas de conclure à l'application de l'art. 13 si en réalité la dépense était engagée pour promouvoir l'entreprise d'ingénieur-conseil, et

b) l'art. 13 de la Loi ne s'applique pas, à moins que l'appelante n'exploite une «entreprise» agricole, en ce sens qu'elle avait l'intention de gagner de l'argent grâce à l'agriculture.

D'autre part, on a prétendu au nom du Ministre que, si la perte avait été subie dans le cadre de «l'agriculture» suivant la définition de ce mot que donne l'art. 139(1)p), elle devait être calculée conformément à l'art. 13(3) et ne pouvait être déduite des autres revenus de l'appelante que dans la limite prescrite par l'art. 13(1). Une fois qu'on a établi que la perte provenait d'une exploitation agricole dans les circonstances envisagées dans l'art. 13(1), l'objet de l'exploitation agricole est sans importance. La question à trancher est de savoir ce que l'on fait et non pourquoi on le fait. De plus, on a fait remarquer

that a company may engage in more than one business.

On the evidence adduced I have no hesitation in concluding that the appellant was motivated in extending its engineering consulting business to include the agricultural aspects thereof by the reasonable expectation that in doing so it would generate more business for itself in all engineering fields and that the operation of the farm at Pitt Meadows was incidental to that overall purpose. While the farm did not serve as a show-case, nevertheless it did serve to provide experience for the appellant's engineers and this experience, as well as the farm operation, was truthfully featured in the brochures circulated by the appellant and in its presentations on prospective work. This led to the appellant being selected for several minor works and, as the president of the appellant testified, also resulted in the appellant being "short listed" among the applicants for work so that it became one of a dozen of the applicants being considered rather than one in a thousand, so that the chance of the appellant being selected for work was enhanced manifold.

I accept as a fact that the appellant in undertaking the operation of the farm was actuated by those business considerations and I would conclude therefore that expenses incurred by the appellant in the operation of the farm were expenses incurred for the purpose of producing income from the consulting engineering business of the appellant.

However, this conclusion does not resolve the matter. I must consider whether the provisions of s. 13 preclude the deduction of such expense as an expense incurred for the purpose of producing income within s. 12(1)(a).

In such consideration it is expedient to recall the basic scheme of Part I of the *Income Tax Act*. That Part is divided into Divisions: Division A provides for the liability for tax, Division B provides for the computation of income, and Division C provides for the computation of taxable income which is defined in s. 2(3) as income for the year as computed under Division B less deductions permitted by Division C.

que, selon une jurisprudence uniforme, une compagnie peut exploiter plus d'une entreprise.

D'après la preuve fournie, je n'hésite pas à conclure que l'appelante, en développant son entreprise d'ingénieur-conseil de façon à y ajouter une orientation agricole, était motivée par l'espoir bien fondé d'accroître, en agissant ainsi, le volume de ses affaires dans tous les domaines du génie et que l'exploitation de la ferme de Pitt Meadows était un accessoire de ce but d'ensemble. Bien que la ferme n'ait pas servi à la démonstration, elle était néanmoins utilisée pour accroître l'expérience des ingénieurs de l'appelante et cette expérience, ainsi que l'activité agricole, étaient fidèlement décrites dans les brochures diffusées par l'appelante et dans les pièces qu'elle présentait à l'occasion des projets de travaux. Cela a conduit l'appelante à être choisie pour accomplir plusieurs travaux peu importants et, ainsi que son président en a témoigné, a abouti aussi à son inscription sur «la liste spéciale» des candidats à l'exécution d'un travail, de sorte qu'elle figurait parmi la douzaine de candidats auxquels on donnait la préférence sur des milliers et que ses chances d'être choisie étaient largement multipliées.

J'ajoute foi au fait que l'appelante, en entreprenant l'exploitation de la ferme, était animée par ces considérations d'ordre professionnel et je conclus donc que les dépenses qu'elle a engagées pour cette exploitation constituaient des dépenses engagées en vue de produire un revenu tiré de son entreprise d'ingénieur-conseil.

Toutefois, cette conclusion ne résout pas le problème. Je dois examiner si les dispositions de l'art. 13 interdisent la déduction de dépenses faites en vue de produire un revenu au sens de l'art. 12(1)a).

Dans cet examen, il est opportun de rappeler le plan fondamental de la Partie I de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette Partie se divise en sections: la section A prévoit l'assujettissement à l'impôt, la section B prévoit le calcul du revenu, et la section C prévoit le calcul du revenu imposable qui est défini dans l'art. 2(3) comme étant le revenu pour l'année, calculé en vertu de la section B moins les déductions permises par la section C.

By s. 3 (which is within Division B) the income of a taxpayer for a taxation year is its income from all businesses. By s. 4 income for a taxation year from a business is the profit therefrom. Therefore to determine the income of a business, the profit therefrom must be determined which involves the setting off against the revenue derived from the business the expenditures laid out to earn that revenue.

Under Division B, the computation of income, Parliament enacted s. 13 which is a special provision applicable to the deductibility of farming losses where a taxpayer is engaged in farming and the taxpayer's chief source of income is neither farming, nor a combination of farming and some other source of income.

Section 13 contemplates three possibilities:

(1) the farming losses of a full-time farmer where farming is the chief source of income (or a combination of farming and something else) in which event all losses are deductible,

(2) farming losses incurred in a farming operation with the expectation of profit or the eventual expectation of profit but where farming is not the taxpayer's chief source of income, nor part of it, in which event the deductibility of losses is limited by s. 13, and

(3) an operation which is in the nature of a hobby, pastime or way of life, the losses from which are not deductible, being personal or living expenses.

It is clear, when the farming activity of a taxpayer falls within s. 13, that Parliament must have intended that the losses incurred in farming are not to be deducted except in the manner and to the extent authorized by that section. Such intention is evident from a reading of s. 13 with the other sections of the Act. It is a specific section designed to cover a specific set of circumstances in Division B dealing with computation of income. Being a specific section it is

Selon l'art. 3, qui se trouve dans la section B, le revenu d'un contribuable pour une année d'imposition est celui qui provient de toutes ses entreprises. Selon l'art. 4, le revenu provenant, pour une année d'imposition, d'une entreprise est le bénéfice en découlant. Par conséquent, pour établir le revenu d'une entreprise, le bénéfice qui en découle doit être fixé, ce qui implique qu'on enlève du revenu provenant de l'entreprise les dépenses faites pour gagner ce revenu.

Sous la section B, calcul du revenu, le législateur a adopté l'art. 13 qui est une disposition spéciale s'appliquant à la possibilité de déduire les pertes provenant d'une exploitation agricole lorsqu'un contribuable s'occupe d'agriculture et que son revenu ne provient principalement ni de l'agriculture ni d'une combinaison de l'agriculture et de quelque autre source de revenu.

L'article 13 envisage trois possibilités:

(1) les pertes provenant d'une exploitation agricole subies par un cultivateur à plein temps, lorsque l'agriculture est la principale source de revenu, ou lorsqu'il s'agit d'une combinaison de l'agriculture et de quelque autre source, qui en ce cas sont toutes déductibles,

(2) les pertes provenant d'une exploitation agricole lorsque celle-ci est exploitée avec une expectative de profit ou de profit éventuel, mais lorsque l'agriculture ne constitue pas la source principale de revenu du contribuable ni ne fait partie de celle-ci, dont en ce cas l'art. 13 limite la possibilité de déduction, et

(3) une activité de la nature d'une distraction, d'un passe-temps ou d'un style de vie, dont les pertes ne sont pas déductibles, car elles constituent des frais personnels ou frais de subsistance.

Il est évident, lorsque l'activité agricole d'un contribuable entre dans le cadre de l'art. 13, que l'intention du législateur était qu'on ne pouvait déduire les pertes occasionnées par cette activité que de la façon et dans les limites permises par cet article. Cette intention est manifeste lorsqu'on lit l'art. 13 en le rapprochant des autres articles de la Loi. Il s'agit d'un article particulier destiné à s'appliquer à des circonstances spéciales prévues par la section B, qui

axiomatic that it takes precedence over a general section.

Section 3 of the Act clearly contemplates that a taxpayer (which includes a company) may carry on more than one business. In the present instance the Minister alleges that the appellant had two businesses, one farming and the other consulting engineering, whereas the appellant maintains there was but one, that of consulting engineering.

Section 13(3) requires that a loss from farming shall be computed by applying the provisions of the Act respecting the computation of income from a business. When there is more than one business, each business is a source of income. Section 139(1a) of the Act directs that income from a source is to be computed in accordance with the Act, that is to say, by following the provisions of the Act applicable to the computation of income from each source on the assumption that the taxpayer had no income except from that particular source. In so computing income from a source the taxpayer is entitled to no exceptions except those relating to that source.

The crucial issue, upon which the matter turns, is whether what the appellant did constituted farming within the meaning of that word as used in s. 13.

There is no dispute between the parties that the appellant's chief source of income is neither farming, nor a combination of farming and some other source. On the evidence it would be impossible to sustain such a dispute.

Farming is defined in the Shorter Oxford Dictionary as "the business of cultivating land, raising of livestock, etc." and by s. 139(1)(p) "farming" is defined as follows:

"farming" includes tillage of the soil, livestock raising or exhibiting, maintaining of horses for racing, raising of poultry, fur farming, dairy farming, fruit growing and the keeping of bees, but does not include an office or employment under a person engaged in the business of farming;

traite du calcul du revenu. Puisqu'il s'agit d'un article particulier, il s'ensuit qu'il l'emporte sur un article général.

L'article 3 de la Loi prévoit clairement qu'un contribuable, et notamment une compagnie, peut poursuivre l'exploitation de plusieurs entreprises. En l'espèce, le Ministre soutient que l'appelante avait deux entreprises, une entreprise agricole et une entreprise d'ingénieur-conseil, tandis que l'appelante prétend qu'il ne s'agissait que d'une seule entreprise, celle d'ingénieur-conseil.

L'article 13(3) exige qu'une perte provenant d'une exploitation agricole soit calculée en appliquant les dispositions de la Loi relatives au calcul du revenu tiré d'une entreprise. Lorsqu'il existe plus d'une entreprise, chacune constitue une source de revenu. L'article 139(1a) de la Loi édicte que le revenu provenant d'une source doit être calculé conformément à la Loi, c'est-à-dire en suivant les dispositions de la Loi applicables au calcul du revenu provenant de chaque source et en supposant que le contribuable n'a pas eu de revenu autre que celui qui provenait de cette source particulière. Dans le calcul du revenu provenant de cette source, le contribuable ne peut bénéficier d'aucunes exceptions, sauf celles qui se rattachent à cette source.

La question cruciale, autour de laquelle tourne l'affaire, est de savoir si ce que l'appelante faisait correspondait à une exploitation agricole au sens où l'art. 13 emploie ce terme.

Les parties ne contestent pas que la principale source de revenu de l'appelante n'est ni l'agriculture ni une combinaison de l'agriculture et de quelque autre source. D'après la preuve, il serait impossible de soutenir une telle discussion.

L'agriculture est définie dans le Shorter Oxford Dictionary comme étant: «l'activité qui consiste à cultiver la terre, à élever du bétail, etc.» et par l'art. 139(1)(p) comme il suit:

«agriculture» comprend la culture du sol, l'élevage ou l'exposition d'animaux de ferme, l'entretien de chevaux de course, l'élevage de la volaille, l'élevage des animaux à fourrure, la production laitière, la fructiculture et l'apiculture, mais ne comprend pas une charge ou un emploi auprès d'une personne se livrant à une entreprise agricole;

The word "includes" as used in s. 139(1)(p) is so used to enlarge the meaning of the word "farming" and must be construed as comprehending the word "farming" in its natural dictionary import and also those things which the section declares it shall include.

What the appellant did on the land it leased was undoubtedly farming within the above definition. It tilled the soil and planted crops. It realized revenue from those crops. While the losses incurred far out-weighed the revenue received, there is no reason not to believe that the appellant entertained an expectation that the farm would eventually realize a profit, as did the neighbouring farmers from whose farms the appellant's farm does not differ materially, if its farm continued to be worked in a husbandlike manner as it was under the guidance of the agriculturalist employed by the appellant. Furthermore, the appellant was not adverse, but was in fact anxious, to put the land leased to profitable use, otherwise it would not have embarked upon the feed lot operation, and farming is another means to the same end.

I conclude that the appellant was engaged in farming as contemplated by the statute and, therefore, I cannot accede to the appellant's contention that the operation of the farm was part of the appellant's engineering business.

While it is true that the appellant's motive in operating the farm was for the ultimate purpose of increasing its income from its engineering business, that does not alter the fact that what the appellant did was the conduct of a farming business.

Having so concluded it follows that the appellant falls precisely within the provisions of s. 13 of the Act and, in my view, that is conclusive of the matter for the reasons I have expressed above.

Therefore, in my opinion, the Minister was correct in assessing the appellant as he did and accordingly the appeals are dismissed with costs.

Le mot «comprend» qu'utilise l'art. 139(1)p) permet d'élargir le sens du mot «agriculture» et il convient de l'interpréter de façon qu'il englobe le mot «agriculture» au sens naturel donné par le dictionnaire ainsi que tout ce que, selon l'article, il doit comprendre.

Ce que l'appelante faisait sur la terre qu'elle louait constituait indubitablement de l'agriculture au sens de la définition précédente. Elle cultivait le sol et semait des récoltes. Les récoltes lui procuraient des revenus. Bien que les pertes subies dépassent de loin le revenu reçu, il y a lieu de croire que l'appelante nourrissait l'espoir que la ferme procurerait par la suite un profit, ainsi que le faisaient les cultivateurs du voisinage dont les fermes ne différaient pas sensiblement de celle de l'appelante, si l'on continuait à gérer celle-ci aussi bien qu'elle l'était sous la direction de l'agronome employé par l'appelante. De plus, l'appelante n'était pas opposée à exercer une activité profitable sur la terre louée, et elle désirait en fait le faire, car autrement elle ne se serait pas lancée dans l'exploitation des champs à fourrage, et l'agriculture constitue une autre voie pour atteindre la même fin.

J'en conclus que l'appelante s'occupait d'agriculture au sens de la Loi et je ne peux donc accueillir sa prétention selon laquelle l'exploitation de la ferme faisait partie de son entreprise d'ingénieur-conseil.

Bien qu'il soit vrai que l'appelante, en exploitant la ferme, obéissait à l'intention finale d'accroître le revenu provenant de son entreprise d'ingénieur-conseil, cela ne modifie pas le fait que ce que l'appelante faisait consistait en l'exploitation d'une entreprise agricole.

Il découle de cette conclusion que l'appelante entre précisément dans le cadre des dispositions de l'art. 13 de la Loi et, à mon avis, cela est décisif en ce qui concerne l'affaire pour les motifs que j'ai énoncés ci-dessus.

Je suis donc d'avis que le Ministre pouvait cotiser l'appelante comme il l'a fait et, en conséquence, les appels sont rejetés avec frais.

¹ 13. (1) Where a taxpayer's chief source of income for a taxation year is neither farming nor a combination of farming and some other source of income, his income for the year shall be deemed to be not less than his income from all sources other than farming minus the lesser of

- (a) his farming loss for the year, or
- (b) \$2,500 plus the lesser of
 - (i) one-half of the amount by which his farming loss for the year exceeds \$2,500, or
 - (ii) \$2,500.

² 12. (1) In computing income, no deduction shall be made in respect of

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from property or a business of the taxpayer,

³ 139. (1) In this Act,

(p) "farming" includes tillage of the soil, livestock raising or exhibiting, maintaining of horses for racing, raising of poultry, fur farming, dairy farming, fruit growing and the keeping of bees, but does not include an office or employment under a person engaged in the business of farming;

¹ 13. (1) Lorsque le revenu d'un contribuable pour une année d'imposition ne provient principalement ni de l'agriculture ni d'une combinaison de l'agriculture et de quelque autre source, son revenu pour l'année est considéré comme n'étant pas inférieur à son revenu obtenu de toutes sources autres que l'agriculture, moins le plus faible des deux montants suivants:

- a) ses pertes provenant de son exploitation agricole pour l'année, ou
- b) \$2,500 plus le moindre des chiffres suivants:
 - (i) la moitié du montant par lequel ses pertes provenant de son exploitation agricole, pour l'année, excèdent \$2,500, ou
 - (ii) \$2,500.

² 12. (1) Dans le calcul du revenu, il n'est opéré aucune déduction à l'égard

a) d'une somme déboursée ou dépensée, sauf dans la mesure où elle l'a été par le contribuable en vue de gagner ou de produire un revenu tiré de biens ou d'une entreprise du contribuable,

³ 139. (1) Dans la présente Loi,

p) «agriculture» comprend la culture du sol, l'élevage ou l'exposition d'animaux de ferme, l'entretien de chevaux de course, l'élevage de la volaille, l'élevage des animaux à fourrure, la production laitière, la fructiculture et l'apiculture, mais ne comprend pas une charge ou un emploi auprès d'une personne se livrant à une entreprise agricole;

Manchester Liners Limited and John Scott Watson, Master, on his own behalf and on behalf of the officers and crew of SS Manchester Exporter (Plaintiffs)

v.

MV Scotia Trader ex Irving Hemlock (Defendants)

Trial Division, Walsh J.—Halifax, April 21, 22; Ottawa, June 7, 1971.

Shipping—Salvage—Parties—Ship aiding distressed vessel on request—Contract for towage made while salvaging vessel standing by—Contract terminated—Claim for salvage by ship, master, officers and crew—Whether master can sue on behalf of crew without naming them—Crew's right to separate award from shipowner.

On February 4, 1969, the *M*, in answer to a general distress call, went to the aid of the *H* whose engine had broken down off the Nova Scotia coast in heavy seas. The *M* arrived at 1705 hours and at the *H*'s request stood by while repairs were attempted, without success. While standing by, the *M*'s master informed the *H*'s agents in Halifax by radio that he would take the *H* in tow on terms of Lloyd's Open Form of salvage agreement. The *M*'s agents in Halifax meanwhile contracted with the *H*'s agents for the *M* to tow the *H* to Halifax, or until discharged, at \$400 an hour commencing at 2100 hours, and advised the *M*'s master accordingly. The *M* then made several attempts to put a line aboard the *H* by firing rockets and floating a line, but without success, and eventually the *H*'s master obtained the services of another ship and advised the *M* that she was no longer needed. The *M* resumed her voyage to Halifax and later billed the *H* \$5,205 for the *M*'s services calculated at \$400 an hour, which sum was paid. The *M*'s owners and her master, suing on behalf of himself and the officers and crew of the *M*, brought action against the *H*, alleging a breach of the towage contract by the employment of another ship and claimed salvage remuneration for each of them.

Held: (1) The master was entitled to bring the action on behalf of the officers and crew without naming them individually. [Admiralty Rules 28(2), 30, referred to.]

(2) The contract for the *M*'s services at \$400 an hour replaced any claim to salvage which the *M*'s owners might otherwise have had. There was on the evidence no breach of that contract.

Manchester Liners Limited et John Scott Watson, capitaine, en son nom propre et au nom des officiers et de l'équipage du SS «Manchester Exporter» (Demandeurs)

c.

Le NM «Scotia Trader», anciennement «Irving Hemlock» (Défendeurs)

Division de première instance, le juge Walsh—Halifax, les 21 et 22 avril; Ottawa, le 7 juin 1971.

Navigation—Sauvetage—Parties—Navire portant secours à un bâtiment en détresse sur sa demande—Contrat de remorquage conclu pendant que le bâtiment sauveteur se trouvait sur les lieux—Rupture du contrat—Demandes de rémunération de sauvetage par le navire, le capitaine, les officiers de bord et l'équipage—Le capitaine peut-il poursuivre au nom de l'équipage sans en désigner les membres?—Droit de l'équipage à un dédommagement distinct de celui qui est alloué au propriétaire du navire.

Le 4 février 1969, le *M*, en réponse à un appel général de détresse, s'est porté au secours du *H* dont le moteur était tombé en panne par grosse mer au large de la côte de la Nouvelle-Écosse. Le *M* est arrivé sur les lieux à 17h5 et il est resté le long du bord du *H*, à la demande de celui-ci, pendant que l'on tentait sans succès d'effectuer les réparations. Pendant qu'il était sur les lieux, le capitaine du *M* a informé par radio les représentants du *H* à Halifax qu'il allait prendre celui-ci en remorque en se conformant au contrat-type de sauvetage du Lloyd. Les représentants du *M* à Halifax ont par ailleurs passé avec les représentants du *H* un contrat aux termes duquel le *M* devait remorquer le *H* jusqu'à Halifax ou jusqu'au déchargement de ce dernier, moyennant \$400 de l'heure à compter de 21h; ils en ont avisé le capitaine du *M*. Le *M* a tenté sans succès, à plusieurs reprises, de passer un câble à bord du *H* en lançant celui-ci à l'aide d'un lance-fusée et d'un porte-amarre flottant; par la suite, le capitaine du *H* a réussi à obtenir les services d'un autre navire et a informé le *M* qu'il n'avait plus besoin de lui. Le *M* a repris sa traversée à destination d'Halifax et a envoyé plus tard au *H*, qui la lui a réglée, une facture de \$5,205 pour l'assistance qu'il lui avait apportée, calculée à raison de \$400 de l'heure. Les propriétaires et le capitaine du *M*, ce dernier agissant tant en son nom personnel qu'au nom des officiers et de l'équipage du *M*, ont intenté une action contre le *H* en alléguant une violation du contrat de remorquage du fait que celui-ci avait fait appel à un autre navire et ont demandé pour chacun d'entre eux une rémunération de sauvetage.

Arrêt: (1) Le capitaine était fondé à tenter l'action au nom des officiers et de l'équipage sans désigner individuellement chacun d'entre eux. [Renvoi aux règles de l'Amirauté 28(2) et 30.]

(2) Le contrat convenu moyennant une rémunération horaire de \$400 pour les services rendus par le *M* couvrait toutes les demandes que les propriétaires de ce navire auraient autrement pu présenter pour ce sauvetage. La preuve n'a démontré aucune violation de ce contrat.

(3) The master, officers and crew of the *M* were entitled to a salvage award of \$250 against the *H* for the salvage services rendered by them for the 4 hours during which the *M* stood by before the contract for towage became operative. Salvage commences from the moment a vessel stands by.

ACTION.

D. McInnes, Q.C., and J. Gerald for plaintiffs.

D. Kerr, Q.C., and D. Oliver for defendants.

WALSH J.—Plaintiffs in these proceedings claim remuneration for salvage services rendered to the *MV Scotia Trader* under her former name of *Irving Hemlock*, under which name I will hereafter refer to her, her cargo and freight on or about the 4th and 5th days of February 1969 in the vicinity of Beaver Island off the east coast of Nova Scotia. The *Manchester Exporter* is a steel single screw steam turbine vessel of 5,499 gross tons, being over 444 feet in length and carrying a crew of 41 hands all told at the material time, the ship being valued at £200,000 and the cargo, inclusive of freight, at £700,000. The *Irving Hemlock* is a steel single screw motor tanker of 599 gross tons being approximately 171 feet in length and at the material time carried a crew of 9 hands all told, the value of the ship being given as not in excess of \$100,000 and freight at risk amounting to \$500 a day. She was carrying no cargo and proceeding in ballast at the time of getting into difficulty. According to the statement of claim, on February 4, 1969 the *Manchester Exporter* was proceeding from Manchester to Halifax laden with a part cargo of general merchandise when at 1623 hours local time, while approaching the coast of Nova Scotia, she intercepted an urgency signal broadcast by Halifax Marine Radio requesting all ships in the vicinity of six miles south of Beaver Island to proceed and render all possible assistance to the distressed vessel *Irving Hemlock* in danger of going ashore. She was then in a position twelve miles south of Beaver Island and proceeded to the location indicated, reporting that she was so doing, and subsequently making direct radio contact with the *Irving Hemlock* which asked her to stand by while her engineers attempted to repair her engines.

(3) Le capitaine, les officiers et l'équipage du *M* étaient fondés à recevoir du *H* une indemnité de sauvetage de \$250 pour les services qu'ils lui avaient rendus à cette fin pendant les quatre heures durant lesquelles le *M* était resté sur les lieux avant que le contrat de remorquage ne prenne effet. Le sauvetage débute au moment où un vaisseau arrive sur les lieux.

ACTION.

D. McInnes, c.r. et J. Gerald pour les demandeurs.

D. Kerr, c.r. et D. Oliver pour les défendeurs.

LE JUGE WALSH—Dans cette action, les demandeurs réclament la rémunération des services de sauvetage rendus au navire à moteur *Scotia Trader*, sous son ancien nom d'*Irving Hemlock* (c'est le nom que j'emploierai pour le nommer dans ces motifs), à sa cargaison et à son fret, les 4 et 5 février 1969 ou vers ces dates, dans les parages de l'île Beaver, au large de la côte est de la Nouvelle-Écosse. Le *Manchester Exporter* est un navire en acier de 5,499 tonnes, propulsé par une turbine à vapeur à une seule hélice, d'une longueur supérieure à 444 pieds et transportant un équipage de 41 hommes au total à l'époque pertinente; le navire était estimé à £200,000 et la cargaison, fret compris, à £700,000. L'*Irving Hemlock* est un bateau-citerne en acier, de 599 tonnes, propulsé par un moteur à une seule hélice, d'une longueur de 171 pieds environ; à l'époque pertinente, il transportait un équipage de 9 hommes en tout. L'évaluation que l'on a donnée de ce bateau ne dépassait pas \$100,000 et les pertes de gains touchant au fret s'élevaient à \$500 par jour. Il ne transportait pas de cargaison et il naviguait sur lest au moment où il s'est trouvé en difficulté. Le 4 février 1969, selon la déclaration, le *Manchester Exporter* allait de Manchester à Halifax avec une cargaison partielle de marchandises diverses lorsqu'à 16h23, heure locale, alors qu'il approchait de la côte de la Nouvelle-Écosse, il a capté un signal radio d'urgence émis par la station côtière d'Halifax, demandant à tous les navires qui se trouvaient aux environs de six milles au sud de l'île Beaver, de se diriger vers le navire en détresse, l'*Irving Hemlock*, qui risquait de s'échouer et de lui prêter assistance dans toute la mesure du possible. Il était alors à 12 milles au sud de l'île Beaver et il s'est dirigé vers l'endroit indiqué,

When the *Irving Hemlock* was sighted she was drifting to the eastward with the wind on her starboard beam as she was pointing south and rolling heavily and shipping water over her decks. The weather was overcast with rain showers or snow flurries and the wind was west south west force 8, being gale force, with a heavy sea and swell.

After the *Manchester Exporter* stood by, the *Irving Hemlock* transmitted a wireless signal to cancel the urgency signal and in due course the master of the *Manchester Exporter* received a call on the radio telephone from a representative of the Atlantic Towing Company of Saint John, New Brunswick, requesting him to agree to a towage contract, to which he replied that if he were to take the *Irving Hemlock* in tow it would have to be on the terms of Lloyd's Open Form of salvage agreement in accordance with his owners' instructions. He referred the Atlantic Towing Company to the Furness Withy & Co. Ltd. of Halifax, the agents for the owners in Canada, and subsequently, at 2130 hours he received a radio telephone call from Furness Withy & Co. Ltd. to the effect that they had made an agreement with the Atlantic Towing Company whereby he was to attempt to tow the *Irving Hemlock* to the approaches to Halifax at an agreed rate of remuneration per hour. On receipt of this message he had his crew prepared to take the *Irving Hemlock* in tow which involved unrolling 120 fathoms in length of 5 inch insurance wire (this is the circumference, the diameter being about one and one-half inches) from the reel on which it was stowed aft and flaking it along the deck ready to be paid out over the stern as part of the towage connection, with the wire secured to four sets of bits on the port side aft of his vessel. He also had two new polypropylene mooring ropes flaked out along the deck with one end connected to the free end of the insurance wire and the other end connected to messenger lines to be passed to the *Irving Hemlock*. These preparations required the officers and deckhands to work on deck in difficult conditions of cold and wet with

signalant sa manœuvre et se mettant ensuite en contact direct par radio avec l'*Irving Hemlock* qui lui a demandé de se tenir sur les lieux pendant que ses mécaniciens essayaient de réparer les machines. Lorsqu'il a été aperçu, l'*Irving Hemlock* dérivait vers l'est par vent de travers sur tribord, du fait qu'il était orienté vers le sud, roulant fortement et embarquant de l'eau par dessus les ponts. Le temps était assombri par des averses de pluie ou des rafales de neige et le vent soufflait ouest sud-ouest force 8, soit un vent de début de tempête avec une mer forte et de la houle.

Après que le *Manchester Exporter* se fut mis à sa disposition, l'*Irving Hemlock* a transmis un message radio pour annuler l'appel d'urgence et, le moment venu, le capitaine du *Manchester Exporter* a reçu un appel par radiotéléphone d'un représentant de l'Atlantic Towing Company de Saint-Jean (Nouveau-Brunswick) lui demandant d'accepter un contrat de remorquage; il a répondu que s'il devait remorquer l'*Irving Hemlock*, ce devrait être aux conditions du contrat-type de sauvetage du Lloyd, conformément aux instructions de ses propriétaires. Il a adressé l'Atlantic Towing Company à la Furness Withy & Co. Ltd. d'Halifax, représentant des propriétaires au Canada, puis, à 21h30, il a reçu un appel par radiotéléphone de la Furness Withy & Co. Ltd., lui indiquant qu'elle avait conclu un accord avec l'Atlantic Towing Company, aux termes duquel il devait essayer de remorquer l'*Irving Hemlock* jusqu'aux abords d'Halifax, moyennant une rémunération horaire convenue. Dès réception de ce message, il a pris des dispositions pour que son équipage prenne l'*Irving Hemlock* en remorque, ce qui impliquait que l'on déroule 120 brasses de câbles de sécurité de cinq pouces (il s'agit de la circonférence, le diamètre étant d'environ un pouce et demi) du touret sur lequel il était enroulé à l'arrière, et qu'on l'installe le long du pont, prêt à être filé sur l'arrière pour constituer un élément de la remorque, le câble étant assuré sur quatre jeux de bittes à l'arrière du bâtiment, sur bâbord. Il a également fait disposer sur le pont deux haussières neuves en polypropylène dont une extrémité était fixée à l'extrémité libre du câble de sécurité, et l'autre, à la ligne d'attrape qui devait être lancée à l'*Irving Hemlock*. Ces préparatifs ont obligé les officiers et l'équipage de pont à

the vessel pitching, rolling and shipping water from time to time, and occupied nearly four hours. Meanwhile, the *Irving Hemlock* had been asked to disconnect an anchor cable to be used for towing, but claimed to be unable to do this because her crew could not handle the heavy weight of the anchor under the existing conditions. The *Irving Hemlock* was also asked to have line throwing rockets ready for use but replied that she had no such rockets available.

The two red lights on the *Irving Hemlock* indicated that she was not under command and the *Manchester Exporter* manoeuvred to pass close under her stern from port to starboard before turning to head parallel to her on her starboard side at a distance of a little more than a ship's length, and fired the first of her line carrying rockets which the *Irving Hemlock* reported to her to have fallen short. She then circled around the bows of the *Irving Hemlock* and returned to port to proceed around her stern again and resume her former position and fired a second rocket from a distance of about 300 feet, which rocket the *Irving Hemlock* reported to have fallen ahead. She again repeated her former manoeuvre circling the disabled vessel and fired a third rocket which appeared to fall across the foredeck of the *Irving Hemlock* but according to the statement of claim no one appeared on deck or made any effort to attempt to secure the rocket line nor did they report where the line had fallen and after about four minutes it was assumed that it must have been carried away. Subsequently, a fourth and final rocket was fired which again appeared to fall short.

The master of the *Manchester Exporter* then advised the *Irving Hemlock* that an attempt would be made to float a line down to her and a heaving line was fastened to a lifebelt and when the *Manchester Exporter* had manoeuvred to windward of the *Irving Hemlock* the lifebelt was thrown overboard at a distance of about 200 feet and was illuminated by the ship's searchlights but the *Irving Hemlock* reported that they

travailler sur le pont dans des conditions difficiles de froid et d'humidité, tandis que le bâtiment tanguait, roulait et embarquait de l'eau de temps en temps; cela a pris près de quatre heures. Pendant ce temps, on avait demandé à l'*Irving Hemlock* de décrocher un câble de l'ancre afin de l'utiliser pour le remorquage, mais il a prétendu être dans l'impossibilité de le faire car son équipage ne pouvait pas, dans les conditions du moment, manier l'ancre fort lourde. On a également demandé à l'*Irving Hemlock* de préparer des fusées porte-amarre, mais il a répondu qu'il ne disposait pas de telles fusées.

Les deux feux rouges sur l'*Irving Hemlock* indiquaient qu'il n'était pas maître de sa manoeuvre et le *Manchester Exporter* a manoeuvré de façon à passer près de l'arrière de l'*Irving Hemlock*, de bâbord en tribord, avant de virer pour le longer parallèlement, sur tribord, à une distance légèrement supérieure à une longueur de navire et il a tiré la première de ses fusées porte-amarre qui, aux dires de l'*Irving Hemlock*, est tombée sans atteindre le navire. Il a alors décrit un cercle autour de l'avant de l'*Irving Hemlock*, et est revenu sur bâbord pour le contourner à nouveau par l'arrière et reprendre sa position précédente; il a tiré une deuxième fusée, d'une distance de 300 pieds environ, qui, aux dires de l'*Irving Hemlock* est tombée en avant du navire. Il a répété sa manoeuvre précédente, contournant le navire désemparé et a tiré une troisième fusée qui a semblé tomber en travers du pont avant de l'*Irving Hemlock* mais, selon la déclaration, personne n'est apparu sur le pont, n'a fait quelque effort pour tenter de fixer le filin ou n'a rapporté où était tombé le filin et, après quatre minutes environ, on a estimé qu'il devait avoir été emporté. Par la suite, une quatrième et dernière fusée a été tirée et elle semble encore être tombée sans atteindre le navire.

Le capitaine du *Manchester Exporter* a alors averti l'*Irving Hemlock* qu'il allait essayer de flotter un câble jusqu'à lui; on a attaché une ligne d'attrape à une ceinture de sauvetage et, après des manoeuvres du *Manchester Exporter* pour se placer au vent par rapport à l'*Irving Hemlock*, on a lancé la ceinture de sauvetage à la mer à une distance de 200 pieds environ, on l'a éclairée avec les projecteurs du navire, mais

could see nothing of the lifebelt so it was subsequently brought back on board and another lifebelt was fastened to the line with an empty 40 gallon drum attached to it. When the *Manchester Exporter* came abreast of the starboard side of the *Irving Hemlock* once again the lifebelt and drum were thrown overboard at a distance of about 100 feet and the *Manchester Exporter* then crossed ahead of the *Irving Hemlock* from starboard to port before manoeuvring to bring up in a position close to her port quarter with the consequence that the messenger line led around the stem of the *Irving Hemlock* and along her port and starboard sides but notwithstanding this the *Irving Hemlock* did not appear to make any attempt to get the line on board. It was about 0730 hours on February 5 before the end of the messenger line was finally brought back on board and at about 0810 hours the *Irving Hemlock* indicated that she no longer required the assistance of the *Manchester Exporter*.

The statement of claim further alleges that throughout this period she was rendering at request a salvage service on a stand-by basis followed by an attempt to take the *Irving Hemlock* in tow after having made all necessary preparations to do so and being willing and capable of towing her to Halifax given the necessary cooperation of those on board the *Irving Hemlock* which was not forthcoming and that these services extended from 1634 hours February 4 to 0810 hours February 5, 1969 and resulted in the *Manchester Exporter* arriving late at Halifax and losing a full day's cargo work. The master and crew were involved in a long and arduous period of continuous duty, responsibility and work with little respite in adverse weather conditions during which they displayed excellent qualities of seamanship, perseverance and judgment without regard to the risk to the ship and those on board as the vessel ran the risk of becoming disabled if the ropes were to part and foul her propeller, and there was further risk of collision in the course of the manoeuvres which she was required to carry out in close proximity to the *Irving Hemlock*. The indication at 0810 hours on February 5 that the services of the *Manchester Exporter* were no longer required resulted from the fact that the *Irving Hemlock* had made other

Irving Hemlock a fait savoir qu'il ne pouvait pas voir la ceinture de sauvetage, aussi a-t-elle été ramenée à bord et une autre ceinture a été attachée au câble avec un tonneau vide de 40 gallons. Lorsque le *Manchester Exporter* est arrivé par le travers de l'*Irving Hemlock* sur tribord, la ceinture de sauvetage et le tonneau ont été jetés une fois encore par dessus bord à une distance de 100 pieds environ, puis le *Manchester Exporter* a doublé l'*Irving Hemlock* de tribord en bâbord avant de manoeuvrer pour faire tête près de sa hanche bâbord; de cette façon, le filin porte-amarre passait autour de l'étrave de l'*Irving Hemlock* et le long de ses flancs bâbord et tribord, mais, malgré cela, l'*Irving Hemlock* ne semble pas avoir tenté de hisser le câble à son bord. Il était environ 7h30 dans la matinée du 5 février quand l'extrémité du filin porte-amarre a finalement été remontée à bord du *Manchester Exporter* et à 8h10 environ, l'*Irving Hemlock* lui a fait savoir qu'il n'avait plus besoin de son aide.

La déclaration fait valoir en outre que, pendant tout ce temps, le *Manchester Exporter* rendait sur demande des services de sauvetage en se tenant à la disposition de l'*Irving Hemlock* puis en tentant de le prendre en remorque après avoir pris toutes les dispositions nécessaires à cette fin, qu'il avait la volonté et la capacité de le remorquer jusqu'à Halifax, compte tenu de la coopération nécessaire de l'équipage de l'*Irving Hemlock*, qui ne s'est pas manifestée, et que ces services ont duré du 4 février à 16h34 au 5 février 1969 à 8h10, causant du retard au *Manchester Exporter* à son arrivée à Halifax et la perte d'une journée entière de travail de déchargement. Le capitaine et l'équipage sont restés à leur poste, avec fort peu de répit, dans des conditions atmosphériques défavorables, pendant une longue et difficile période de travail et de responsabilités au cours de laquelle ils ont fait preuve d'excellentes qualités de manœuvre, de persévérance et de jugement, sans tenir compte du danger couru par le navire et son équipage dans la mesure où le bâtiment risquait d'être avarié si les câbles venaient à se rompre et à se prendre dans l'hélice; il y avait en outre, un danger de collision pendant les manoeuvres que le *Manchester Exporter* devait effectuer à une très courte distance de l'*Irving Hemlock*. La raison de l'avis reçu par le *Manchester Exporter*

arrangements for a tow, which tow was subsequently carried out by the trawler *Scotia Point*, giving rise to a breach of the contract arranged for a tow by the *Manchester Exporter* as a result of which plaintiffs and each of them claim sums by way of salvage remuneration to be fixed by the Court after giving credit for the sum of \$5,205.95 received by the owners of the *Manchester Exporter* from the owners of the *Irving Hemlock* for standing by that vessel at the rate of \$400 per hour.

The defendants deny the allegations in the statement of claim but admit that on February 4, 1969, at about 1500 hours the *Irving Hemlock* sustained an engine breakdown at sea and sent a general distress call, and that thereafter a series of messages passed between her and the *Manchester Exporter* which vessel they requested to stand by while the *Irving Hemlock* engineers attempted to repair her engines. After discussing the question of a tow to Halifax by radio telephone, the *Manchester Exporter* instructed those on board the *Irving Hemlock* to communicate with her agents in Halifax, which advice the *Irving Hemlock* then passed to the Atlantic Towing Company Limited, her agents in Saint John, New Brunswick. As a result of negotiations between them and Furness Withy & Co. Ltd., the agents for the *Manchester Exporter*, the Atlantic Towing Company Limited, on behalf of defendants, sent a telegram to Furness Withy & Co. Ltd. at about 2200 hours reading as follows:

CONFIRMING CONVERSATION RE TOW OF IRVING HEMLOCK BY MANCHESTER EXPLORER (sic), AGREED RATE FOUR HUNDRED DOLLARS PER HOUR FROM 2100 HOURS TONIGHT UNTIL TOWED TO HALIFAX OR UNTIL DISCHARGED, SUCCESSFUL OR NOT, PLUS COST OF ROPE BREAKAGE PLUS COST BID TIME ONE UNLOADING GANG. MANCHESTER NOT RESPONSIBLE FOR CREW INJURY OR DAMAGE TO TOW

ATLANTIC TOWING LIMITED
GERALD B LAWSON

le 5 février à 8h10, lui indiquant que l'on n'avait plus besoin de ses services, réside dans le fait que l'*Irving Hemlock* avait conclu un autre accord de remorquage, qui a par la suite été exécuté par le chalutier *Scotia Point*, ce qui a entraîné une rupture du contrat de remorquage conclu par le *Manchester Exporter* et, pour cette raison, les demandeurs, à titre collectif et individuel, demandent qu'il leur soit accordé des sommes, sous la forme de rémunération de sauvetage, qu'il appartiendra à la Cour de fixer en tenant compte de la somme de \$5,205.95 versée par les propriétaires de l'*Irving Hemlock* à ceux du *Manchester Exporter* pour s'être tenus à la disposition du navire au tarif de \$400 l'heure.

Les défendeurs rejettent les prétentions de la déclaration, mais ils admettent que le 4 février 1969, vers 15h, l'*Irving Hemlock* a subi en mer une panne de moteur, qu'il a envoyé un appel général de détresse et qu'il a par la suite échangé une série de messages avec le *Manchester Exporter* à qui il a demandé de se tenir sur les lieux tandis que les mécaniciens de l'*Irving Hemlock* essayaient de réparer ses machines. Après avoir discuté par radiotéléphone d'un remorquage jusqu'à Halifax, le *Manchester Exporter* a demandé à l'équipage de l'*Irving Hemlock* de communiquer avec ses agents à Halifax, ce dont l'*Irving Hemlock* a alors avisé l'Atlantic Towing Company Limited, son représentant à Saint-Jean (Nouveau-Brunswick). A l'issue des négociations entre ces derniers et la Furness Withy & Co. Ltd., le représentant du *Manchester Exporter*, l'Atlantic Towing Company Limited a envoyé au nom des défendeurs, à la Furness Withy & Co. Ltd., vers 22h, un télégramme qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] CONFIRMONS CONVERSATION AU SUJET REMORQUAGE IRVING HEMLOCK PAR MANCHESTER EXPLORER (sic), ACCEPTONS TARIF QUATRE CENT DOLLARS L'HEURE DE 21 HEURES CE SOIR À ARRIVÉE À HALIFAX OU REMERCIÉ, OPÉRATION RÉUSSIE OU NON, PLUS COÛT CÂBLES ROMPUS PLUS COÛT TEMPS SUPPLÉMENTAIRE ÉQUIPE DE DÉCHARGEMENT. MANCHESTER PAS RESPONSABLE ACCIDENT ÉQUIPAGE OU DOMMAGE DUS AU REMORQUAGE

ATLANTIC TOWING LIMITED
GERALD B LAWSON

Defendants plead that the master of the *Manchester Exporter* had represented to defendants that Furness Withy & Co. Ltd. were authorized to negotiate and complete the arrangements for payment to plaintiffs and that they relied on these representations so that plaintiffs are now estopped from denying that they were so authorized and that the terms negotiated were intended to cover the payment of remuneration payable to all those interested in the *Manchester Exporter* including the officers and crew members. Defendants further deny that at any time any line passed by the *Manchester Exporter* came within reach of those on board the *Irving Hemlock* stating that the members of her crew remained at their posts throughout the entire night and were ready and willing at all times to take a towline had the *Manchester Exporter* been able to get one aboard. While admitting that the weather conditions were bad and that due to her engine breakdown the *Irving Hemlock* was rolling and pitching heavily which added to the difficulties of those attempting to work on deck, the defence states that at no time was the vessel in any imminent danger of loss or damage. Early on February 5, when it became apparent that due to the large size and lack of manoeuvrability of the *Manchester Exporter* she would be unable to get close enough to pass the towline, Atlantic Towing Limited entered into negotiations with Superior Sea Products Limited of Yarmouth, Nova Scotia, for the services of MV *Scotia Point*, and it was agreed at about 0700 hours on February 5 that the *Scotia Point*, which was then close to the area, would proceed to the *Irving Hemlock* and take the latter in tow, the consideration being a lump sum payment of \$2,500 plus the cost of any rope damage to a maximum of \$375, the towage charges being stated to be conditional upon a successful tow to either Liscomb or Halifax. When, at 0810 hours on February 5 it had been confirmed that the *Scotia Point* was on her way, the master of the *Irving Hemlock* advised the master of the *Manchester Exporter* that the latter vessel's services were no longer required and she then proceeded on her voyage to Halifax and shortly thereafter the *Scotia Point* arrived, passed a towline and towed the disabled vessel to Liscomb where she arrived at 1720 hours the same day. The

Les défendeurs allèguent que le capitaine du *Manchester Exporter* leur avait affirmé que la Furness Withy & Co. Ltd. était compétente pour négocier et conclure l'accord sur la rémunération des demandeurs, qu'ils s'étaient fiés à cette affirmation et qu'ainsi les demandeurs auraient perdu leur droit de contester qu'elle était compétente et que les conditions arrêtées au cours de la négociation étaient censées couvrir la rémunération de tous les intéressés du *Manchester Exporter*, y compris les officiers et les membres de l'équipage. En outre, les défendeurs nient qu'aucun câble lancé par le *Manchester Exporter* soit à aucun moment passé à la portée de l'équipage de l'*Irving Hemlock* et déclarent que les membres dudit équipage sont restés à leur poste toute la nuit et qu'à tout moment ils étaient prêts à saisir une remorque et ils étaient disposés à le faire si le *Manchester Exporter* avait été en mesure d'en faire parvenir une à bord. Bien qu'ils admettent que les conditions atmosphériques étaient mauvaises et qu'en raison de sa panne de moteur l'*Irving Hemlock* roulait et tanguait fortement, ce qui augmentait les difficultés de ceux qui essayaient de travailler sur le pont, la défense prétend qu'à aucun moment le navire ne s'est trouvé en danger imminent de perte ou d'avarie. Tôt dans la matinée du 5 février, lorsqu'il est devenu évident qu'en raison de la taille et du manque de maniabilité du *Manchester Exporter*, il ne serait pas en mesure de s'approcher suffisamment pour envoyer la remorque, l'Atlantic Towing Limited est entrée en pourparlers avec la Superior Sea Products Limited de Yarmouth (Nouvelle-Écosse) pour recourir aux services du navire à moteur *Scotia Point* et il a été convenu le 5 février vers 7h que le *Scotia Point* qui se trouvait alors dans les parages ferait route vers l'*Irving Hemlock* et le prendrait en remorque pour un prix forfaitaire de \$2,500 plus éventuellement le coût des amarres rompues jusqu'à concurrence de \$375, le paiement du prix étant subordonné à la réussite du remorquage jusqu'à Liscomb ou Halifax. Lorsque le 5 février à 8h10, il a reçu confirmation que le *Scotia Point* était en route, le capitaine de l'*Irving Hemlock* a averti celui du *Manchester Exporter* qu'il n'avait plus besoin de ses services et ce dernier a poursuivi sa route vers Halifax; peu après le *Scotia Point* est arrivé, il a passé une remorque

defence further alleges that Furness Withy & Co. Ltd. on behalf of plaintiffs sent an invoice to Atlantic Towing Limited as agents for the *Irving Hemlock* in the amount of \$5,205.95 which was paid as settlement in full for the services of plaintiffs, this including the stand-by time of the *Manchester Exporter* at the agreed rate of \$400 per hour, stevedores' charges attributable to the delay in the arrival of the *Manchester Exporter* at Halifax, and all cartidges, lines, etc. used during the attempt to take the *Irving Hemlock* in tow, and that any work done or services performed by the *Manchester Exporter* or her owners, or officers and crew, or the plaintiffs have been paid for in full pursuant to the terms of the aforesaid contract and on the basis of the said invoice. The defence alleges further that with respect to the alleged claim for salvage, the efforts of the *Manchester Exporter* and those on board her, while rendered promptly and willingly, failed to contribute anything to the safety of the *Irving Hemlock* or to any successful salvage efforts.

In answer to this, plaintiffs say that no agreement of any description was or could be made binding on the members of the crew of the *Manchester Exporter* pursuant to the provisions of section 201(1) of the *Canada Shipping Act* R.S.C. 1952, c. 29, or at all. They further deny that the weather was not extreme or that the *Irving Hemlock* was not in any imminent danger of loss or damage.

Before proceeding to deal with the action on the merits, a question of procedure should be disposed of. In paragraph 5 of their notice to admit facts, plaintiffs had required defendants to admit:

5. That John Scott Watson, Master of the SS *Manchester Exporter* on Voyage No. 23, is duly and properly authorized by each and every member of the Crew of the said vessel on the said voyage to bring this action on their behalf, and each such member of the crew consents to the commencement and prosecution of this action.

au navire désemparé et l'a remorqué jusqu'à Liscomb où il est arrivé à 17h20 le même jour. La défense prétend en outre que la Furness Withy & Co. Ltd. a, au nom des demandeurs, envoyé à l'Atlantic Towing Limited, représentant de l'*Irving Hemlock*, une facture d'un montant de \$5,205.95 qui a été payée pour solde de tout compte afférent aux services rendus par les demandeurs, ce qui englobe le temps passé par le *Manchester Exporter* à se tenir à la disposition de l'*Irving Hemlock* au tarif convenu de \$400 l'heure, les frais de déchargement imputables au retard du *Manchester Exporter* à Halifax et toutes les cartouches, les câbles etc . . . utilisés au cours de la tentative de remorquage de l'*Irving Hemlock*; elle prétend encore que tous les travaux effectués ou tous les services rendus par le *Manchester Exporter* ou ses propriétaires, ou ses officiers et son équipage, ou les demandeurs, ont été entièrement payés conformément aux conditions arrêtées dans le contrat précité et sur la base de ladite facture. La défense prétend en outre que pour ce qui est de la demande d'indemnité de sauvetage, les efforts du *Manchester Exporter* et de son équipage, bien que déployés avec diligence et bonne volonté, n'ont nullement contribué ni à la sécurité de l'*Irving Hemlock* ni à quelque action de sauvetage couronnée de succès.

En réponse, les demandeurs déclarent qu'aucun contrat d'aucune sorte liant les membres de l'équipage du *Manchester Exporter* n'avait été conclu ou ne pouvait l'avoir été en vertu des dispositions de l'art. 201(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* S.R.C. 1952, c. 29, ou de quelque autre manière. Ils contestent en outre l'affirmation que les conditions atmosphériques n'étaient pas critiques ou que l'*Irving Hemlock* n'était pas en danger imminent de perte ou d'avarie.

Avant de continuer à traiter du fond de l'affaire, il convient de statuer sur un point de procédure. Au par. 5 de leur avis pour admission de faits, les demandeurs ont demandé aux défendeurs d'admettre:

[TRADUCTION] 5. Que John Scott Watson, capitaine du SS *Manchester Exporter* au cours du voyage n° 23, est dûment et régulièrement habilité par tous les membres de l'équipage dudit navire au cours dudit voyage, et chacun d'eux, à intenter la présente action en leur nom, et chacun

In its answer, defendants refused to make this admission and, in fact, sought leave of the Court, pursuant to Rule 68, to produce a rejoinder to the reply to the defence in which it states, *inter alia*, that:

... the officers and crew of the *Manchester Exporter*, aside from the Plaintiff John Scott Watson, are not parties to this action.

As a result of this, plaintiffs' attorney gave notice of motion, presented at the commencement of the trial, asking the Court for an order that the names of the officers and crew of the *Manchester Exporter* be dispensed with and not joined as named plaintiffs in the proceedings and that the action proceed in its present form and style. During the argument on this motion, plaintiffs' counsel contended that he was prepared to amend the proceedings so as to include the names of the other officers and members of the crew as co-plaintiffs and that, in fact, he had authorization in writing from all but four of them to do so, and defendants' counsel for his part indicated that unless they were so named his client would suffer prejudice in that in the event of the dismissal of the proceedings with costs, the collection of same might present some difficulty if only the master were named as acting on his own behalf and on behalf of the officers and crew without naming them individually. While I decided to grant permission to defendants' counsel pursuant to Rule 68 to file the rejoinder to the answer to the defence, since, in addition to the allegations respecting the non-joinder as parties to the action of the other officers and crew, it contained other relevant, necessary allegations including a denial that s.201(1) of the *Canada Shipping Act*, which was first referred to in the reply to the defence, is applicable in the present case, I do not believe that it is at all desirable that in actions of this sort every officer and member of the crew should be named individually rather than allowing the master to sue on his own behalf and on behalf of the officers and crew generally unless the law so requires, as this would appear to be an unnecessarily cumbersome procedure and could, in some instances, cause undue delay and complications.

desdits membres de l'équipage consent à l'introduction et au jugement de cette action.

Dans leur réponse, les défendeurs ont refusé cette admission et, en fait, cherchent à obtenir de la Cour, en vertu de la Règle 68, l'autorisation de produire une réplique à la réponse adressée à la défense pour déclarer, entre autres, que:

[TRADUCTION] ... les officiers et l'équipage du *Manchester Exporter* ne sont pas, en plus du demandeur John Scott Watson, parties à cette action.

En conséquence, le procureur des demandeurs a présenté à l'ouverture du procès un avis de motion priant la Cour d'ordonner que les noms des officiers et de l'équipage du *Manchester Exporter* soient supprimés, qu'ils ne figurent pas à l'instance en qualité de demandeurs désignés et que l'action se poursuive sous la forme et l'intitulé actuel. Au cours du débat suscité par cette requête, l'avocat des demandeurs a soutenu qu'il était prêt à modifier les actes de procédure afin d'y faire figurer les noms des autres officiers et des membres de l'équipage en qualité de co-demandeurs et que, de fait, tous à l'exception de quatre d'entre eux l'avaient autorisé par écrit à le faire; l'avocat des défendeurs a pour sa part déclaré que s'ils n'étaient pas ainsi désignés, son client pourrait subir un préjudice dans la mesure où, s'il advenait que l'action soit rejetée avec dépens, le recouvrement de ces dépens pourrait présenter certaines difficultés si seul le capitaine était désigné et censé agir en son nom propre et au nom des officiers et de l'équipage sans que ces derniers ne soient désignés individuellement. Bien que j'aie décidé d'accorder à l'avocat des défendeurs, en vertu de la Règle 68, l'autorisation de produire la réplique à la réponse adressée à la défense, puisqu'en plus des arguments concernant le refus de joindre, en qualité de parties à l'action, les autres officiers et l'équipage, elle comportait deux ou trois prétentions pertinentes et utiles, y compris le rejet de l'affirmation selon laquelle l'art. 201(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* invoquée à l'origine dans la réponse à la défense, est applicable dans la présente affaire, je ne pense pas qu'il soit absolument souhaitable, dans ce type d'actions, de désigner individuellement tous les officiers et les membres de l'équipage plutôt que d'autoriser le capitaine à ester en justice en son nom propre et au nom des officiers et de l'équi-

In dealing with this question, Mayers: Admiralty Law and Practice in Canada, has this to say at page 215 in reference to the old practice of the High Court of Admiralty in England:

By that practice any number of parties might join as plaintiffs in an action, provided they had a common interest in the litigation, and it was sufficient to describe them as the owners of a ship or cargo or as the crew of a ship.

He quotes the case of *The Maréchal Suchet* [1896] P. 233 at page 236 as follows:

There is no doubt that the practice of this Court has been that all the persons interested in a salvage service might be joined together in one suit for the purpose of obtaining the reward for those services . . . The practice is based on convenience.

In the *Tower Bridge* case [1936] P. 30 at page 39 the award for salvage is broken down by the Court into amounts for the owners, for the master, and for the officers and crew, who do not seem to have been individually named, according to their ratings. The same practice seems to have been followed in the United States in an action in the United States District Court for the Southern District of New York entitled *Sobonis v. The National Defender* [1970] 1 Lloyd's Rep. 40 which concluded at page 48:

A list of the names and addresses of the crew members of the *Mesologi* in June 1963, shall be filed with the decree.

Kennedy, Civil Salvage, 4th ed., has this to say at page 236:

As to the officers and seamen, the apportionment usually takes the form of a lump sum to be shared by them according to their rating.

Rule 29(2) of our Admiralty Rules states:

29. (2) Where the plaintiff in any action claims any relief to which any other person is entitled jointly with him, all persons so entitled must, subject to the provisions of any Act and unless the Court gives leave to the contrary, be parties to the action . . .

Rule 30A(1) reads as follows:

page dans son ensemble, à moins que la loi ne l'exige, puisque cette procédure paraîtrait inutilement lourde et pourrait, dans certains cas, entraîner des complications et des retards déraisonnables.

Traitant de cette question, Mayers remarquait à la page 215 de Admiralty Law and Practice in Canada, au sujet de l'ancienne pratique de la Haute Cour d'Amirauté d'Angleterre:

[TRADUCTION] Du fait de cette pratique, un nombre quelconque de parties pouvaient se joindre en qualité de demandeurs à une action, sous réserve qu'elles aient un intérêt commun dans le litige et il suffisait de les définir comme les propriétaires d'un navire ou d'une cargaison, ou comme l'équipage d'un navire.

Il cite l'arrêt le *Maréchal Suchet* [1896] P. 233, à la page 236:

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que suivant la pratique de cette Cour toutes les personnes concernées par un service de sauvetage pouvaient être jointes à la même action afin d'obtenir la rémunération de ces services, . . . L'aspect pratique de cette procédure la justifie.

Dans l'arrêt *Tower Bridge*, [1936] P. 30, à la page 39, la Cour répartit la prime de sauvetage entre les propriétaires, le capitaine, et les officiers et les membres de l'équipage, qui ne semblent pas avoir été désignés individuellement suivant leur grade. Il semble que l'on ait suivi la même pratique aux États-Unis dans une action intitulée *Sobonis c. le National Defender* [1970] 1 Lloyd's Rep. 40 portée devant la Cour de district des États-Unis du district sud de New York, qui concluait à la page 48:

[TRADUCTION] Il convient de produire avec le jugement une liste des noms et des adresses des membres de l'équipage du *Mesologi* en juin 1963.

M. Kennedy écrit à la page 236 de la 4^e édition de Civil Salvage:

[TRADUCTION] Quant aux officiers et marins, la répartition prend généralement la forme d'une somme forfaitaire qu'ils doivent se partager en fonction de leurs grades.

La règle 29(2) de nos Admiralty Rules dispose:

[TRADUCTION] 29. (2) Lorsque dans une action le demandeur réclame une réparation à laquelle une autre personne a un droit concurrent au sien, toutes les personnes investies de ce droit doivent, sous réserve de toute disposition législative et sauf autorisation contraire de la Cour, être parties à l'action . . .

La règle 30A(1) dispose:

30A. (1) No cause or matter shall be defeated by reason of the misjoinder or non-joinder of any party; and the Court may in any cause or matter determine the issues or questions in dispute so far as they affect the rights and interests of the persons who are parties to the cause or matter.

Subsection (2) permits the Court in such terms as it thinks just to order any person who ought to have been joined as a party or whose presence before the Court is necessary to ensure that all matters in dispute in the cause or matter may be effectively and completely determined and adjudicated upon to be added as a party, but provides that no person shall be added as a plaintiff without his consent in writing or in such other manner as may be authorized. I do not consider that the presence of the other officers or seamen before the Court is necessary in order to adjudicate upon the matter so it is not necessary to apply this section, and while it might perhaps be argued that Rule 29(2) implies that they should be joined individually as parties to the action, it contains the proviso "unless the Court gives leave to the contrary".

In line with the foregoing I believe that it is proper that only one action should be brought on behalf of the master, officers and crew and that the officers and crew need not be named individually, so that the action can be brought on their behalf by the master as has been done in the present case and the amount awarded, if any, be divided subsequently following judgment rendered. See *The Spree*, [1893] P. 147. Having found, as I do, that the form and style in which the plaintiffs have been designated in the proceedings is in order, there is no need for any amendment by plaintiffs to add the names of the officers and crew as co-plaintiffs, and with respect to the motion for an order that the names of the officers and crew of the *SS Manchester Exporter* be dispensed with and not joined as named plaintiffs in the proceedings and that the action proceed in its present form and style, while there appears to be some doubt as to the necessity of this motion, plaintiffs' counsel may have had in mind the provisions of Rule 29(2) in making same and I am therefore prepared to grant the order prayed for.

30A. (1) Aucune cause ou affaire ne doit être rejetée en raison de la jonction injustifiée ou de l'absence de jonction d'une partie et la Cour peut, dans toute cause ou affaire, juger des points ou questions en litige, dans la mesure où ils affectent les droits et intérêts des personnes parties à la cause ou à l'affaire.

Le paragraphe (2) autorise la Cour, selon les modalités qu'elle estime justes, à ordonner à toute personne qui aurait dû être jointe comme partie ou dont la présence devant la Cour est nécessaire pour garantir que tous les points débattus dans la cause ou l'affaire peuvent être réellement et complètement tranchés et jugés, de se joindre en qualité de partie, mais il précise qu'aucune personne ne peut être jointe en qualité de demandeur sans son consentement donné par écrit ou d'une autre manière selon l'autorisation accordée. Il ne me semble pas que la présence des autres officiers ou marins devant la Cour soit nécessaire pour juger l'affaire, aussi n'est-il pas utile d'appliquer cet article et, bien que l'on puisse peut-être alléguer qu'il ressort de la Règle 29(2) qu'ils devraient être joints individuellement en qualité de parties à l'action, elle comporte la condition «sauf autorisation contraire de la Cour».

En fonction de ce qui précède, je pense qu'il est justifié qu'une seule action soit intentée au nom du capitaine, des officiers et de l'équipage et qu'il n'est pas nécessaire que les officiers et les membres de l'équipage soient désignés individuellement, ainsi l'action peut être intentée en leur nom par le capitaine comme on l'a fait dans la présente affaire et la somme accordée, le cas échéant, pourra en conséquence être divisée après le prononcé du jugement. Voir *The Spree*, [1893] P. 147. Ayant conclu, comme je l'ai fait, que la façon dont les demandeurs ont été désignés dans les actes de procédure est régulière, il n'est pas nécessaire aux demandeurs de procéder à des modifications dans le but d'ajouter les noms des officiers et de l'équipage en qualité de co-demandeurs et, pour ce qui est de la requête visant à obtenir une ordonnance dispensant de l'inscription et de leur jonction en qualité de demandeurs désignés dans la procédure les noms des officiers et de l'équipage du *Manchester Exporter*, et autorisant la poursuite de l'action dans sa forme et sous son intitulé actuels, bien que la nécessité de cette requête semble quelque peu douteuse, l'avocat des demandeurs peut avoir eu dans l'idée, en la présentant, la

[The learned judge reviewed the evidence and then continued:]

I do not find on the basis of the evidence presented before me that there was bad faith on the part of the owners of the *Irving Hemlock* in arranging for the alternate tow by the *Scotia Point* and eventually discharging the *Manchester Exporter* at 0810 hours on February 5 as a result of this. If there had been any indication on their part of a refusal to pay the owners of the *Manchester Exporter* for her services in accordance with the terms of the contract entered into, the situation would be entirely different. Perhaps it would have been more courteous on their part to have advised the owners or master of the *Manchester Exporter* of this arrangement as soon as it had been completed with the owners of the *Scotia Point*, and possibly Captain Kristjansson [master of the *Irving Hemlock*—Ed.] might also have advised Captain Watson [master of the *Manchester Exporter*—Ed.] when he became aware of this, although he no doubt considered that the arrangements made by his owners were none of his business and he himself made no arrangements with anyone but left it all to them. It appears, however, that even though the owners of the *Irving Hemlock* had made arrangements for the *Scotia Point* to proceed and take her in tow, they still believed it was advisable for the *Manchester Exporter* to put a line aboard to hold the *Irving Hemlock* off land until the *Scotia Point* arrived in the morning, and Captain Kristjansson agreed to this according to the message intercepted by Halifax Marine Radio at 0104 hours. In doing this, the owners of the *Irving Hemlock* were playing safe and not taking any chances that, as a result of a change in wind, the vessel might be driven on the shore before the *Scotia Point* could take her in tow, and they were perfectly prepared to continue to pay the very substantial hourly charges of the *Manchester Exporter* for this service.

There is nothing in this message, however, which would indicate that Captain Kristjansson

disposition de la règle 29(2), et je suis par conséquent disposé à accorder l'ordonnance demandée.

[Le Juge passe en revue la preuve sur ce point et continue:]

Au vu de la preuve qui m'a été présentée, je n'estime pas que les propriétaires de l'*Irving Hemlock* aient fait preuve de mauvaise foi en se ménageant une solution de rechange, à savoir le remorquage par le *Scotia Point* et en remerciant donc finalement le *Manchester Exporter* le 5 février à 8h10. S'il y avait eu de leur part quelque indice d'un refus de payer les propriétaires du *Manchester Exporter* pour les services qu'il a rendus conformément aux termes du contrat qui a été conclu, la situation aurait été entièrement différente. Peut-être aurait-il été plus courtois de leur part d'avertir les propriétaires ou le capitaine du *Manchester Exporter* de cet accord dès qu'il a été conclu avec les propriétaires du *Scotia Point* et peut-être le capitaine Kristjansson [capitaine du *Irving Hemlock*—ÉD] aurait-il pu lui aussi en avertir le capitaine Watson [capitaine du *Manchester Exporter*—ÉD] lorsqu'il en a eu connaissance bien qu'il considérât sans aucun doute que les accords conclus par ses propriétaires ne le concernaient absolument pas et qu'il n'ait lui-même conclu aucun accord avec quiconque et les ait laissé s'occuper de tout. Il semble cependant que même si les propriétaires de l'*Irving Hemlock* avaient conclu un accord pour que le *Scotia Point* fasse route et le prenne en remorque, ils estimaient toujours souhaitable que le *Manchester Exporter* passe un câble à bord de l'*Irving Hemlock* pour le maintenir à distance de la terre jusqu'à l'arrivée du *Scotia Point* dans la matinée et, selon le message capté par la station côtière d'Halifax à 1h04, le capitaine Kristjansson a accepté cela. Ce faisant, les propriétaires de l'*Irving Hemlock* ont fait preuve de prudence et non pas pris le risque qu'en raison d'un changement de vent, le navire se trouve dirigé sur la côte avant que le *Scotia Point* puisse le prendre en remorque et ils étaient tout à fait prêts à continuer de payer le prix horaire très important exigé par le *Manchester Exporter* pour ce service.

Rien cependant dans ce message n'indique que l'on ait donné au capitaine Kristjansson des

was under instructions not to accept a line from the *Manchester Exporter*, or which would indicate any motive which might induce him to deliberately fail to cooperate in getting a line aboard thereafter. In this message some doubt is expressed, as to whether the *Manchester Exporter* could tow the *Irving Hemlock* to Halifax under existing wind conditions and if the owners of the *Irving Hemlock* wished to add a second string to their bow by sending out the much smaller *Scotia Point*, owned by the company which was at the time chartering the *Irving Hemlock*, to tow her to the closer port of Liscomb this does not, I believe, indicate bad faith on their part. They had engaged the *Scotia Point* on a "no cure—no pay" basis, and while it is true that the \$2,500 which they paid her to tow the vessel to Liscomb was less than what they would have had to pay the *Manchester Exporter* for a tow to Halifax, which Captain Watson estimated would take seven and one-half hours at \$400 an hour, this slight financial advantage would have been more than wiped out had the *Manchester Exporter* been able to get a line aboard during the night, when she was attempting to do so, as in this event the tow to Halifax might have been completed before noon on February 5 resulting in a payment to her owners for only three or four hours additional time over and above the payment made to 0810 hours that morning, and no payment whatsoever would have had to be made to the *Scotia Point*. Furthermore, although it appears likely that the *Manchester Exporter* could probably have eventually got a line aboard in daylight, especially as the weather had apparently moderated somewhat, the *Scotia Point*, a much smaller vessel being a trawler, was able to approach closely enough to the *Irving Hemlock* to throw a handline across and take her in tow within a very brief time after arriving on the scene, which would appear to vindicate the judgment of the owners of the *Irving Hemlock* in engaging her to make the tow, although, at the same time, paying the *Manchester Exporter* to stand by until it was clear that the *Scotia Point* was approaching and there was no further danger.

directives afin qu'il n'accepte pas un câble du *Manchester Exporter*, rien n'indique non plus quel motif aurait pu le porter après cela à refuser délibérément sa collaboration afin de placer un câble à son bord. Ce message exprime quelques doutes quant à la capacité du *Manchester Exporter* de remorquer l'*Irving Hemlock* jusqu'à Halifax dans les conditions atmosphériques du moment et le fait que les propriétaires de l'*Irving Hemlock* aient voulu ajouter une deuxième corde à leur arc en envoyant le *Scotia Point*, beaucoup plus petit, propriété de la compagnie qui affrétait à l'époque l'*Irving Hemlock*, pour le remorquer jusqu'au port de Liscomb, plus proche, n'indique pas, me semble-t-il, leur mauvaise foi. Ils avaient fait appel aux services du *Scotia Point* en subordonnant sa rémunération au résultat obtenu, et bien qu'il soit vrai que la somme de \$2,500 qu'ils lui ont payée pour remorquer le navire jusqu'à Liscomb soit inférieure à celle qu'ils auraient dû payer au *Manchester Exporter* pour un remorquage jusqu'à Halifax, qui selon l'estimation du capitaine Watson aurait demandé 7 heures et demie à raison de \$400 l'heure, ce léger avantage financier aurait été plus qu'effacé si le *Manchester Exporter* avait pu faire parvenir un câble à bord au cours de la nuit, lorsqu'il tentait de le faire, car dans ce cas, le remorquage jusqu'à Halifax aurait pu être effectué avant le 5 février midi, ce qui se serait traduit par le paiement à ses propriétaires de trois ou quatre heures seulement en plus du paiement effectué jusqu'à 8h10 ce matin-là; en outre, aucune somme n'aurait dû être versée au *Scotia Point*. De plus, bien qu'il semble vraisemblable que le *Manchester Exporter* aurait finalement pu faire parvenir un câble à bord le jour, d'autant plus qu'il semble que le temps s'était quelque peu amélioré, le *Scotia Point*, un navire beaucoup plus petit puisqu'il s'agissait d'un chalutier, pouvait s'approcher suffisamment près de l'*Irving Hemlock* pour lui lancer une ligne à main et le prendre en remorque très peu de temps après être arrivé sur les lieux, ce qui semblerait justifier le jugement des propriétaires de l'*Irving Hemlock* qui l'avait engagé pour effectuer le remorquage tout en continuant, pendant la même période à payer le *Manchester Exporter* pour qu'il reste sur les lieux jusqu'à ce qu'il n'y ait plus de doute sur

Certainly no blame can be attributed to Captain Watson or his crew for failing to get a line aboard in the extremely difficult weather conditions and in darkness, and Captain Kristjansson himself admits that they exhibited excellent seamanship and in no way criticized their services in his evidence. On the other hand, I cannot conclude, from the contradictory evidence, that Captain Kristjansson was unwilling to cooperate in getting a line aboard. Knowing that the *Manchester Exporter* was standing by, and since the drift of the ship at the time did not indicate any urgent and immediate danger, he may not have been unduly concerned, and it is also possible that his seamanship and that of his crew may have been inferior to that of the Captain and crew of the *Manchester Exporter*, but I cannot find any clear indication of a refusal or unwillingness to accept the salvage services of that vessel. It may well have been that the line which Captain Watson insists was shot across the foredeck of the *Irving Hemlock* broke or was caught in the rigging or was difficult to see and locate in the darkness and storm, and I accept Captain Kristjansson's evidence that it might have been difficult for his crew to remain constantly on deck, so that they may have been in shelter at the exact moment that that rocket was fired. With respect to the line floated around the vessel, it appears to me that it would have been difficult in the darkness and storm with the ships rolling as they were for anyone to be absolutely certain that the line came into actual contact with the *Irving Hemlock* even though the drum to which it was attached was illuminated. Finally, it is perfectly clear from the contract entered into and confirmed by the telegram sent by the owners of the *Irving Hemlock* that the services would be rendered "until discharged", and it was perfectly in order, therefore, to release the *Manchester Exporter* from further services at 0810 hours on payment in full in accordance with the contract for services rendered up to that time. This is in no sense comparable to the cases of dispossessed salvors cited by plaintiffs' attorney, and the *Manchester Exporter* proceeded on her way without protest and in full acceptance of the fact that she was released from further services.

l'arrivée du *Scotia Point* et que tout nouveau danger soit écarté.

Il n'est assurément pas possible de blâmer le capitaine Watson ou son équipage pour n'avoir pas pu faire parvenir un câble à bord vu les conditions météorologiques extrêmement difficiles et l'obscurité, et le capitaine Kristjansson a lui-même admis qu'ils avaient fait preuve d'excellente qualité de manœuvre et n'a absolument pas critiqué leurs services dans sa déposition. Par contre, je ne peux déduire de la preuve contradictoire que le capitaine Kristjansson se soit refusé à collaborer à l'opération qui consistait à faire parvenir un câble à son bord. Sachant que le *Manchester Exporter* restait sur les lieux et puisque la dérive du navire ne laissait présager à ce moment-là aucun danger pressant et imminent, il se peut qu'il n'ait pas été excessivement inquiet et il est également possible que ses qualités de manœuvre et celles de son équipage aient été inférieures à celle du capitaine et de l'équipage du *Manchester Exporter*, mais je ne peux trouver aucun indice manifeste d'un refus ou d'une réticence à accepter les services de sauvetage de ce dernier. Il se peut fort bien que le câble qui, selon l'affirmation du capitaine Watson, a été tiré de part en part du pont avant de l'*Irving Hemlock* se soit rompu ou se soit pris dans le grément, ou qu'il ait été difficile à apercevoir et à situer dans l'obscurité et la tempête, et j'accepte le témoignage du capitaine Kristjansson selon lequel son équipage aurait pu éprouver des difficultés à rester en permanence sur le pont et qu'ainsi il est possible qu'il se soit trouvé à l'abri au moment précis où cette fusée a été tirée. Pour ce qui est du câble flotté autour du navire, il me semble qu'il aurait été difficile dans l'obscurité et la tempête, et étant donné le roulis des navires d'être absolument certain que le câble est entré en contact avec l'*Irving Hemlock*, même si le tonneau auquel il était attaché était éclairé. En fin de compte, il ressort clairement de la lecture du contrat conclu et confirmé par le télégramme émanant des propriétaires de l'*Irving Hemlock* que les services seraient fournis «jusqu'à ce qu'il soit remercié» et il était parfaitement justifié, par conséquent, de décharger à 8h10 le *Manchester Exporter* de services subséquents, moyennant le paiement intégral des services rendus jusqu'à cette heure, conformément

While the *Irving Hemlock* did not send out an S.O.S. or call directly for vessels to proceed to her aid, but instead this was done by Halifax Marine Radio on its own initiative, and quite properly under the circumstances when it became aware that the vessel was in danger, as a result of the call made through it from the master to the owners, the *Manchester Exporter* certainly went to her aid in response to this call and by 1705 hours had her in radio and visual contact, and at 1729 hours the master of the *Irving Hemlock* reported that she was now standing by and that that would be sufficient as a result of which the "all ships" broadcast was cancelled. It can be said, therefore, that from about 1705 hours a request salvage operation had commenced. Under the basic rules of salvage, however, the operation has to be successful in order for salvage to be claimed and in fact this is the condition of Lloyd's Open Form which was the only condition on which the master of the *Manchester Exporter* was authorized on his own initiative to undertake any salvage operations. Although the *Irving Hemlock* was eventually salvaged, this was not due to the efforts of the *Manchester Exporter* although I have found that no blame can be attached to her crew for their failure to succeed in these salvage operations, and there is no doubt that they made diligent and strenuous efforts to attempt to perform the salvage (see *The Melanie (Owners) v. The San Onofre (Owners)* [1925] A.C. 246 and *The Rempor* (1883) 8 P. 115). This rule is subject to an exception, however, when the services are rendered at the request of the vessel in tow in which case they become engaged services and some award is made even if the services have not contributed to the ultimate preservation of the vessel. Kennedy, *Civil Salvage* 4th ed., has this to say at page 112:

aux termes du contrat. Il n'y a là rien de comparable aux affaires de sauveteurs dépossédés citées par le procureur des demandeurs et le *Manchester Exporter* a poursuivi sa route sans protestation et en pleine acceptation du fait qu'il avait été déchargé de services ultérieurs.

Bien que l'*Irving Hemlock* n'ait pas envoyé de S.O.S. ni demandé directement aux navires de venir à son aide, mais que ceci ait été fait par la station côtière d'Halifax de sa propre initiative, et de façon tout à fait justifiée dans les circonstances où elle a eu connaissance du danger que courait le navire, à la suite de l'appel envoyé par son intermédiaire par le capitaine aux armateurs propriétaires, c'est certainement pour répondre à cet appel que le *Manchester Exporter* s'est porté à son aide, qu'à 17h05 il est arrivé en vue de l'*Irving Hemlock* et est entré en contact radio avec lui; à 17h29 le capitaine de l'*Irving Hemlock* a communiqué qu'il se trouvait maintenant sur les lieux et que cela serait suffisant; en conséquence, l'appel radio «tous navires» a été annulé. On peut dire, par conséquent, que depuis 17h05 une opération de sauvetage sur demande avait commencé. Cependant, aux termes des règles fondamentales du sauvetage, pour que le sauvetage puisse être invoqué, l'opération doit avoir réussi et, de fait, telle était la condition posée par le contrat-type de sauvetage du Lloyd qui constituait la seule base sur laquelle le capitaine du *Manchester Exporter* était autorisé à entreprendre quelque opération de sauvetage de sa propre initiative. Bien que l'*Irving Hemlock* ait été finalement sauvé, le sauvetage n'a pas résulté des efforts déployés par le *Manchester Exporter*, quoique j'ai conclu que l'on ne pouvait pas blâmer son équipage de n'avoir pas mener à bien les opérations de sauvetage, et il n'est pas douteux qu'il s'est employé avec diligence et énergie à tenter de réaliser le sauvetage (voir les arrêts *The Melanie (Propriétaires) c. The San Onofre (Propriétaires)*, [1925] A.C. 246, et *The Rempor*, (1883) 8 P. 115). Cette règle souffre cependant une exception, lorsque les services sont rendus à la demande du navire remorqué auquel cas ils prennent la qualité de services contractuels et une rémunération est versée même si ces services n'ont pas contribué à la sauvegarde finale du navire. M. Kennedy écrit à la page 112 de *Civil Salvage* 4^e éd.:

If the master of a ship in distress requests the performance of a service of a salvage nature—requests, for example, a steamer to stand by her in a storm, or to fetch an anchor from the shore—and that service is rendered, but the ship for which the service is requested is eventually saved through some other cause, such as a fortunate change of weather; or secondly, if after the service has begun and whilst they are willing and able to complete it, those who have undertaken it are discharged by the master of the vessel in danger, who prefers, perchance, some other help which offers itself: the court will not suffer the act of assistance, although unproductive of benefit, to go unrewarded, if it has involved an expenditure of time, labour or risk; and further, in the second case, may include in its award some compensation for the loss which the claimants of salvage have sustained in being prevented from completing the service which they had agreed to render.

This was approved by Gorell Barnes J. in *The Helvetia* (1894) 8 Asp. M.L.C. 264n and also in *The Loch Tulla* (1950) 84Ll. L. Rep 62. In *The Undaunted* (1860) Lush. 90 at 92 Dr. Lushington had this to say:

I cannot have any doubt as to the duty of the Court in this case. There is a broad distinction between salvors who volunteer to go out and salvors who are employed by a ship in distress. Salvors who volunteer, go out at their own risk for the chance of earning reward, and if they labour unsuccessfully, they are entitled to nothing: the effectual performance of salvage service is that which gives them a title to salvage remuneration. But if men are engaged by a ship in distress, whether generally or particularly, they are to be paid according to their efforts made, even though the labour and service may not prove beneficial to the vessel. Take the case of a vessel at anchor in a gale of wind, hailing a steamer to lie by and be ready to take her in tow, if required; the steamer does so, the ship rides out the gale safely without the assistance of the steamer: I should undoubtedly hold in such a case that the steamer was entitled to salvage reward, the how much to be determined by the risk encountered by both vessels, the value of the property at hazard, and the other circumstances of the case. The engagement to render assistance to a vessel in distress, and the performance of that engagement, so far as necessary or so far as possible, establish a title to salvage reward.

In *The Maude* (1876) 3 Asp. M.L.C. 338 the steam tug *Walter Stanhope*, seeing the signals of distress of *The Maude* who had lost her propeller in bad weather, came up to her and after some discussion between the masters, undertook to tow her. The hawser was made fast but subsequently parted and because of the

[TRADUCTION] Si le capitaine d'un navire en détresse demande la prestation d'un service de la nature d'un service de sauvetage—demande, par exemple, à un vapeur de se tenir sur les lieux pendant un orage ou d'aller chercher une ancre depuis la côte—et que ce service est rendu, mais que le navire pour lequel on a demandé le service est finalement sauvé pour quelque autre raison, comme un heureux changement de conditions météorologiques; ou deuxièmement, si après le début de la prestation service et tandis qu'ils ont la volonté et la capacité de le mener à bien, ceux qui l'ont entrepris en sont déchargés par le capitaine du navire en péril qui d'aventure préfère recourir à quelque autre assistance qui s'offre à lui, le tribunal n'admettra pas que l'acte d'assistance bien que sans résultat, ne soit pas dédommagé s'il a impliqué une contribution sous forme de temps, de travail ou de risque; en outre, dans la seconde hypothèse, il peut englober dans son dédommagement quelque compensation pour la perte subie par les demandeurs du fait qu'ils ont été empêchés de mener à bien le service qu'ils avaient accepté de rendre.

Le juge Gorell Barnes a approuvé cette thèse dans l'arrêt *The Helvetia*, (1894) 8 Asp. M.L.C. 264n et également dans l'arrêt *The Loch Tulla*, (1950) 84Ll. L. Rep. 62. Dans l'arrêt *The Undaunted*, (1860) Lush. pages 90 à 92, le docteur Lushington déclarait:

[TRADUCTION] Je ne puis avoir aucun doute sur le devoir de la Cour dans cette affaire. Il y a une grande différence entre les sauveteurs qui se portent volontaires pour aller sur les lieux et les sauveteurs qui sont employés par un navire en détresse. Les sauveteurs qui se portent volontaires sortent à leur propre risque dans l'espoir de gagner une rémunération et s'ils travaillent en vain, ils n'ont droit à rien: c'est la réalisation effective du service de sauvetage qui leur donne droit à la rémunération de sauvetage. Mais des hommes auxquels un navire en détresse fait appel, que cet appel soit général ou particulier, doivent être payés en fonction des efforts qu'ils ont faits, même si leur travail et leurs services s'avèrent sans résultat pour le navire. Prenez l'exemple d'un navire à l'ancre dans un coup de vent, qui appelle un vapeur afin qu'il se tienne sur les lieux, prêt à le prendre en remorque à sa demande; c'est ce que fait le vapeur, le navire sort du coup de vent sans son assistance: je soutiendrai indubitablement dans un tel cas que le vapeur avait droit à une rémunération de sauvetage, dont le montant serait déterminé par le risque couru par les deux navires, la valeur des biens en danger et les autres circonstances de l'espèce. L'engagement de prêter assistance à un navire en détresse et l'exécution de cet engagement, dans la mesure du nécessaire ou dans la mesure du possible, ouvre droit à une rémunération de sauvetage.

Dans l'arrêt *Maude*, (1876) 3 Asp. M.L.C. 338, le remorqueur à vapeur *Walter Stanhope*, apercevant les signaux de détresse du *Maude* qui avait perdu son hélice dans le mauvais temps, s'est dirigé vers lui et après une discussion entre les capitaines, a entrepris de le remorquer. La haussière a été amarrée mais par la suite elle

stress of the weather the disabled ship was obliged to anchor. The *Walter Stanhope*, however, was requested to stay by her during the night and she did so but on the following morning the master of the *Maude*, instead of availing himself of the services of the *Walter Stanhope* whose master was ready and willing to complete the service, engaged for a fixed sum, which the master of the *Walter Stanhope* had refused to accept, another steamer which had come up during the night. The owners, master and crew of the *Walter Stanhope* sued for salvage and in rendering judgment Sir Robert Phillimore stated:

It is true that it has been held in this court as a general proposition that a service however well intended, but not rendered, should not be rewarded. But that is a proposition which, in the circumstances of the case, induces the court to consider the reason why the service is not rendered.

The fair result of the evidence is that the *Walter Stanhope* was ready to do her best to the vessel in distress, and would have done so if the other engagement had not been made. The *Walter Stanhope* is not entitled to be rewarded on the scale which would have been her due had she towed the *Maude* to Yarmouth or Hull. She was there the whole night, and she ought not to have been discarded, and is entitled to be rewarded for the services rendered and to some compensation for the loss she has sustained by not being able to complete the service agreed upon.

In *The Melpomene* (1873) L.R. 4 A. & E. 129 Sir Robert Phillimore said:

... on the other hand, I think there are no cases which would stand in the way of my adopting as a principle this proposition, which appears to me of considerable importance to the interests of commerce and navigation, especially at the present time, namely, that where a vessel makes a signal of distress and another goes out with the bona fide intention of assisting that distress, and, as far as she can, does so, and some accident occurs which prevents her services being as effectual as she intended them to be, and no blame attaches to her, she ought not to go wholly unrewarded. I think it is for the interests of commerce and of navigation, and also for the encouragement of salvage services generally, that some remuneration should be given. I think that a slight remuneration will suffice on the present occasion, and I shall award the *Resolute* £50.

There is no doubt that the *Manchester Exporter* was asked to stand by the *Irving Hemlock* even before the contract was made between the owners of the two vessels and that the owners of the *Irving Hemlock* desired her to stand by through the night even after they had despatched the *Scotia Point* to take the *Irving*

s'est rompue et en raison du mauvais temps le vaisseau désemparé a dû s'ancrer. On a cependant demandé au *Walter Stanhope* de se tenir sur les lieux durant la nuit et c'est ce qu'il a fait, mais dans la matinée suivante le capitaine du *Maude*, au lieu de profiter des services du *Walter Stanhope* dont le capitaine était prêt et disposé à exécuter le sauvetage, a fait appel pour une somme forfaitaire, que le capitaine du *Walter Stanhope* avait refusé, au service d'un autre vapeur qui était arrivé durant la nuit. Les propriétaires, le capitaine et l'équipage du *Walter Stanhope* ont demandé en justice une rémunération de sauvetage et en rendant le jugement Sir Robert Phillimore a déclaré:

[TRADUCTION] Il est vrai que cette Cour a posé un principe général qu'un service qui, même prévu, n'a pas été exécuté ne devait pas être rémunéré. Mais c'est un principe qui dans les circonstances de l'espèce conduit la Cour à examiner le motif de la non-exécution de ce service.

Il ressort en toute impartialité de la preuve que le *Walter Stanhope* était prêt à faire de son mieux pour aider le navire en détresse et c'est ce qu'il aurait fait si l'autre accord n'avait pas été conclu. Le *Walter Stanhope* n'a pas droit à une rémunération en fonction de ce qui lui aurait été dû s'il avait remorqué le *Maude* jusqu'à Yarmouth ou Hull. Il est resté sur les lieux toute la nuit et il n'aurait pas dû être congédié; il a droit à une rémunération pour les services qu'il a rendus et à quelque indemnité pour la perte qu'il a subie du fait qu'il n'a pas pu mener à bien le service convenu.

Dans l'arrêt *Melpomene*, (1873) L.R. 4 A. & E. 129, Sir Robert Phillimore déclarait:

[TRADUCTION]. . . d'autre part, je pense qu'aucun arrêt ne s'oppose à ce que j'érige en principe cette proposition, qui me semble d'une importance considérable pour les intérêts du commerce et de la navigation, et en particulier à l'heure actuelle, à savoir que, lorsqu'un navire émet un signal de détresse et qu'un autre navire sort, avec l'intention de bonne foi de lui porter assistance et que, dans la mesure de ses possibilités, il le fait, et que quelques circonstances accidentelles empêchent ses services d'être aussi efficaces qu'il les désirait, et qu'aucune faute ne lui est imputable, il ne doit pas rester sans aucune rémunération. Je pense qu'il est dans l'intérêt du commerce et de la navigation qu'une rémunération soit accordée et que cela est également propre à encourager les services de sauvetage d'une manière générale. A mon avis, une faible rémunération suffira dans le cas présent et j'accorderai £50 au *Resolute*.

Il ne fait aucun doute qu'on a demandé au *Manchester Exporter* de se tenir sur les lieux près de l'*Irving Hemlock* et ce avant même que le contrat n'ait été conclu entre les propriétaires des deux navires, et que les propriétaires de l'*Irving Hemlock* désiraient que le premier reste sur les lieux toute la nuit même après qu'ils

Hemlock in tow, so that even though the services rendered were not successful and did not contribute to the eventual salvage of the *Irving Hemlock* I would have made a salvage award in favour of the owners, master and crew of the *Manchester Exporter* if no agreement for salvage had been made between the owners of the two vessels and no payment made as a result of it. This award would have taken into consideration, however, the fact that the salvage services were not successful and would not have been for an amount greater than the payment which was made by virtue of the agreement between the owners of the two vessels, which payment represents over 5% of the value of the *Irving Hemlock*. Furthermore, I would have divided this award between the owners on the one hand, and the master and crew on the other, and probably would have divided this on the basis of three-fourths to the owners and one-fourth to the captain and crew (see Kennedy (*supra*)) at page 235 where he states:

Since 1883, owners have received three-fourths so frequently that this may fairly be called the ordinary apportionment.

referring to the *Livietta* case (1883) 8 P.D. 24. The fact that a towage agreement was entered into, however, between the owners of the two vessels to take effect at 2100 hours changes all this (strictly speaking, the agreement was made with Furness Withy & Co. Ltd. as agents for the owners of the *Manchester Exporter*, but it is clear from their conduct during the negotiations that they had, or in any event held themselves out as having, the right to enter into the agreement which they did on behalf of the owners and I therefore consider this agreement binding on the owners). While this agreement fixed an hourly rate substantially higher than I would have been inclined to allow in view of the evidence of Mr. Lawson that his company, which owns vessels specially equipped for towage and salvage operations, has never been able to charge contract rates even approaching this, I do not see any reason for interfering with the contractual arrangements made on the grounds of their being exorbitant, especially since defendants paid the account rendered without question and without protest. See *The*

aient envoyé le *Scotia Point* pour prendre l'*Irving Hemlock* en remorque; ainsi même si les services rendus n'ont pas été couronnés de succès et n'ont pas contribué au sauvetage final de l'*Irving Hemlock*, j'aurais attribué une rémunération de sauvetage aux propriétaires, au capitaine et à l'équipage du *Manchester Exporter* si aucun contrat de sauvetage n'avait été conclu entre les propriétaires des deux navires et si aucun paiement n'avait été effectué en conséquence. Ce dédommagement, toutefois, aurait pris en compte le fait que les services de sauvetage n'ont pas eu de résultat et son montant n'aurait pas été supérieur au paiement qui a été fait en vertu du contrat liant les propriétaires des deux navires, paiement qui représente plus de 5% de la valeur de l'*Irving Hemlock*. En outre, j'aurais réparti ce dédommagement entre les propriétaires d'une part et le capitaine et l'équipage de l'autre, et je l'aurais probablement fait sur la base de trois-quarts pour les propriétaires et un quart pour le capitaine et l'équipage (voir Kennedy (*précitée*)) à la page 235 où il écrit:

[TRADUCTION] Depuis 1883, les propriétaires ont reçu si fréquemment les trois-quarts de la rémunération que l'on peut à juste titre parler de répartition ordinaire.

au sujet de l'arrêt *Livietta* (1883) 8 P.D. 24. Cependant, le fait qu'un contrat de remorquage qui devait entrer en vigueur à 21h, ait été conclu entre les propriétaires des deux navires, change tout (à proprement parler, l'accord a été conclu avec la Furness Withy & Co. Ltd., représentant des propriétaires du *Manchester Exporter*, mais il ressort clairement de leur comportement au cours des négociations qu'ils avaient, le droit de conclure le contrat, ce qu'ils ont fait, au nom des propriétaires et j'estime par conséquent que ce contrat lie les propriétaires). Bien que ce contrat comportât un prix horaire considérablement plus élevé que celui que j'aurais été porté à accorder au vu de la déclaration de M. Lawson selon laquelle sa compagnie, qui possède des navires spécialement équipés pour les opérations de remorquage et de sauvetage, n'a jamais pu demander des tarifs contractuels comparables à cela, je ne vois aucune raison pour m'immiscer dans les dispositions contractuelles en me fondant sur leur caractère exorbitant, étant donné en particulier que les défendeurs ont payé la facture qu'il leur a été

Medina (1877) 2 P.D. 5; *The Mark Lane* (1890) 15 P.D. 135; *The Port Caledonia and The Anna* [1903] P. 184.

An agreement to render towing services and exact payment for same, whether or not the efforts are successful, is not, properly speaking, a salvage agreement. As Kennedy (*supra*) states at page 100:

A salvage agreement is an agreement which may fix, indeed, the amount to be paid for salvage, but leaves untouched all the other conditions necessary to support a salvage award, one of which is the preservation of some part at least of the *res*, that is, ship, cargo, or freight.

Mr. Lawson testified and his testimony was uncontradicted, and in fact was indirectly supported by the manner in which the account was eventually rendered by Furness Withy & Co. Ltd., that during the negotiations for the agreement, and in view of the high rate being paid, the starting time was fixed at 2100 hours rather than at the earlier time of 1705 hours when the *Manchester Exporter* first stood by, and it was on this basis that the contract was entered into and payment in full made in accordance with the terms of the agreement. Plaintiff, Manchester Liners Limited, cannot have the best of two worlds and claim payment both for salvage, even though the salvage was not successful, in an amount to be fixed by the Court, after giving credit for the sum received under the agreement, when payment was made under the agreement, in full, at the rate of \$400 an hour, commencing at 2100 hours, which amount was payable whether the services were successful or not, and I am surprised that it should attempt to do so. Clearly the agreement replaced any claim to salvage which it might otherwise have had, and, as I have already indicated, in actual fact represented payment to it of more than the sum I would have awarded on the basis of its salvage claim had no such agreement existed.

With respect to the claim of the master on behalf of himself and the officers and crew, however, the situation presents more difficulties. The jurisprudence indicates the claim of the master and crew, while usually dealt with in the same action as that of the owners, is a

soumise sans discussion ni protestation. Voir les arrêts *The Medina* (1877) 2 P.D. 5; *The Mark Lane* (1890) 15 P.D. 135; *The Port Caledonia and The Anna* [1903] P. 184.

Un contrat prévoyant la prestation de services de remorquage moyennant paiement n'est pas à proprement parler, qu'il y ait résultat ou non, un contrat de sauvetage. Comme le note M. Kennedy (*précité*) à la page 100:

[TRADUCTION] ... Un contrat de sauvetage est un contrat qui peut fixer, de fait, le prix du sauvetage, mais ne traite pas de toutes les autres conditions nécessaires à fonder une rémunération de *sauvetage*, l'une d'elles étant la sauvegarde d'une partie au moins de la *chose*, c'est-à-dire, le navire, la cargaison ou le fret.

M. Lawson a déclaré dans son témoignage qu'il n'a pas été contesté, et a même été indirectement soutenu par la façon dont la Furness Withy & Co. Ltd. a finalement présenté sa facture, que durant la négociation du contrat, et compte tenu de l'importance du prix demandé, le début de la prestation des services a été fixée à 21h au lieu de 17h05, heure à laquelle le *Manchester Exporter* est arrivé sur les lieux, et c'est sur cette base que le contrat a été conclu et le paiement entièrement acquitté conformément aux termes du contrat. La demanderesse, la Manchester Liners Limited, ne peut pas gagner sur les deux tableaux et réclamer aussi le paiement pour le sauvetage, même si le sauvetage n'a pas réussi, d'une somme fixée par la Cour, après avoir crédité la somme reçue en vertu du contrat lorsque le paiement en question a été effectué, en totalité, au tarif de \$400 l'heure, à partir de 21h, somme qui était payable quel que soit le résultat des services, et je suis surpris qu'elle ait essayé de le faire. Manifestement, le contrat remplaçait toute réclamation de rémunération de sauvetage dont elle aurait pu autrement se prévaloir et, comme je l'ai déjà indiqué, il représentait en fait pour elle un paiement supérieur à la somme que j'aurais accordée sur la base de sa réclamation de rémunération de sauvetage s'il n'y avait pas eu un tel contrat.

Pour ce qui est de la réclamation du capitaine en son nom propre et au nom des officiers et de l'équipage, la situation présente cependant de plus grandes difficultés. La jurisprudence indique que la réclamation du capitaine et de l'équipage, bien qu'elle soit généralement jointe à

separate claim, and that except for special circumstances the owners cannot enter into an agreement waiving their rights to salvage any more than the master could (except perhaps in a situation where an agreement is entered into *ex necessitate* because of urgency and inability to communicate with the owners) bind the owners. In *The Margery* [1902] P. 157 Sir Francis Jeune had this to say at page 165:

I am not at all prepared to say that under certain circumstances an agreement made by the owners on behalf of the crew might not bind them, just as an agreement made under certain circumstances by the master may bind the owners. It is clear that if, before the salvage service is rendered, the masters of the two ships meet together, they may make an arrangement by which, subject to the jurisdiction of this Court to see whether it is equitable or not, the masters can undoubtedly bind the owners. I should not be prepared to deny that an agreement made under similar circumstances by the owners on behalf of the master and crew might bind the master and crew; but the reason for that is the necessity of the case. The service has to be rendered on the spur of the moment, and if the agreement cannot be made by the only persons who are there to make it, it cannot be made at all. Therefore *ex necessitate* an agreement so made binds; but that is a very different thing from saying that, when there is no stress at all, an arrangement made by the owners binds the master and crew, without any notice to the master and crew. That proposition I am not prepared to adopt, nor is that seriously contended.

In *The Friesland* [1904] P. 345 shipowners, having been informed by telegraph that their vessel was lying disabled off the south coast of Ireland, agreed with the owners of a tug, known to be in the vicinity of the disabled vessel, that their vessel should be towed to Liverpool by the tug on the usual towage terms. Before, however, the agreement was made and before the owners of the tug could instruct their tugmaster, the tug had proceeded to the disabled vessel, and had begun towing her to Liverpool. In an action of salvage brought by the owners, master and crew of the tug, Sir Francis Jeune, after holding that the owners were bound by the agreement, dealt with the question whether the master and crew were also bound by it. He found that there was a continuous service and a substantial part of it had been rendered before the agreement was made, that the master and crew had thereby acquired independent rights when the agreement was entered into, and "the

celle des propriétaires dans la même action, est une réclamation distincte, et que sous réserve de circonstances spéciales, les propriétaires ne peuvent abandonner par contrat leur droit à une rémunération de sauvetage, pas plus que le capitaine ne pourrait (sauf peut-être dans une situation où le contrat est conclu *ex necessitate* en raison de l'urgence et de l'impossibilité de communiquer avec les propriétaires) lier les armateurs. Dans l'arrêt *The Margery*, [1902] P. 157, Sir Francis Jeune déclarait à la page 165:

(TRADUCTION) Je ne suis pas du tout disposé à dire que dans certaines circonstances un accord conclu par les propriétaires au nom de l'équipage ne pourrait pas les lier, de même qu'un accord conclu dans certaines circonstances par le capitaine peut lier les propriétaires. Il est clair que si, avant l'exécution du service de sauvetage, les capitaines des deux navires s'accordent, ils peuvent conclure un contrat par lequel, sous réserve du pouvoir qu'a cette Cour d'examiner s'il est juste ou non, ils peuvent sans aucun doute lier les propriétaires. Je ne serais pas du tout disposé à nier qu'un contrat conclu dans des circonstances analogues par les propriétaires au nom du capitaine et de l'équipage ne pourrait pas lier ces derniers; mais la raison en est l'urgence du problème. Le service doit être exécuté dans la contrainte de l'événement et si le contrat ne peut être conclu par les seules personnes qui sont là pour le faire, il ne peut pas l'être du tout. Par conséquent, un accord ainsi conclu *ex necessitate* oblige; mais cela ne revient pas du tout à dire que lorsqu'il n'y a pas du tout d'urgence un accord conclu par les propriétaires lie le capitaine et l'équipage sans que ces derniers en aient été avisés. Je ne suis pas du tout disposé à accepter cette proposition qui d'ailleurs n'est pas sérieusement soutenue.

Dans l'arrêt *The Friesland* [1904] P. 345, les propriétaires du navire, ayant été informés par télégraphe que leur navire se trouvait désemparé au large de la côte sud de l'Irlande ont convenu avec les propriétaires d'un remorqueur que l'on savait dans les parages du navire en détresse, le remorquage de leur navire par ce remorqueur jusqu'à Liverpool selon les conditions ordinaires du remorquage. Cependant, avant de conclure l'accord et avant que les propriétaires du remorqueur aient pu donner leurs instructions au capitaine de leur remorqueur, le remorqueur avait fait route vers le navire désemparé et avait commencé à le remorquer vers Liverpool. Dans une action de sauvetage intentée par les propriétaires, le capitaine et l'équipage du remorqueur, Sir Francis Jeune, après avoir jugé que les propriétaires étaient liés par le contrat, a examiné la question de savoir si ce contrat liait également le capitaine et l'équipage. Il a conclu qu'il s'agissait

owners cannot bargain away the vested rights of the master and crew by a bargain in which the master and crew do not acquiesce". In *The Leon Blum* [1915] P. 90, 290 the owners of a vessel entered into a towage agreement on terms of "no cure, no pay, no salvage charges". It was held there was no authority on the part of the owners to bind the master and crew that they should not in any circumstances receive salvage remuneration. This case also referred to section 156 of the *Merchant Shipping Act 1894*, 57-58 Vict., c. 60, which is substantially reproduced in s. 201 of the *Canada Shipping Act* by virtue of which a seaman cannot by any agreement abandon any right that he may have or obtain in the nature of salvage, and that every stipulation in an agreement to the contrary is void. While I have considerable doubt as to whether s. 201 of the *Canada Shipping Act* applies in the present case, since we are not dealing with an agreement to which the seamen were parties but rather with an agreement made by the owners which nevertheless adversely affects them, it does appear that the salvage services of the master, officers and crew had commenced some four hours before the agreement when, by request, they stood by the *Irving Hemlock* which was in distress, even though at that time they made no attempt to get a rope aboard or commence any salvage operations. Salvage commences from the moment a vessel stands by (see *The Undaunted*, *The Tower Bridge* and *The National Defender* cases (*supra*)). The master of the *Manchester Exporter* very properly went to the aid of the *Irving Hemlock* as, in fact, he was obliged to do under the provisions of the *British Merchant Shipping (Safety Convention) Act, 1949* 12-13 Geo. 6, c. 43, section 22 of which reads in part as follows:

d'un service et qu'une part importante de ce service avait été exécutée avant la conclusion du contrat, que le capitaine et l'équipage avaient de ce fait acquis des droits particuliers au moment où le contrat avait été conclu, et que [TRADUCTION] «les propriétaires ne peuvent pas sacrifier les droits acquis du capitaine et l'équipage dans un marché auquel le capitaine et l'équipage n'ont pas donné leur accord». Dans l'arrêt *The Leon Blum*, [1915] P. 90, 290, les propriétaires d'un navire ont conclu un contrat de remorquage qui subordonnait la rémunération et le paiement des frais de sauvetage au résultat obtenu. Il a été jugé que les propriétaires n'avaient aucun pouvoir pour décider au nom du capitaine et de l'équipage qu'ils ne recevraient en aucun cas une rémunération de sauvetage. Cet arrêt se référait également à l'art. 156 du *Merchant Shipping Act* de 1894, 57-58 Vict., c.60, dont l'essentiel est reproduit dans l'art. 201 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* aux termes duquel un marin ne peut renoncer par convention à aucun droit qui peut lui appartenir ou qu'il peut obtenir en matière de sauvetage et toute stipulation contractuelle contraire est nulle. Bien que je doute fort que l'art. 201 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* s'applique dans le cas présent, puisque nous ne traitons pas d'un contrat auquel les marins étaient parties mais plutôt d'un contrat conclu par les propriétaires et qui néanmoins leur est préjudiciable, il semble effectivement que les services de sauvetage du capitaine, des officiers et de l'équipage aient commencé quelques quatre heures avant le contrat lorsque, sur sa demande, ils sont restés sur les lieux près de l'*Irving Hemlock* qui se trouvait en détresse, même si à ce moment-là, ils n'ont pas essayé de faire parvenir un câble à bord ni entrepris aucune opération de sauvetage. Le sauvetage commence du moment où le navire se tient sur les lieux (voir les arrêts *The Undaunted*, *The Tower Bridge* et *The National Defender* (*précités*)). Selon toute probabilité, le capitaine du *Manchester Exporter* s'est porté à l'aide de l'*Irving Hemlock* comme il y était obligé en fait par l'art. 22 du *British Merchant Shipping (Safety Convention) Act, de 1949*, 12-13 Geo. 6, c. 43, qui dispose notamment ce qui suit:

22. (1) The master of a British ship registered in the United Kingdom, on receiving at sea a signal of distress or information from any source that a vessel or aircraft is in distress, shall proceed with all speed to the assistance of the persons in distress (informing them if possible that he is doing so) . . .

* * *

(8) Nothing in this section shall affect the provisions of section six of the Maritime Conventions Act, 1911; and compliance by the master of a ship with the provisions of this section shall not affect his right, or the right of any other person, to salvage.

Captain Watson testified that he was standing by to save life as he was obliged to do by s. 6 of the British *Maritime Conventions Act, 1911* 1-2 Geo. 5, c. 57, subsec. (2) of which reads as follows:

6. (2) Compliance by the master or person in charge of a vessel with the provisions of this section shall not affect his right or the right of any other person to salvage. (Similar provisions are found in secs. 457 and 526 of the *Canada Shipping Act*.)

I find that the master, officers and crew in the present case are entitled to a salvage award which, had they succeeded in completing the salvage, I would have fixed at one-quarter of the negotiated hourly figure arranged between the owners of the two vessels, or \$100 an hour, but in their case to commence at 1705 hours on February 4 and continue until completion of the salvage. As it turned out their services, through no fault of their own, were unsuccessful and were terminated at 0810 hours February 5 after a period of approximately 15 hours which would result in an award of \$1,500, which in line with the jurisprudence I would reduce to \$1,000, as the vessel was not actually saved as a result of their services. The difficulty is to determine how this award can be made without causing an unreasonable prejudice to defendant which has already paid in full a very substantial amount for the same services. It is my view that the amount which was paid to plaintiff, Manchester Liners Limited, by virtue of the agreement should have been shared by it with the master, officers and crew, in accordance with the usual practice in salvage awards, but evidently Manchester Liners Limited has not done so. The crew was paid overtime in accordance

[TRADUCTION] 22. (1) Le capitaine d'un navire britannique, immatriculé au Royaume-Uni doit, dès réception en mer d'un signal de détresse ou d'une information, quelle qu'en soit la source, selon laquelle un navire ou un aéronef se trouve en détresse, se porter, à pleine vitesse, à l'aide des personnes en détresse (en les informant si possible) . . .

* * *

(8) Rien dans cet article ne fait obstacle aux dispositions de l'article six de la *Maritime Conventions Act*, de 1911; et le fait pour le capitaine d'un navire de se conformer aux dispositions de cet article ne doit pas porter atteinte à son droit, ou au droit de toute autre personne, à une rémunération de sauvetage.

Le capitaine Watson a déclaré dans son témoignage qu'il s'était tenu sur les lieux pour sauver des vies humaines comme il y était obligé par le par. (2) de l'art. 6 de la loi britannique *Maritime Conventions Act, de 1911*, 1-2 Geo. 5, c. 57, qui dispose:

[TRADUCTION] 6. (2) L'observation, par le capitaine ou par la personne ayant la direction d'un bâtiment, du présent article ne porte pas atteinte à leur droit à l'indemnité de sauvetage, ni à celui d'une autre personne. (On trouve des dispositions identiques aux art. 457 et 526 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.)

J'en conclus que, dans la présente affaire, le capitaine, les officiers et l'équipage ont droit à une rémunération de sauvetage que j'aurais fixée, s'ils avaient exécuté le sauvetage avec succès, au quart du prix horaire fixé après négociation entre les propriétaires des deux navires, soit \$100 l'heure, mais dans leur cas, à partir du 4 février à 17h05 jusqu'à la fin du sauvetage. Vu la tournure de la situation, leurs services, sans qu'il en soit de leur faute, ont échoué et ont pris fin le 5 février à 8h10 soit après environ 15h, ce qui se traduirait par une rémunération de \$1,500 que je réduirais pour suivre la jurisprudence, à \$1,000, du fait que ce n'est pas grâce à leur service que le navire a été effectivement sauvé. La difficulté consiste à déterminer comment cette rémunération peut être accordée sans causer un préjudice déraisonnable aux défendeurs qui se sont déjà acquittés d'une très forte somme pour les mêmes services. Il m'apparaît que la défenderesse, la Manchester Liners Limited, aurait dû partager la somme qu'elle a reçue en vertu du contrat, avec le capitaine, les officiers et l'équipage conformément à la pratique courante en matière de rémunération de sauvetage, mais évidemment la Manchester Liners Limited ne l'a pas fait. L'é-

with the terms of their contract of employment, but it was stated in evidence that this would not involve a very substantial sum¹. The master and officers are apparently paid a monthly wage and received nothing further for their very exceptional and unusual efforts during the night of February 4-5, 1969. While it was undoubtedly their duty in accordance with the provisions of the *British Merchant Shipping (Safety Convention) Act, 1949 (supra)* and maritime law generally to undertake these exceptional hardships and personal efforts, it is not something which would frequently occur in the course of their normal employment and they are entitled to be properly compensated for same. If there is something in the terms of the engagement of the master, officers and crew by their employers, Manchester Liners Limited, which justifies the latter in refusing to share amounts received by them pursuant to the towage contract with these employees, this is not a matter which can be decided in the present case, nor can the question of whether such a condition would be contrary to s. 201 of the *Canada Shipping Act (supra)* since, although Manchester Liners Limited on the one hand, and the master acting on his own behalf and on behalf of the officers and crew on the other, appear to have conflicting interests, they are co-plaintiffs and no issue between them is before me.

However, I believe that defendants were justified in believing that the payment they made to Furness Withy & Co. Ltd. as agents for the owners constituted full payment for all services rendered, and that the agreement which they had negotiated for the substantial figure of \$400 an hour would also cover any possible claim of the master, officers or crew, and that they would not be in jeopardy of a subsequent claim from them, to say nothing of a subsequent claim from Manchester Liners Limited, which latter claim, as I have previously indicated, I find to be entirely unjustified and unwarranted. Surely, from a practical point of view, the master or owners of a ship accepting salvage services should not have to enter into two separate agreements, one with the owner of the vessel

quipage a reçu le paiement de ses heures supplémentaires conformément aux termes de leur contrat de travail mais il a été déclaré au cours des dépositions que cela ne représentait pas une somme très importante¹. Le capitaine et les officiers reçoivent, semble-t-il, un salaire mensuel et ils n'ont rien reçu de plus pour les efforts très exceptionnels et inhabituels qu'ils ont déployés dans la nuit du 4 au 5 février 1969. Bien qu'il fût sans aucun doute de leur devoir, conformément aux dispositions du *British Merchant Shipping (Safety Convention) Act, de 1949 (précité)* et au droit maritime d'une façon générale, d'assumer ses épreuves et ses efforts personnels exceptionnels, il y a là quelque chose qui sort du cours ordinaire de leur emploi et qui leur donne droit à une indemnité appropriée. S'il y a quelque clause dans le contrat de travail qui lie le capitaine, les officiers et l'équipage à leur employeur, la Manchester Liners Limited et qui autorise cette dernière à refuser de partager avec ses employés les sommes qu'elle a reçues en vertu du contrat de remorquage, ce n'est pas là un point qui peut être tranché dans la présente affaire, non plus que la question de savoir si une telle clause serait contraire à l'art. 201 de la *Loi sur la marine marchande du Canada (précitée)* puisque, bien que la Manchester Liners Limited d'une part et le capitaine agissant en son nom propre et au nom des officiers et de l'équipage d'autre part semblent avoir des intérêts opposés, ils sont co-demandeurs et aucun litige les opposant ne m'a été déféré.

Cependant, je pense que les défendeurs étaient justifiés de croire que le paiement qu'ils avaient fait à la Furness Withy & Co. Ltd. en qualité de représentant des propriétaires constituait le paiement de l'ensemble des services rendus et que la somme importante de \$400 l'heure qu'ils avaient négociée par contrat couvrirait également toute réclamation éventuelle du capitaine, des officiers ou de l'équipage et qu'ils ne courraient pas le risque de faire face à une réclamation ultérieure de leur part, pour ne rien dire d'une réclamation ultérieure de la Manchester Liners Limited, réclamation que, comme je l'ai indiqué, précédemment, je trouve tout à fait injustifiée et abusive. Assurément, d'un point de vue pratique, le capitaine ou les propriétaires d'un navire qui acceptent les servi-

which is to perform the salvage and the other with the master of same acting on behalf of the officers and crew, especially when it must be borne in mind that such agreements have to be made under the conditions of stress and in some haste. It would seem more reasonable to assume that the owners of the salvaging vessel would make their own arrangements for sharing the special remuneration paid with their employees the master, officers and crew, especially when the captain of the salvaging vessel, as in the present case, indicated that he had no authority to enter into any agreement except under the terms of Lloyd's Open Form, and that if any variation on this was to be made the owners of the vessel in distress should contact his owners or agents. Nevertheless, the law seems clear that the master, officers and crew cannot be so bound by the owners especially when they have an acquired right, having already commenced an act of salvage by standing by on request, before the agreement to which they were not parties was made. Breaking down the \$1,000 salvage award for the master, officers and crew into the period from 1705 hours to 2100 hours when the contract with the owners commenced, and the period from 2100 hours to 0810 hours when it terminated, I would award \$250 for the first period and \$750 for the later period, and hold defendants liable for payment to the master, officers and crew of the sum of \$250 for the first period. With respect to the second period for which I have found the master, officers and crew are entitled to \$750 as a salvage award for their continuing services during this period, I consider that this portion of their claim has been paid by defendants to plaintiff, Manchester Liners Limited, and should be claimed from them by the master, officers and crew. I cannot render such a judgment in the present case so this matter would have to be dealt with in other proceedings.

ces de sauvetage ne devraient pas avoir à conclure deux accords séparés, l'un avec le propriétaire du navire qui doit effectuer le sauvetage et l'autre avec le capitaine de ce navire agissant au nom des officiers et de l'équipage, et en particulier du fait que l'on doit avoir présent à l'esprit que ces accords doivent être conclus sous la pression des événements et de façon assez hâtive. Il semblerait plus raisonnable de présumer que les propriétaires du navire sauveteur prendraient d'eux-mêmes des dispositions pour partager la rémunération spéciale avec leurs employés, le capitaine, les officiers et l'équipage, en particulier lorsque le capitaine du navire sauveteur comme c'est le cas ici, a indiqué qu'il n'avait aucun pouvoir pour conclure un contrat si ce n'est suivant les conditions du contrat-type de sauvetage du Lloyd et que si quelques modifications devaient y être apportées, les propriétaires du navire en détresse devaient se mettre en rapport avec ses propriétaires ou ses représentants. Néanmoins, le droit est clair sur ce point; le capitaine, les officiers et l'équipage ne peuvent pas être liés par les propriétaires et en particulier lorsqu'ils possèdent un droit acquis, ayant déjà entrepris une opération de sauvetage en se tenant sur les lieux sur demande avant que le contrat auquel ils ne sont pas parties ait été conclu. En ventilant la rémunération de sauvetage de \$1,000 accordée au capitaine, aux officiers et à l'équipage entre la période allant de 17h05 à 21h lorsque le contrat conclu avec les propriétaires a pris effet, et la période allant de 21h à 8h10 lorsqu'il a pris fin, j'accorderais \$250 pour la première période et \$750 pour la seconde et je déclarerais les défendeurs débiteurs de la somme de \$250 afférant à la première période vis-à-vis du capitaine, des officiers et de l'équipage. Quant à la seconde période pour laquelle j'ai conclu que le capitaine, les officiers et l'équipage avaient droit à une indemnité de sauvetage de \$750 pour les services ininterrompus qu'ils ont rendus au cours de cette période, j'estime que cette partie de leur réclamation a été payée par les défendeurs à la demanderesse, la Manchester Liners Limited et que c'est à elle que le capitaine, les officiers et l'équipage devraient la réclamer. Je ne puis pas rendre un tel jugement dans la présente espèce, aussi cette question devrait-elle être débattue dans un autre procès.

Judgment will therefore be rendered as follows:

The claim of Manchester Liners Limited is dismissed. Judgment is rendered in favour of John Scott Watson, master, on his own behalf and on behalf of the officers and crew of the *Manchester Exporter* on voyage No. 23 January-February 1969 against defendants for \$250.

In view of the unusual circumstances surrounding the present litigation which would likely never have been brought had plaintiff, Manchester Liners Limited, shared the payment made with the master, officers and crew, and in view of Rule 344 which gives the Court full discretion to make such order as to costs as it shall see fit, I direct that, although judgment is rendered against defendants on behalf of plaintiff John Scott Watson and the officers and crew as hereinabove indicated in the amount of \$250, the defendants shall have their costs payable by plaintiff Manchester Liners Limited.

¹See *The National Defender* [1970] 1 Lloyd's Rep. 40 at p. 46 where, in dealing with a claim by the crew of the salving vessel and an offer of payment made, it is stated: "The offer of payment clearly had nothing to do with plaintiffs' regular salary or overtime since that was the obligation of Hellenic Shipping, the *Mesologi's* owner, on which payment was received when the plaintiffs were discharged at Pylos, Greece, at the end of the voyage."

Le jugement sera par conséquent rendu de la façon suivante:

La réclamation de la Manchester Liners Limited est rejetée. Les défendeurs sont condamnés à payer la somme de \$250 à John Scott Watson, capitaine, agissant en son nom propre et au nom des officiers et de l'équipage du *Manchester Exporter* sur le voyage n° 23, en janvier-février 1969.

Compte tenu des circonstances inhabituelles du présent litige, qui ne serait vraisemblablement jamais venu en jugement si la demanderesse, la Manchester Liners Limited, avait partagé le paiement qu'elle a reçu avec le capitaine, les officiers et l'équipage, et vu la Règle 344 qui confère à la Cour toute discrétion pour rendre une telle ordonnance quant au dépens, lorsqu'elle l'estime approprié, je décide que, bien que les défendeurs aient été condamnés à payer la somme de \$250 au demandeur John Scott Watson, aux officiers et à l'équipage ainsi qu'il a été dit plus haut, la demanderesse, la Manchester Liners Limited est condamnée à payer les dépens des défendeurs.

¹Voir l'arrêt *The National Defender*, [1970] 1 Lloyd's Rep. 40, à la page 46 où il est déclaré, au sujet d'une réclamation présentée par l'équipage du navire sauveteur et d'une offre de paiement: [TRADUCTION] «L'offre de paiement n'avait manifestement rien à voir avec le traitement ou les heures supplémentaires des demandeurs puisqu'il s'agissait d'une obligation pour la Hellenic Shipping, propriétaire du *Mesologi* qui a effectué le paiement lorsque les demandeurs ont été relevés de leur service à Pylos (Grèce) à la fin du voyage.»

Minister of National Revenue (Appellant)

v.

Hélène Lemieux-Fournier (Respondent)

Trial Division. Noël A.C.J., Quebec, May 18; Ottawa, June 11, 1971.

Estate Tax—Usufruct bequeathed to wife and power to dispose of bare-ownership—Gift over to daughter if power not exercised—Daughter residuary legatee of mother's estate—Whether father's property part of mother's estate—Estate Tax Act, secs. 3(1)(a), 3(2)(a), 58(1)(i).

A testator, who died in 1941, by his will gave three-fourths of the usufruct of his property to his wife and one-fourth to his daughter; the bare-ownership of the property he bequeathed "to be disposed of by my wife in her will. In the event of my wife's failing to do so, the said ownership shall revert to [the daughter]." The wife, who died in 1964, did not dispose of her husband's property by her will wherein she named the daughter residuary legatee and executrix. The Minister included the value of the husband's property in the aggregate net value of the wife's estate for estate tax purposes. The daughter appealed.

Held (on appeal from the Tax Appeal Board), since there was no limitation on the power of appointment conferred on the wife, it was a "general power" within the meaning of secs. 3(2)(a) and 58(1)(i) of the *Estate Tax Act*. The wife was thus competent to dispose of the husband's property and it must accordingly be included in the net value of her estate under s. 3(1)(a).

Montreal Trust Co. v. M.N.R. (Hickson Estate) [1964] S.C.R. 667, distinguished. *Royal Trust Co. v. M.N.R.* [1965] Ex.C.R. 414, aff'd. [1968] S.C.R. 505, referred to.

APPEAL from Tax Appeal Board.

Alban Garon, Q.C., and Gerald Rip for appellant.

Eugène Rivard, Q.C., for respondent.

NOËL A.C.J.—The appeal is from a decision of the Tax Appeal Board allowing in part an appeal by respondent against an assessment by the Minister under the *Estate Tax Act*, by which he levied a tax in the amount of \$5,688.64 in respect of the estate of Mrs. Rose-Anna Tardif-Lemieux, the mother of the respondent, Mrs. Hélène Lemieux-Fournier.

Under the will of her father, who died in 1941, respondent received a one-fourth usu-

Le ministre du Revenu national (Appellant)

c.

Hélène Lemieux-Fournier (Intimée)

Division de première instance. J.C.A. Noël, Québec, le 18 mai; Ottawa, le 11 juin 1971.

Impôt successoral—Usufruit légué à l'épouse et pouvoir de disposer de la nue-propriété—Donation à la fille si le pouvoir n'est pas exercé—La fille, légataire universelle de la succession de sa mère—Les biens du père font-ils partie de la succession de la mère—Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès, art. 3(1)a, 3(2)a, 58(1)i.

Un testateur, décédé en 1941, donna par testament trois-quarts de ses biens en usufruit à sa femme et un quart à sa fille; quant à la nue-propriété des biens, il entendait «qu'il en soit disposé par mon épouse dans son testament. A défaut de ce faire, cette nue-propriété retournera à [la fille].» L'épouse, qui mourut en 1964, ne disposa pas des biens de son époux dans son testament qui instituait sa fille légataire universelle et exécutrice testamentaire. Le Ministre engloba la valeur des biens de l'époux dans la valeur globale nette de la succession de l'épouse aux fins de l'impôt successoral. La fille interjeta un appel.

Arrêt: (en appel de la décision de la Commission d'appel de l'impôt), comme la faculté d'élection accordée à l'épouse n'était pas limitée, il s'agissait d'un «pouvoir général» selon l'acceptation des art. 3(2)a) et 58(1)i) de la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès*. Par conséquent l'épouse était habilitée à disposer des biens de son mari qui doivent donc être inclus dans la valeur nette de sa succession aux termes de l'art. 3(1)a).

Distinction faite entre la présente et l'affaire *Montreal Trust Co. c. M.R.N.* (Succession Hickson) [1964] R.C.S. 667. Renvoi à l'arrêt *Royal Trust Co. c. M.R.N.* [1965] R.C.É. 414, confirmé par (1968) R.C.S. 505.

APPEL de la décision de la Commission d'appel de l'impôt.

Alban Garon c.r., et Gerald Rip pour l'appellant.

Eugène Rivard c.r., pour l'intimée.

LE JUGE EN CHEF ADJOINT NOËL—Il s'agit de l'appel d'une décision de la Commission d'appel de l'impôt admettant en partie l'appel de l'intimée d'une cotisation faite par le Ministre sous l'empire de la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès*, par laquelle il prélevait un impôt au montant de \$5,688.64 à l'égard de la succession de dame Rose-Anna Tardif-Lemieux, mère de l'intimée, dame Hélène Lemieux-Fournier.

En vertu du testament de son père, qui mourut en 1941, l'intimée, sa fille, reçut un

fruct in his property, and her mother three-fourths. The will also stated: "as to the bare-ownership of said property, I give and bequeath it to be disposed of by my wife in her will, and in this connection I wish to recall my great love and affection for Hélène. In the event of my wife's failing to do this, the said ownership shall revert to Hélène."

It was because of this stipulation that the Minister decided that respondent's mother was competent to dispose of the bare-ownership of the property under secs. 3(1)(a), 3(2)(a) and 58(1)(i) of the *Estate Tax Act*. Accordingly, when respondent's mother died in 1964, constituting respondent her residuary legatee and sole executrix, all the property was taxed as issuing from the mother's estate. Respondent, on the other hand, contends that the property issuing from her father's estate devolved to her from her father and not from her mother.

The Minister thus set the net value of respondent's mother's estate at \$105,351.25, while respondent alleged that the maximum amount the notice of assessment should show as the net value was \$21,480.83.

The appeal from this assessment to the Tax Appeal Board was allowed in part by Mr. Boisvert. In fact, this learned member of the Board held that since the father had not disposed of the bare-ownership of his property in 1941, two thirds of the property devolved on respondent and one third on her mother, as heirs *ab intestato* of the father. He therefore deducted from the aggregate net value of the mother's estate two thirds of the value of the property from the father's estate, and referred the matter back to the Minister for reconsideration and re-assessment.

In the present appeal the Minister challenges the decision of the Tax Appeal Board, alleging as follows:

(a) respondent's mother, Rose-Anna Tardif-Lemieux, was, immediately prior to her death, competent to dispose of the property referred to in the testamentary provision of respondent's father, Henri Lemieux;

quart de l'usufruit de ses biens et sa mère les trois-quarts. Ce testament déclarait aussi que «quant à la nue-propriété de ces dits biens je veux et entends qu'il en soit disposé par mon épouse dans son testament, et à ce propos je désire rappeler mon grand attachement et amour pour Hélène. A défaut de ce faire, cette nue-propriété retournera à Hélène.»

C'est à cause de cette stipulation, que le Ministre considéra que la mère de l'intimée était compétente à disposer de la nue-propriété des biens selon les termes des art. 3(1)a, 3(2)a et 58(1)i de la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès*. C'est ainsi que lorsque la mère de l'intimée mourut en 1964, instituant l'intimée sa légataire universelle en pleine propriété et sa seule exécutrice testamentaire, tous les biens furent imposés comme provenant de la succession de la mère. L'intimée, au contraire, soutient que les biens provenant de la succession de son père lui furent dévolus de son père et non pas de sa mère.

Le Ministre, par conséquent, établit à \$105,351.25 la valeur nette de la succession de la mère de l'intimée alors que, selon cette dernière, le maximum que l'avis de cotisation devait démontrer comme valeur nette est de \$21,480.83.

L'appel de la cotisation devant la Commission d'appel de l'impôt fut maintenu en partie par M. Boisvert. Le savant commissaire décida en effet que comme le père n'avait pas disposé en 1941 de la nue-propriété de ses biens, les deux tiers de ses biens furent dévolus à l'intimée et un tiers à la mère comme héritières *ab intestat* du père. Il déduisit donc de la valeur totale nette de la succession de la mère les deux tiers de la valeur des biens provenant de la succession du père et déféra le tout au Ministre pour nouvel examen et nouvelle cotisation.

Le Ministre, par le présent appel, attaque la décision de la Commission d'appel de l'impôt se fondant sur les allégués suivants:

a) la mère de l'intimée, dame Rose-Anna Tardif-Lemieux, était, immédiatement avant son décès, habile à disposer des biens qui sont l'objet de la clause du testament de son père Henri Lemieux;

(b) she had an estate or interest or general power regarding the property covered by this provision which made her competent to dispose of it;

(c) she had the capacity or authorization enabling her to dispose of the property covered by this provision by will as she saw fit;

(d) the property covered by this provision passed to respondent on her mother's death.

As we have seen, appellant bases his case on secs. 3(1), 3(1)(a), 3(2)(a) and 58(1)(i) of the *Estate Tax Act*.¹

Appellant contends that by the testamentary provision in question respondent's father, Henri Lemieux, created a substitution as to the property covered by the said provision, and conferred on the institute, respondent's mother Rose-Anna Tardif-Lemieux, a power or right of appointment, to be exercised by will, which contained no restriction or limitation as to the choice of substitute. Appellant submits that in computing the aggregate net value of the property passing on the death of Rose-Anna Tardif-Lemieux, the value of property covered by the provision had to be included, in accordance with the provisions of s. 3(1)(a) of the *Estate Tax Act*, since the deceased was immediately prior to her death competent to dispose of it within the meaning of s. 3(1)(a), and possessed an estate or interest or general power with respect to the property within the meaning of s. 3(2)(a). Further, according to appellant's submission, she had, immediately prior to her death, the power or authority to dispose by will of the property covered by this provision as she saw fit, within the meaning of s. 58(1)(i) of the *Estate Tax Act*, and was, accordingly, competent to dispose of the said property within the meaning of secs. 3(1)(a) and 3(2)(a) of the Act. Finally, appellant submits that the property covered by the testamentary provision passed on the death of respondent's mother within the meaning of the introductory part of s. 3(1) of the *Estate Tax Act*.

Respondent, on the other hand, submits that the notice of assessment issued on February 8, 1965, is illegal, arbitrary and groundless in fact

b) elle possédait un intérêt ou un droit ou un pouvoir général à l'égard des biens objet de cette clause qui la rendait habile à en disposer;

c) elle possédait la faculté ou l'autorisation qui lui permettait de disposer par testament selon qu'elle le jugeait opportun des biens objet de cette clause;

d) les biens, objet de cette clause, ont été transmis au décès de la mère de l'intimée.

L'appelant, comme nous l'avons vu, s'appuie sur les art. 3(1), 3(1)a), 3(2)a) et 58(1)i) de la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès*.¹

L'appelant soutient que par la clause du testament dont il s'agit, Henri Lemieux, le père de l'intimée, créa une substitution à l'égard des biens objet de cette clause et conféra à la grevée, Rose-Anna Tardif-Lemieux, la mère de l'intimée, une faculté d'élire ou un droit d'élection devant s'exercer par testament, qui ne comportait aucune restriction ou limitation quant au choix de l'appelé. L'appelant soumet que dans le calcul de la valeur globale nette des biens transmis au décès de Rose-Anna Tardif-Lemieux, il était tenu d'inclure la valeur des biens objet de la clause, conformément aux dispositions de l'art. 3(1)a) de la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès*, puisque la défunte était immédiatement avant son décès habile à en disposer au sens de l'art. 3(1)a), et possédait un intérêt ou un droit ou un pouvoir général à l'égard de ces biens au sens de l'art. 3(2)a). De plus, selon l'appelant, elle possédait immédiatement avant son décès, la faculté ou l'autorisation de disposer par testament selon qu'elle le jugeait opportun des biens qui sont l'objet de la clause au sens de l'art. 58(1)i) de la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès* et, par conséquent, elle était habile à disposer de ces biens au sens des art. 3(1)a) et 3(2)a) de cette même loi. Enfin, toujours selon l'appelant, les biens, objet de la clause du testament, ont été transmis au décès de la mère de l'intimée au sens de la partie introductive du par. (1) de l'art. 3 de la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès*.

L'intimée soumet, d'autre part, que l'avis de cotisation, émis le 8 février 1965, est illégal, irrégulier et mal fondé en fait et en droit. Elle

and in law. She admits that her mother, Rose-Anna Tardif-Lemieux, made her the sole executrix and legatee of the only property which said testatrix possessed in her own right, but denies that respondent's father sought in his will to create a substitution; she adds, however, that even if the will had created a substitution in respondent's favour, the assessment issued and the amended notice of appeal would still be arbitrary and ill-founded. She denies appellant's allegation to the effect that the value of the property covered by her father's testamentary provision had to be included in computing the aggregate net value of the property passing on the death of her mother as ill-founded even if the father's will had created a conditional substitution under which Rose-Anna Tardif-Lemieux was made the institute. She adds that if a conditional substitution had been created by the testator, her father, it would have been carried into effect retroactively to January 18, 1941.

Respondent alleges that she inherited directly from her father, Henri Lemieux, and none other, the property passed by Henri Lemieux, with the result that the value of the property passed in fact and in law by Rose-Anna Tardif-Lemieux was exempt from estate tax since it amounted to only \$21,480.83. She claims that secs. 3(1)(a), 3(2)(a) and 58(1)(i) were not designed to cover either Henri Lemieux's will or the property passed and devised by him. In particular she alleges that, in setting the aggregate taxable value of the estate in question, appellant unlawfully and without cause ignored the fact that Henri Lemieux bequeathed a one-fourth life interest in his estate to his daughter, the respondent, and that appellant should therefore have made allowance for the life expectancy of respondent, who was born on July 15, 1915, and deducted the present value of her life interest from the estate which he was arbitrarily and unlawfully seeking to tax. She contends that Rose-Anna Tardif-Lemieux disposed only of the property she inherited, as her will contained no reference to the will or estate of her husband, Henri Lemieux; and that Henri Lemieux's estate is governed only by his own will, that the resolutive condition imposed by him took place in fact and in law as of January 18, 1941, and that it actually took effect on his

admet que sa mère, Rose-Anna Tardif-Lemieux, l'a constituée sa seule exécutrice testamentaire et légataire des seuls biens que ladite testatrice possédait en propre mais nie que le père de l'intimée ait voulu, dans son testament, créer une substitution ajoutant, cependant, que même si ce testament en avait créé une en faveur de l'intimée, la cotisation émise et l'avis d'appel amendé seraient quand même irréguliers et mal fondés. Elle nie l'allégué de l'appelant à l'effet qu'il était tenu d'inclure dans le calcul de la valeur globale nette des biens transmis au décès de la mère de l'intimée la valeur des biens objet de la clause du testament de son père, comme mal fondé même si le testament du père avait créé une substitution conditionnelle aux termes de laquelle Rose-Anna Tardif-Lemieux aurait été grevée de substitution. Elle ajoute que si une substitution conditionnelle avait été créée par le testateur, père de l'intimée, elle aurait été réalisée et aurait eu son effet rétroactivement au 18 janvier 1941.

L'intimée déclare qu'elle tient directement de son père, Henri Lemieux, et de nul autre, les biens transmis par Henri Lemieux, avec la conséquence que la valeur des biens effectivement et légalement transmis par Rose-Anna Tardif-Lemieux, était exempte d'impôt sur biens transmis par décès vu qu'elle ne s'élevait qu'à \$21,480.83. Elle prétend que ni le testament d'Henri Lemieux, ni les biens légués et transmis par ce dernier, ne sont visés par les art. 3(1)(a), 3(2)(a) et 58(1)(i). Elle soutient en particulier que l'appelant, en établissant la valeur imposable globale de la succession en cause, aurait, sans droit et illégalement, ignoré que Henri Lemieux a légué l'usufruit viager de 25 p. 100 de son avoir à sa fille, l'intimée, et que, par conséquent, l'appelant devait tenir compte de l'expectative de vie de l'intimée, née le 15 juillet 1915, et distraire la valeur actuelle de l'intérêt viager de l'intimée, de l'avoir qu'arbitrairement et sans droit il entendait imposer. Elle déclare que Rose-Anna Tardif-Lemieux n'a disposé que de son patrimoine, son testament ne contenant aucune référence au testament ou à la succession de son mari, Henri Lemieux, que le patrimoine d'Henri Lemieux n'est régi que par le testament de ce dernier, la condition résolutoire par lui imposée s'étant réalisée en fait et en droit à compter du 18 janvier 1941 et remontant

death. She adds that Rose-Anna Tardif-Lemieux never had the personal or fiduciary vesting of the capital assets of Henri Lemieux or the power to dispose of them, nor did she have any power of appropriation or disposition over her husband's property. According to respondent's submission, Rose-Anna Tardif-Lemieux had possession of her husband's property only in her capacity as executrix.

At the hearing of the appeal respondent's counsel contended that the Minister had erred in fact and in law when he added the value of the property comprising the father's estate to that included in the estate of Rose-Anna Tardif-Lemieux, on the grounds that the father's testamentary disposition gave no authority for such action. He submitted that even supposing Henri Lemieux's testamentary provision included a power of disposition, or a bequest with the power of appointment, the said provision does not bring the property owned and passed by Lemieux within the scope of the federal statute. He pointed out that the provision in question places a conditional onus or obligation on the wife, Rose-Anna Tardif-Lemieux, to dispose of the bare-ownership of the testator's property in her will, and if she fails to do so this property is to go to his daughter Héléne. Respondent in fact regards this as a responsibility or obligation subject to a condition which is both suspensive and resolutive. As the mother did not dispose of the property by will, the resolutive provision applies and bare-ownership vests in the daughter; this goes back, according to respondent, to the date of her father's death.

The learned counsel for the respondent further submits that since Henri Lemieux did not bequeath his property to his wife in his will, this property did not vest in her; in his view, this was a condition precedent to her being able to dispose of it. If the full vesting of the father's property had been in the mother, she could have disposed of it; but in the present case, he submits, the power was ineffective, illusory and inoperative. Hence she did not have the right to dispose of the father's property. Counsel for the respondent cited as his authority a passage from Halsbury's Laws of England, 3rd. ed., vol. 30, p. 215, no. 380:

de fait au décès d'Henri Lemieux. Elle ajoute que Rose-Anna Tardif-Lemieux n'a jamais eu la saisine (vesting) personnelle ou fiduciaire du capital de l'avoir d'Henri Lemieux non plus que le pouvoir d'en disposer, ni n'a-t-elle eu sur les biens de son mari aucun droit d'appropriation ou de disposition. Ce n'est, de dire l'intimée, qu'à titre d'exécutrice testamentaire que Rose-Anna Tardif-Lemieux a eu la possession des biens de son mari.

Le procureur de l'intimée à l'audition de cet appel déclara que le Ministre avait erré en fait et en droit en ajoutant à la valeur des biens de la succession Rose-Anna Tardif-Lemieux la valeur de ceux provenant de la succession du père pour le motif que la disposition testamentaire de ce dernier ne l'autorisait pas à agir ainsi. Même en supposant, dit-il, que la clause du testament d'Henri Lemieux comporte un pouvoir de disposition, soit un legs avec faculté d'élire, il prétend que cette clause ne ramène pas les biens détenus et transmis par Lemieux dans le cadre de la loi fédérale. Il signale que la clause en question comporte une charge ou obligation conditionnelle de la part de l'épouse, Rose-Anna Tardif-Lemieux, de disposer de la nue-propriété des biens du testateur dans son testament et si elle ne le fait pas, ces biens appartiendront à sa fille Héléne. L'intimée voit là, en effet, une charge ou obligation soumise à la fois à une condition suspensive et résolutive. La mère, n'ayant pas disposé des biens par testament, la clause résolutive s'applique et la fille en a la nue-propriété qui, selon l'intimée, remonte alors à la date de la mort du père.

Le savant procureur de l'intimée soumet de plus que Henri Lemieux, par son testament, n'ayant pas légué ses biens à son épouse, il n'y eut pas saisine (vesting) par elle de ces biens ce qui, selon lui, était une obligation préalable pour qu'elle puisse en disposer. Si la mère avait eu la pleine saisine (vesting) des biens du père, elle aurait pu en disposer mais, dans la conjoncture actuelle, dit-il, le pouvoir était inefficace, illusoire et impossible d'exécution. Elle n'avait donc pas le droit de disposer des biens du père. Le procureur de l'intimée se réclame d'un passage de Halsbury Laws of England, vol. 30, 3^e éd., p. 215, n^o 380 où il est dit que:

The creation of a power over property does not in any way vest the property in the donee, though the exercise of the power may do so; and it is often difficult to say whether the intention was to give property or only a power over property.

In the view of counsel for the respondent the mother would have required a general power of disposition; for example, the father would have had to tell her that she could dispose of the property without restriction or limitation, and this he did not do. Furthermore, since the mother did not dispose of the property in her will, she did not comply with this provision, and it therefore remained a dead letter. Finally, he adds that if this provision was to be regarded as a power enabling the donee, or other owner of property, to distribute, appropriate or dispose of it, this would mean that Henri Lemieux directed his wife to dispose of another person's property, which is expressly forbidden by Art. 756 of the Civil Code.² Accordingly, in his view, the said provision is null and void.

The provision stipulates, however, that if the mother did not dispose of the father's property by will, respondent would receive the bare-ownership of this property, and he concludes that for all practical purposes Henri Lemieux's property, at his wife's death, devolved on the respondent by reason of her father's will.

According to respondent, the mother thus never had title to the property left by Henri Lemieux, as she was given at most a limited and qualified power to dispose of it. In fact, she was given only three fourths of the life interest, one fourth going to respondent. She was not entitled to appropriate this property to her own use, and was only authorized to dispose of it by will, and in the event she did so, was required, as her husband recommended, to bear in mind his great love and affection for Hélène.

Respondent concludes that her mother consequently never had the power to dispose of the property as she "saw fit," which is the requirement of s. 58(1)(i). She did not have free title to the property, nor did she have it as institute. The most that can be said, in her counsel's opinion, is that the mother fell within the exception provided in s. 58(1)(i) of the *Estate Tax Act*, and that the only power exercised by her was in her capacity as trustee.

[TRADUCTION] La création d'un pouvoir sur un bien ne fait pas en sorte que ce bien soit dévolu au donataire bien que l'exercice de ce pouvoir puisse effectuer une telle dévolution; et il est souvent difficile de découvrir si l'intention était de donner la propriété même de ce bien ou simplement un pouvoir sur ce bien.

Selon le procureur de l'intimée, il aurait fallu que la mère ait un pouvoir général de disposition, que le père lui ait dit, par exemple, qu'elle pouvait disposer des biens sans restriction et sans limite et, dit-il, il ne l'a pas fait. D'autre part, la mère ne s'est pas conformée à cette clause, puisqu'elle n'en a pas disposé par testament, et cette disposition testamentaire est donc demeurée lettre morte. Si, enfin, ajoute-t-il, l'on voulait voir dans cette disposition un pouvoir permettant au donataire, ou autre détenteur de biens, de les distribuer, ou approprier, ou d'en disposer, cela voudrait dire que Henri Lemieux obligeait son épouse à disposer de la chose d'autrui, ce qui est formellement défendu par l'Art. 756 C.C.² Cette clause, selon lui, serait, par conséquent, sans effet.

La clause prévoit, cependant, que si la mère ne disposait pas des biens du père par testament, l'intimée recevrait la nue-propriété de ces biens et il conclut qu'à toute fin pratique, la dévolution des biens d'Henri Lemieux au décès de son épouse appartenait à l'intimée par les dispositions testamentaires de son père.

La mère, selon l'intimée, n'a, par conséquent, jamais eu la propriété des biens laissés par Henri Lemieux, n'ayant reçu tout au plus qu'un pouvoir limité et qualifié d'en disposer. Elle n'a reçu, en effet, que les trois-quarts de l'usufruit, un quart allant à l'intimée. Elle ne peut s'approprier ces biens pour elle-même, et elle n'a droit d'en disposer que par testament devant, en l'occurrence, tel que recommandé par son mari, se rappeler son grand attachement et amour pour Hélène.

L'intimée conclut que sa mère n'a jamais, par conséquent, eu le pouvoir de disposer des biens reçus du père selon qu'elle «le juge opportun», tel que l'exige l'art. 58(1)i). Elle n'avait pas, dit-elle, la propriété pure et simple des biens ni ne l'avait-elle comme grevée de substitution. Le plus que l'on puisse dire, selon son procureur, c'est que la mère tombait dans l'exception prévue à l'art. 58(1)i) de la *Loi de l'impôt sur les*

Counsel for the appellant, on the other hand, submits that respondent's father created by the testamentary provision a genuine fiduciary substitution, and conferred on his wife the power of disposing of the property as well as the power of appointment. He contends that this right to dispose of the property by will, with the power of appointment, made her competent to dispose of the property under secs. 3(1)(a) and 3(2)(a) within the meaning of s. 58(1)(i) of the *Estate Tax Act*, and thus, even if there was no substitution, the mother would, by the very terms of this provision, have an unlimited power to dispose of the property, which would then be deemed to form part of the mother's estate. On the other hand, he said, if this were a simple bequest of property to the mother with a one-fourth life interest to his daughter, the value of the property should nevertheless be included under s. 2 of the Act, since she would then have full title to it.

In the first place, I cannot accept the decision of the Tax Appeal Board to the effect that title has belonged, since the father's death, one third to the mother and two thirds to the respondent, as heirs *ab intestato* of Henri Lemieux, under Art. 712 of the Civil Code.³ Unquestionably a claim cannot be made under both the testamentary succession and intestate succession. The principle that an individual cannot be both legatee and heir (*ab intestato*) of the deceased admits of no exception, and applies to the universal as well as to the particular legatee.

It appears to me, on considering the provision in question, that Henri Lemieux sought to confer a benefit on his wife during her lifetime, as well as on his daughter Hélène, and also to give his wife the power of designating who would benefit from his property after her death. Further, the terms used indicate that we are dealing either with a usufruct or with a fiduciary substitution, and we must consider which of the two alternatives better fulfils the apparent intent of the testator. If we adopt the alternative of a usufruct, the question arises as to who was the owner during the 23 years which elapsed between the father's death in 1941 and the

biens transmis par décès et que le seul pouvoir qu'elle ait exercé serait à titre de fiduciaire.

Le procureur de l'appellant, d'autre part, soumet que par la clause du testament, le père de l'intimée a créé une véritable substitution fidéicommissaire et a conféré à sa femme le pouvoir de disposer des biens ainsi que la faculté d'élection. Il soutient que ce droit de disposer des biens par testament, avec faculté d'élire, la rendait habile à disposer des biens en vertu de l'art. 3(1)a) et l'art. 3(2)a) au sens de l'art. 58(1)i) de la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès* et que, par conséquent, même s'il n'y avait pas de substitution, la mère aurait, par les termes mêmes de cette clause, un pouvoir non limité de disposer des biens et ces biens seraient alors réputés faire partie de la succession de la mère. Si, d'autre part, dit-il, on avait ici qu'un simple legs de la propriété à la mère avec charge d'usufruit de un quart à sa fille, la valeur de ces biens devrait quand même être incluse en vertu de l'art. 2 de la loi puisqu'elle en aurait la pleine propriété.

Il m'est d'abord impossible d'accepter la décision de la Commission d'appel de l'impôt à l'effet que la nue-propriété appartient depuis la mort du père pour un tiers à la mère et les deux tiers à l'intimée, comme héritières *ab intestat* de Henri Lemieux à cause de l'Article 712 C.C.³ On ne peut, en effet, se réclamer à la fois de la succession testamentaire et de la succession *ab intestat*. Le principe qu'une personne ne peut cumuler les qualités de légataire et d'héritier (*ab intestat*) du défunt à un caractère absolu et s'applique aussi bien au légataire universel qu'au légataire particulier.

Il me paraît à l'examen de la clause dont il s'agit que Henri Lemieux a voulu conférer un bénéfice à sa femme durant son vivant ainsi qu'à sa fille Hélène et donner aussi à son épouse le pouvoir d'indiquer qui serait bénéficiaire de ses biens après la mort de son épouse. De plus, les termes employés indiquent qu'on est en présence soit d'un usufruit, soit d'une substitution fidéicommissaire et l'on doit se demander laquelle de ces deux possibilités reflète le mieux l'intention apparente du testateur. Si l'on opte pour la possibilité d'usufruit, la question se pose de savoir qui en était le propriétaire pendant les 23 ans qui se sont

mother's in 1964, since the title to property does not remain in abeyance. This situation does not give rise to any very serious problem, however, since there were executors with administrative power who could very well attend to the property in question.

However, if a usufruct was created, the mother would be both usufructuary and owner, which is impossible. On the other hand, the daughter could not be the owner, since the provision stipulates that title might revert to her, but only on her mother's death, and only if the mother decided not to dispose of it otherwise.

In interpreting a provision like the one in question, and before accepting a solution which would lead us to find either a usufruct, which, as we have seen, involves inconsistencies, or a disposition which does not settle the problem of title to the property, or vesting, and leads to intestate succession, or one which could entail unlawful delegation to his wife of the husband's testamentary power, I feel we must consider whether, in spite of the language employed, it is possible to discover a meaningful disposition in this provision. Approached in this way, I feel that a valid disposition may be found. Further, we must not be misled by words. It is true that the testator used the word "usufruct," but the legislator himself warns us in Art. 928 of the Civil Code⁴ that the right of the institute is often designated by the term usufruct. In short, it is more relevant to consider what the testator had in mind when he included this provision in his will. In my opinion the three essential elements of a substitution are to be found here, namely: (a) two gifts (one to his wife and the other to his daughter, if the mother appoints her or does not make a disposition in favour of some other person whom she may appoint), (b) a successive order (two categories of individuals who inherit the property belonging to the estate in succession), and (c) a time factor (one gift to take effect on the death of the father and the other on the death of the mother), which Roman law called the *tractus temporis*.

Finding a substitution in this provision does not violate any of these elements; and the will,

écoulés entre la mort du père en 1941 et la mort de la mère en 1964 puisque la propriété d'un bien ne doit pas demeurer en suspens. Cette situation ne soulève pas, cependant, un problème trop sérieux puisqu'il y avait des exécuteurs testamentaires avec pouvoir d'administration qui pouvaient fort bien s'occuper de ces biens.

S'il s'agissait, cependant, d'un usufruit, la mère serait à la fois usufruitière et propriétaire ce qui entraîne une impossibilité. Le nu-propriétaire, d'autre part, ne pourrait être la fille, puisque la clause prévoit que cette nue-propriété pourra lui retourner, mais au décès de sa mère seulement et seulement si la mère décidait de n'en pas disposer autrement.

En présence d'une clause comme celle-ci, et avant d'accepter une solution qui nous conduit à y voir soit un usufruit qui comporte, comme nous l'avons vu, des éléments irréconciliables, soit une disposition qui ne règle pas le problème de la nue-propriété des biens ou de la saisine et qui fait intervenir une succession *ab intestat*, ou qui pourrait comporter une délégation illégale à l'épouse de tester pour son mari, il faut, je crois, se demander si, malgré les termes utilisés, l'on ne peut déceler dans cette clause une disposition qui ait quelque sens. Envisagé sous cet aspect, on peut, je crois, y découvrir une disposition valide. Il ne faut pas, d'ailleurs, se laisser tromper par les mots. Il est vrai que le testateur a employé le mot «usufruit» mais le législateur lui-même nous avertit à l'Art. 928 C.C.⁴ qu'il arrive souvent que l'on désigne le droit de grevé par le terme d'usufruit. Il est, en effet, plus important de se demander ce que le testateur avait en vue en inscrivant cette clause dans son testament. Je crois que l'on peut trouver ici les trois éléments essentiels d'une substitution soit a) deux libéralités (l'une à son épouse et l'autre à sa fille, si sa mère la désigne ou si la mère n'en dispose pas en faveur de toute autre personne qu'elle pourra désigner), b) un ordre successif (deux catégories de personnes qui héritent successivement des biens qui sont l'objet de la succession) et c) un trait de temps (une libéralité prenant effet au décès du père et l'autre au décès de la mère) que les romains appelaient le *tractus temporis*.

En voyant dans cette clause une substitution, on ne fait violence à aucun de ses éléments et le

by determining who shall receive ownership of the property after death has occurred, settles the question of title. In fact, it simply gives his wife some advice, should she wish to dispose of the property by will, and in these circumstances this constitutes the first substitution. It then states that if she does not dispose of it by will, the property is to go to Hélène; this constitutes another substitution in which the substitute is Hélène Fournier.

Unquestionably, we have here all the elements of a substitution, as set out in *M.N.R. v. Smith*, [1960] S.C.R. 477, at p. 482, and there is no further difficulty in reconciling all these elements. Under Art. 944 of the Civil Code,⁵ the mother, as institute, is owner of the property, since the Article states that the institute holds the property as proprietor. There is also the obligation—another element of substitution—to “deliver over” the property, and it seems to me that this obligation is implicit, even if the father, in his will, gives his wife the power to dispose of it.

Furthermore, the power that the will confers upon the wife to dispose of the property and, consequently, to select or appoint the beneficiaries, is a right which is ordinarily associated with the rights of an institute, and is not, it seems to me, a right ordinarily attached to the rights of a usufructuary. The power of appointment, in fact, is part of the structure of a substitution, rather than of a usufructuary.

With an institution of this kind it is not necessary to consider further who owns the property or on whom it was conferred. In fact, before the substitution takes effect the institute is its owner; when it takes effect, the substitute is deemed to receive the property from the donor and not from the institute. In this connection, however, counsel for the respondent claims that the conditional substitution was fulfilled and that, by the interposition of the resolutive provision, respondent receives the property from her father retroactive to January 18, 1941. Relying on the decision in *Montreal Trust Co. v. M.N.R.*, [1964] S.C.R. 647, counsel for the respondent contends that the latter received the property, not because of power given to her mother, but because her father had appointed

testament, en déterminant à qui ira la propriété des biens après le décès, règle le problème de la nue-propriété. Il donne, en effet, à son épouse un simple conseil si elle veut en disposer par testament et, en l'occurrence, on aurait là une première substitution. Il déclare ensuite que si elle n'en dispose pas par testament, ces biens iront à Hélène et nous avons ici une autre substitution dans laquelle l'appelée est Hélène Fournier.

Il y a là assurément, selon la décision de la Cour suprême dans le *M.N.R. v. Smith* [1960] R.C.S. 477 à la p. 482, tous les éléments d'une substitution et il n'existe plus de problème à concilier tous les éléments. La mère grevée est, en vertu de l'Art. 944 C.C.,⁵ propriétaire des biens puisque l'Article dit bien que le grevé possède pour lui-même. L'obligation de rendre les biens, autre élément de la substitution, existe aussi et cette obligation me paraît être implicite même si le père dans son testament donne à son épouse le pouvoir d'en disposer.

De plus, le fait que le testament confère à l'épouse le pouvoir de disposer des biens et, par conséquent, celui d'élire ou de choisir les bénéficiaires, est un droit qui se greffe ordinairement aux droits d'un grevé et il ne me paraît pas que ce soit un droit que l'on voit ordinairement attaché à celui d'un usufruitier. Le droit d'élire, en effet, se situe dans le cadre d'une substitution plutôt que dans celui d'un usufruitier.

En présence d'une telle institution, il n'est plus nécessaire de se demander qui est le nu-propiétaire de ces biens ou à qui ces biens ont été conférés. En effet, avant que la substitution ne s'ouvre, le grevé en est propriétaire et lorsqu'elle s'ouvre, l'appelé est réputé recevoir ces biens du donateur et non pas du grevé. C'est ici, cependant, que le procureur de l'intimée prétend que la substitution conditionnelle s'est réalisée et que la clause résolutive intervenant, l'intimée reçoit les biens de son père rétroactivement au 18 janvier 1941. Se réclamant, en effet, de la décision de *Montreal Trust Co. v. M.N.R.* [1964] R.C.S. 647, le procureur de l'intimée prétend que celle-ci a reçu les biens non pas à cause d'un pouvoir donné à sa mère mais parce que son père l'avait désignée comme

her as substitute should her mother fail to make a contrary disposition.

It is true that the facts of the instant case closely resemble those in the above-mentioned one; there is, however, an important difference. In the *Montreal Trust* case Lady Hickson, the donor, foresaw the possibility that her son might die without issue and, accordingly, appointed his legal or testamentary heirs as substitutes. As Cartwright J. states at page 652, the effect of this provision was to remove from the institute any capacity to dispose of the money, as the donor had designated and limited the substitutes who were to receive it; thus, the money could not form part of the property making up the institute's estate.

It must, indeed, be understood that when Lady Hickson appointed her son's legal or testamentary heirs as substitutes, she left no doubt as to the class of heirs she had in mind. In fact, a substitution of property in favour of the heirs of an institute who leaves a will takes effect at his death in favour of his testamentary heir. By definition, the heir is the person who receives, either by operation of law or by human will, the property and the rights and obligations which may be passed by a deceased person; and in a testamentary succession this is the testator's universal legatee. It follows that when a substitution is in favour of the institute's testamentary heir, the substitute is in every case

In the above-mentioned case, if Lady Hickson's will had stated that her son, if he died without issue, would have the right or power to appoint the person or persons whom he might name to receive the property, he would have been able to appoint anyone to receive the property, and at the same time bequeath his own property to his wife. Because of the actual terms of Lady Hickson's will, he could not do this. Indeed, if he designated a third person to receive his mother's property, he would also have had to appoint the same person his universal legatee, failing which the disposition would be null and void. Once again, the heir is the person to whom the law, or a will, passes the

appelée à défaut par sa mère d'en disposer autrement.

Il est vrai que les faits de la présente cause se rapprochent sensiblement de ceux que l'on retrouve dans la cause précitée, mais il y a, cependant, une différence importante. Dans la cause du *Montreal Trust* la donatrice, Lady Hickson, avait prévu la possibilité que son fils décèderait sans laisser de progéniture et, en l'occurrence, elle nomma comme appelés les héritiers légaux ou testamentaires de son fils. Cette clause eut pour effet, tel que le déclare le juge Cartwright, à la page 652, d'enlever au grevé toute possibilité de disposer du fonds puisque la donatrice avait prévu et limité les appelés qui devaient le recevoir et, par conséquent, ces argents ne pouvaient faire partie des biens compris dans la succession du grevé.

Il faut, en effet, comprendre que lorsque Lady Hickson nomma comme appelés les héritiers légaux ou testamentaires de son fils, elle ne laissa subsister aucun doute sur la classe d'héritiers qu'elle favorisait. En effet, une substitution de biens en faveur des héritiers d'un grevé qui a testé s'ouvre à sa mort en faveur de son héritier testamentaire. Par définition, l'héritier est la personne à qui est transmis, soit en vertu de la loi ou par la volonté de l'homme, la propriété et les droits et obligations transmissibles d'une personne décédée et, dans une succession testamentaire, c'est le légataire universel du testateur. Il s'en suit que lorsqu'il y a une substitution en faveur de l'héritier testamentaire du grevé, c'est toujours son légataire universel qui en est l'appelé.

Si dans la cause précitée, le testament de Lady Hickson avait déclaré que son fils, s'il mourait sans laisser d'enfants, aurait le droit ou le pouvoir de nommer la personne, ou les personnes, qu'il pourrait choisir pour recevoir ses biens, il aurait pu, en effet, nommer n'importe qui pour recevoir ses biens et en même temps léguer ses propres biens à son épouse. A cause des termes mêmes du testament de Lady Hickson, il ne pouvait le faire. En effet, s'il nommait une tierce personne pour recevoir les biens provenant de sa mère, il fallait qu'en même temps il la nomme son légataire universel sans quoi la disposition aurait été inefficace. Encore une fois, l'héritier est la personne à qui la loi, ou un

rights and obligations of a deceased person (cf. the Civil Code, Arts. 596 and 597). In a testamentary succession, the testator's heir is not a particular legatee (who receives the sum of \$100 or a piece of furniture, for example), but the person to whom his rights and obligations pass (cf. Civil Code, Arts. 735, 738, 873 and 880). In *Allan v. Evans* (1900) 30 S.C.R. 416, we find an interesting discussion of a testator's universal legatee. It can thus be seen that Lady Hickson's son was limited as to the power of appointing a substitute, or substitutes, to the property of his mother, and it was correctly held in that case that he could not dispose freely of the property. Moreover, as the Court concluded in the said case that there was a genuine substitution, and in such circumstances the substitutes receive the property from the donor and not the institute, it correctly came to the conclusion that the property did not form part of the son's property, and accordingly could not be subject to succession duties.

It is worth pointing out here that there is in fact an important distinction between the holder of a general power of appointment under the common law and the institute who has a general power of appointment. The person giving such a power under the common law does not renounce ownership of the property, but gives the donee of the power the right to dispose of it on his behalf, and the exercise of this power is thus a disposition of the property; hence the person who has it is competent to dispose of it. In the case of the power of appointment allowed by the Civil Code, the originator of this right has already disposed of his title, and the person appointed does not do so. Indeed, there is no provision in the Civil Code enabling any person to dispose of another's property. This difference sometimes creates difficulties when, for instance, dealing with a statute such as the *Estate Tax Act*. However, under s. 3(2)(a) of the *Estate Tax Act*, "a person shall be deemed to have been competent to dispose of any property if he had such an estate or interest therein or such general power as would, if he were *sui juris*, have enabled him to dispose of that property". In effect, it is by means of this legal fiction that it is possible to include within the

testament, transmet les droits et obligations d'un *de cujus* (cf. Art. 596 et 597 C.C.). Dans une succession testamentaire, ce n'est pas le légataire particulier (d'un montant de \$100 ou d'un meuble, par exemple) qui est l'héritier du testateur, mais la personne à qui l'on transmet ses droits et obligations (cf. Art. 735, 738, 873 et 880 C.C.). Dans une cause de *Allan v. Evans* (1900) 30 R.C.S. 416, l'on trouve une discussion intéressante sur le légataire universel héritier d'un testateur. L'on voit donc que le fils de Lady Hickson était limité dans la nomination qu'il pouvait faire de l'appelé ou des appelés aux biens de sa mère et c'est à bon droit qu'on a décidé dans cette cause qu'il ne pouvait disposer librement de ces biens. Comme, d'autre part, la Cour en vint à la conclusion ici qu'il s'agissait bien d'une substitution et que, dans un tel cas, les substitués reçoivent les biens du donateur et non du grevé, c'est donc à bon droit qu'on a conclu que ces biens ne formaient pas partie des biens du fils et ne pouvaient, par conséquent, être assujettis à des droits successoraux.

Il n'est pas sans intérêt d'indiquer ici qu'il existe en effet une distinction importante entre le détenteur d'un pouvoir général d'élection (appointment) en vertu du common law et le grevé qui possède un pouvoir général d'élection. La personne qui donne un tel pouvoir en vertu du common law, ne se départit pas de la propriété des biens mais donne au donataire du pouvoir le droit d'en disposer pour lui et l'exercice de ce pouvoir est par conséquent une disposition de ces biens et la personne qui la détient est, par conséquent, habile à en disposer. D'autre part, dans le cas de la faculté d'élire prévue par le Code civil, le créateur de cette faculté a déjà disposé de la propriété et le détenteur n'en dispose pas. Il y a, en effet, aucune disposition dans le Code civil qui permet à une personne de disposer de la propriété d'un autre. Cette différence crée parfois certains problèmes lorsqu'il s'agit d'appliquer une loi, par exemple, comme celle de l'*Impôt sur les biens transmis par décès*. Par le jeu, cependant, de l'art. 3(2)a) de la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès* «une personne est réputée avoir été habile à disposer des biens, si elle possédait un intérêt ou un droit dans ceux-ci ou tel pouvoir général qui, si elle avait

framework of the federal statute property which cannot be disposed of by the holder under the Civil Code.

However, such is not the case here. There is in fact no limit to the mother's power of appointment and disposal conferred on her by the father in his will. She is, indeed, permitted to dispose of the property by will, which is not the same thing as requiring her to appoint her legal or testamentary heirs as substitutes. In the present case, as a matter of fact, the mother could, immediately prior to her death, have appointed a third person as substitute and her daughter Hélène as her residuary legatee. The power of appointment here conferred by the testator on his wife, as dealt with in secs. 3(2)(a) and 58(1)(i) of the statute, in my opinion constitutes a general power of disposition within the meaning of the said statute.

This power is regarded as general if no limit is placed on the person exercising it. Even though the person holding the power can only dispose of the property by will, as in the case here, it is still general. Cf. Jameson on Canadian Estate Tax, at page 119:

A donor, in creating a power, may state that the power may be exercised by will or by deed *inter vivos*, but the exercise of a power by will is none the less general with that limitation, for although the donee is unable to bring the property into his own possession during his lifetime he has complete power of disposal of it upon his death. In *Prov. Sec.-Treas. of N.B. v. Schoefield*, a testator devised property to his sister for life and after her death to such person or persons as she should by will appoint. It was held that the sister had a general power of appointment as the objects of the power derived their benefit from the sister and not from the testator and, consequently they were taxable in the sister's estate.

As we have seen, there is in the instant case no limit imposed on the wife regarding the appointment of the substitute or substitutes; at most, there is just a simple recommendation to her in connection with their daughter, leaving the wife entirely free to dispose of the property to whomever she wishes.

This power of appointment being thus a general power as mentioned in secs. 3(2)(a) and 58(1)(i) of the Act, the wife is deemed to have

été *sui juris*, l'aurait rendue habile à en disposer». C'est par cette fiction de la loi, en effet, que l'on réussit à faire entrer dans le cadre de la loi fédérale des biens sur lesquels, en vertu du Code civil, le détenteur n'en dispose pas.

Dans le présent cas, cependant, il en va autrement. En effet, il n'y a aucune limite au pouvoir d'élire et de disposer de la mère donné par le père dans son testament. On lui permet, en effet, d'en disposer par testament, ce qui n'est pas la même chose que de l'astreindre à nommer comme appelés ses héritiers légaux ou testamentaires. La mère ici aurait pu, en effet, immédiatement avant sa mort, nommer comme appelée une tierce personne et nommer sa fille Hélène sa légataire universelle. Le droit d'élire (power of appointment) conféré ici par le testateur à son épouse et dont il est question aux art. 3(2)(a) et 58(1)(i) de la loi constituée, à mon avis, un pouvoir général à disposer au sens de cette loi.

Ce pouvoir est considéré comme général si aucune limite n'est fixée pour la personne qui l'exerce. Il est général, cependant, même si son titulaire ne peut disposer que par testament, comme ici. Cf. Jameson on Canadian Estate Tax à la p. 119:

[TRADUCTION] Un donateur, en créant un pouvoir, peut déclarer que ce pouvoir peut être exercé par testament ou par acte entre vifs, mais l'exercice d'un pouvoir par testament n'est pas moins général à cause de cette limitation, car bien que le donataire ne puisse ramener le bien en sa possession de son vivant, il a quand même le pouvoir entier d'en disposer à sa mort. Dans *Prov. Sec.-Treas. of N.B. v. Schoefield* un testateur légua des biens à sa sœur pour sa vie durant et après sa mort à telle personne ou personnes qu'elle pourrait nommer par testament. Il fut décidé que la sœur possédait un droit général d'élire car les objets de ce droit tiraient leurs avantages de la sœur et non du testateur et, par conséquent, ils étaient imposables dans la succession de la sœur.

Il y a, comme nous l'avons vu, dans le présent cas, aucune limite d'imposer à l'épouse, quant aux choix de l'appelé, ou des appelés; il ne lui fait, tout au plus, qu'une simple recommandation au sujet de leur fille, la laissant entièrement libre de disposer des biens à qui elle l'entend.

Ce droit d'élection étant, par conséquent, un pouvoir général au regard des art. 3(2)(a) et 58(1)(i) de la loi, l'épouse est réputée avoir été

been competent to dispose of her property for the purposes of s. 3(1)(a), and all the property she was competent to dispose of must be included in her estate.

Indeed, a person who has such a general power over property is not necessarily the owner of the property, but for the purposes of the *Estate Tax Act* the statute states that the property is deemed to be his property, and is included in his estate even if in a substitution it is supposed to have been received from the donor and not the institute (Civil Code, Art. 962).⁶

Consequently, it does not much matter whether there was a substitution in the instant case or not, as the wording seems to me to be clear, and gives the mother an unqualified right to dispose of the property, a right which, it is true, she did not exercise, but which she nevertheless could have exercised, and which has the effect of bringing the property within the framework of the *Estate Tax Act*. In *Royal Trust Co. v. M.N.R.* [1967] 1 Ex.C.R. 414, Dumoulin J. held, in a situation closely resembling the present case, that there was a general power of disposition, although he stated that there was no substitution in that case. This decision was, moreover, affirmed by the Supreme Court [1968] S.C.R. 505.

If, on the other hand, we had to conclude that there was no substitution here, and that we were dealing at most with a bequest of property to the mother with a one-fourth usufruct to the daughter, the value of the property should still be included in the estate, as she would in those circumstances have had full ownership.

The appeal is therefore allowed with costs, but the assessment will be referred back to the Minister for the present capital value of respondent's life interest to be deducted from the value of the property comprising, or deemed to comprise, her mother's estate.

habilitée à disposer de ses biens au regard de l'article 3(1)a) et tous les biens dont elle était habile à disposer doivent être inclus dans sa succession.

Une personne, en effet, ayant un tel pouvoir général sur des biens, n'est pas nécessairement le propriétaire de ces biens mais pour les fins de la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès*, cette dernière déclare que ces biens sont réputés sa propriété et ils font partie de sa succession même si dans une substitution les biens sont censés avoir été reçus du donateur et non pas du grevé (Article 962 C.C.).⁶

Peu importe, par conséquent, que nous ayons ici une substitution ou non, les termes de la clause me paraissent clairs et donnent à la mère un droit de disposer, non limité, de ces biens, droit, il est vrai, qu'elle n'a pas exercé, mais droit quand même qu'elle pouvait exercer, ce qui a pour effet de les amener dans le cadre des dispositions de la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès*. Dans *Royal Trust Co. v. M.R.N.*, [1967] R.C.É. 414, le juge Dumoulin décida dans une situation qui se rapproche de la nôtre, qu'il y avait pouvoir général de disposer, bien qu'il déclara, toutefois, qu'il n'y avait pas, dans cette cause de substitution. Cette décision fut, d'ailleurs, confirmée par la Cour suprême, [1968] R.C.S. 505.

Si, d'autre part, il fallait conclure qu'il n'y a pas de substitution ici, et qu'il s'agit tout au plus d'un legs de la propriété à la mère avec charge d'usufruit à sa fille pour un quart, la valeur de ces biens devrait quand même être incluse dans sa succession puisqu'elle en aurait eu, en l'occurrence, la pleine propriété.

Le présent appel est, par conséquent, maintenu avec les dépens mais la cotisation sera renvoyée au Ministre pour distraire la valeur capitale actuelle de l'intérêt viager de l'intimée de la valeur des biens compris, ou réputés compris, dans la succession de sa mère.

¹ 3. (1) There shall be included in computing the aggregate net value of the property passing on the death of a person the value of all such property, wherever situated, passing on the death of such person, including, without restricting the generality of the foregoing,

¹ 3. (1) Dans le calcul de la valeur globale nette des biens transmis au décès d'une personne, on doit inclure la valeur de tous les biens, quelle qu'en soit la situation, transmis au décès de cette personne, y compris, sans restreindre la généralité de ce qui précède,

(a) all property of which the deceased was, immediately prior to his death, competent to dispose;

(2) For the purposes of this section,

(a) a person shall be deemed to have been competent to dispose of any property if he had such an estate or interest therein or such general power as would, if he were *sui juris*, have enabled him to dispose of that property;

58. (1) In this Act,

(f) "general power" includes any power or authority enabling the donee or other holder thereof to appoint, appropriate or dispose of property as he sees fit, whether exercisable by instrument *inter vivos* or by will, or both, but does not include any power exercisable in a fiduciary capacity under a disposition not made by him, or exercisable as a mortgagee;

² 756. A will is an act of gift in contemplation of death by means of which the testator, without the intervention of the person benefited, makes a free disposal of the whole or of a part of his property, to take effect only after his death with power at all times to revoke it. Any acceptance of it purporting to be made in his lifetime is of no effect.

³ 712. Every heir, even the beneficiary heir, coming to a succession, must return to the general mass all that he has received from the deceased by gift *inter vivos*, directly or indirectly; he cannot retain the gifts made nor claim the legacies bequeathed by the deceased, unless such gifts and legacies have been given him expressly by preference and beyond his share, or with an exemption from return.

⁴ 928. A substitution may exist although the term *usufruct* be used to express the right of the institute. In general the whole tenor of the act and the intention which it sufficiently expresses are considered, rather than the ordinary acceptance of particular words, in order to determine whether there is substitution or not.

⁵ 944. The institute holds the property as proprietor, subject to the obligation of delivering over, and without prejudice to the rights of the substitute.

⁶ 962. The substitute takes the property directly from the grantor and not from the institute.

a) tous les biens dont le *de cuius*, immédiatement avant son décès, était habile à disposer;

(2) aux fins du présent article,

a) une personne est réputée avoir été habile à disposer de biens, si elle possédait un intérêt ou un droit dans ceux-ci, ou tel pouvoir général qui, si elle avait été *sui juris*, l'aurait rendue habile à disposer;

58. (1) Dans la présente loi

(f) «pouvoir général» comprend toute faculté ou autorisation permettant au donataire ou autre détenteur de biens de les distribuer ou approprier ou d'en disposer selon qu'il le juge opportun, qu'elle puisse s'exercer par un acte entre vifs ou par testament ou les deux, mais ne comprend pas un pouvoir susceptible d'être exercé à titre fiduciaire en vertu d'une disposition qu'il n'a pas faite lui-même, ou susceptible d'être exercé par une personne en qualité de créancier hypothécaire;

² 756. Le testament est un acte de donation à cause de mort, au moyen duquel le testateur dispose par libéralité, sans l'intervention de la personne avantagée, du tout ou de partie de ses biens, pour n'avoir effet qu'après son décès; lequel acte il peut toujours révoquer. L'acceptation qu'on en prétendrait faire de son vivant est sans effet.

³ 712. Tout héritier, même bénéficiaire, venant à une succession, doit rapporter à la masse tout ce qu'il a reçu du défunt par donation entre vifs, directement ou indirectement; il ne peut retenir les dons, ni réclamer les legs à lui faire par le défunt, à moins que les dons et legs ne lui aient été faits expressément par préciput et hors part, ou avec dispense de rapport.

⁴ 928. Une substitution peut exister quoique le terme *d'usufruit* ait été employé pour exprimer le droit du grevé. En général c'est d'après l'ensemble de l'acte et l'intention qui s'y trouve suffisamment manifestée, plutôt que d'après l'acceptation ordinaire de certaines expressions, qu'il est décidé s'il y a ou non substitution.

⁵ 944. Le grevé possède pour lui-même à titre de propriétaire, à la charge de rendre et sans préjudice aux droits de l'appelé.

⁶ 962. L'appelé reçoit les biens directement du substituant et non du grevé.

Roland O. Bartlett (Appellant)

v.

Minister of National Revenue (Respondent)

Trial Division, Walsh J.—Montreal, June 2; Ottawa, June 11, 1971.

Income Tax—Sale of mining property by prospector—Consideration on production—Amounts received, whether royalties or similar payments—Whether exempt—Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 83(2), am. 1965, c. 18, s. 19(1).

In 1966 appellant sold the interest which he had acquired in a mining property as a result of prospecting. The consideration for the sale was 30% of the average smelter returns for each ton of ore extracted from the mine, which amounted to over \$33,000 in 1967 and over \$29,000 in 1968.

Held, these sums, although calculated on the basis of production from property, were received by appellant as instalments on the purchase price of a mining property and therefore not as a "royalty or similar payment", and so were exempt from tax by s. 83(2) of the *Income Tax Act*.

Spoooner v. M.N.R. [1928-1934] C.T.C. 171, 184, applied.

INCOME tax appeal.

Bruce Verchere, for appellant.

P. A. Boivin, for respondent.

WALSH J.—The facts in this case are not in dispute. On February 1, 1958, appellant acquired, as a result of his efforts as a prospector with one Hutchison, a mining property known as the mining titles and interests in a miner's certificate and development licence number 135725, claim number Two (2), granted by the Department of Natural Resources of the Province of Quebec, for gold and silver only in and on the Northwest half of lot number Five (5), Range Six (6), Southwest, Stratford Township, in the County of Wolfe, Province of Quebec (hereinafter referred to as "the mining property"). Appellant and Hutchison had agreed that any consideration received on the sale of the mining property was to be shared between them on the basis of an 80/20 ratio respectively. By an agreement dated October 6, 1966, Hutchison, acting on behalf of appellant and himself, entered into an agreement with Cupra Mines Limited by virtue of which the mining property was sold to it in consideration

Roland O. Bartlett (Appellant)

c.

Le ministre du Revenu national (Intimé)

Division de première instance, le juge Walsh—Montréal, le 2 juin; Ottawa, le 11 juin 1971.

Impôt sur le revenu—Vente d'une propriété minière par un prospecteur—Contrepartie établie en fonction de la production—Les montants reçus sont-ils des redevances ou des paiements analogues?—Sont-ils exonérés?—Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148, art. 83(2) modifié en 1965, c. 18, art. 19(1).

L'appellant a vendu en 1966 l'intérêt qu'il avait acquis dans une propriété minière, à la suite de sa prospection. La vente a été effectuée moyennant une contrepartie de 30% du produit moyen de l'extraction pour chaque tonne de minerai extrait de la mine, ce qui a représenté plus de \$33,000 en 1967 et plus de \$29,000 en 1968.

Arrêt: L'appellant a reçu ces sommes, bien qu'elles aient été calculées en fonction de la production de la propriété, à titre de versements à valoir sur le prix d'achat d'une propriété minière et non par conséquent à titre de «redevance ou de paiement analogue»; elles sont ainsi exonérées d'impôt par l'art. 83(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Renvoi: *Spoooner v. M.N.R.* [1928-1934] C.T.C. 171, 184.

APPEL en matière d'impôt sur le revenu.

Bruce Verchere, pour l'appellant.

P. A. Boivin, pour l'intimé.

LE JUGE WALSH—Les faits de la présente affaire ne font l'objet d'aucun litige. Le 1^{er} février 1958, l'appellant, par suite de ses efforts à titre de prospecteur avec un certain Hutchison, a acquis une propriété minière connue comme les titres et les intérêts miniers dans un certificat de mineur et un permis de mise en valeur, numéro 135725, concession numéro deux (2), octroyée par le ministère des Richesses naturelles de la province de Québec pour l'or et l'argent seulement dans et sur la moitié nord-ouest du lot numéro cinq (5) du rang six (6), sud-ouest, canton de Stratford, dans le comté de Wolfe, province de Québec (ci-après appelée «la propriété minière»). L'appellant et Hutchison avaient convenu de partager entre eux toute contrepartie reçue par suite de la vente de la propriété minière dans la proportion respective de 80% au premier et 20% au second. Aux termes d'un contrat en date du 6 octobre 1966, Hutchison, qui agissait en son propre nom et au nom de l'appellant, a vendu la

of thirty per cent of the average net smelter returns per ton for gold and silver for each ton of ore extracted from the claim, the term "net smelter returns" being defined in the agreement. As a result of this, appellant received the sums of \$33,266.27 and \$29,249.06 in 1967 and 1968 respectively from Cupra as consideration for the mining property which had been sold, these amounts representing 80% of the sums paid by Cupra in 1967 and 1968. Appellant did not include these amounts in his 1967 and 1968 income for the reason that he regarded them as being received by him as consideration for the sale of his interest in the mining property and therefore excluded from income by virtue of s. 83(2) of the *Income Tax Act*. Respondent reassessed and included the amounts on the basis that they were received as or on account of royalties or similar payments depending upon use of or production from property within the meaning of s. 6(1)(j) and s. 83(2) of the *Income Tax Act*.

The only issue between the parties is the interpretation of the agreement in the light of these provisions of the *Income Tax Act*, which read as follows:

6. (1) Without restricting the generality of section 3, there shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year

* * *

(j) amounts received by the taxpayer in the year that were dependent upon use of or production from property whether or not they were instalments of the sale price of the property, but instalments of the sale price of agricultural land shall not be included by virtue of this paragraph;

* * *

83. (2) An amount that would otherwise be included in computing the income of an individual for a taxation year shall not be included in computing his income for the year if it is the consideration for

(a) a mining property or interest therein acquired by him as a result of his efforts as a prospector either alone or with others, or

(b) shares of the capital stock of a corporation received by him in consideration for property described in paragraph (a) that he has disposed of to the corporation,

propriété minière à *Cupra Mines Limited*. Le prix stipulé au contrat était de trente pour cent des recettes nettes moyennes à la tonne retirées de l'or et de l'argent obtenus à la suite du traitement de chaque tonne de minerai extrait de la concession; l'expression «recettes nettes retirées... à la suite du traitement» était définie au contrat. Aux termes de cet accord, Cupra a versé à l'appellant des sommes de \$33,266.27 et \$29,249.06 en 1967 et 1968 respectivement, à titre de prix de vente de la propriété minière; ces sommes représentaient 80% des sommes versées par Cupra en 1967 et 1968. L'appellant n'a pas compris ces sommes dans son revenu des années 1967 et 1968; il les considérait en effet comme des sommes reçues à titre de prix de vente de sa part dans la propriété minière, qu'il pouvait donc exclure de son revenu aux termes de l'art. 83(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. L'intimé a émis de nouvelles cotisations qui comprenaient les sommes en question, en considérant qu'elles avaient été reçues à titre de redevances ou de paiements analogues ou à valoir sur ceux-ci, subordonnément à l'usage de biens ou à la production en découlant, au sens des art. 6(1)(j) et 83(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le seul point controversé entre les parties est l'interprétation du contrat à la lumière des dispositions précitées de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, qui sont rédigées comme suit:

6. (1) Sans restreindre la généralité de l'article 3, doivent être inclus dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition

* * *

j) les montants reçus dans l'année par le contribuable subordonnément à l'usage de biens ou à la production en découlant, qu'il s'agisse ou non de versements relatifs au prix de vente des biens, mais les versements relatifs au prix de vente d'un terrain agricole ne sont pas inclus en vertu du présent alinéa;

* * *

83. (2) Un montant qui autrement entrerait dans le calcul du revenu d'un particulier pour une année d'imposition, ne doit pas être inclus dans le calcul de son revenu pour l'année s'il représente la contrepartie

a) d'une propriété minière ou d'un intérêt dans cette dernière, qu'il a acquis par suite de ses efforts à titre de prospecteur, soit seul, soit avec d'autres, ou

b) d'actions du capital social d'une corporation, qu'il a reçues en rémunération de la propriété décrite à l'alinéa a), dont il a disposé en faveur de la corporation,

unless it is an amount received by him in the year as or on account of a rent, royalty or similar payment.

This is, as far as can be ascertained, the first case which has arisen requiring an interpretation of s. 83(2) of the Act since it was amended in 1965 so as to add the concluding clause "unless it is an amount received by him in the year as or on account of a rent, royalty or similar payment" 1965 (Can.), c. 18, s. 19(1). All previous jurisprudence therefore, while of some help in its discussion of the meaning of "rent, royalty or similar payment", is not directly in point. In order to appreciate the background of this section, however, and its place in the scheme of the Act and, in particular, its relationship to s. 6(1)(j), it is of interest to go into the historical origin of these sections. The Supreme Court case of *Spooner v. M.N.R.* [1928-34] C.T.C. 171, dealt with the sale of property and mines or mineral rights in it to an oil company for a cash consideration upon execution of the agreement, together with 25,000 shares of the capital stock of the purchaser, and as further consideration 10 per cent of all petroleum, natural gas and oil produced by the property. This case had to decide whether these royalty payments came within the meaning of the term "income" as defined in s. 3(1) of the *Income War Tax Act, 1917*, which section no longer exists in the present *Income Tax Act*. In rendering the judgment of the Court deciding that these payments did not constitute income within the meaning of s. 3(1), Newcombe J. stated at pages 181-82:

It is by the agreement, for the lack of an apt definition, termed a "royalty"; but, whether or not it may appropriately be named a royalty or an annuity, the statute does not, in terms, charge either royalties or annuities, as such; and here the appellant has converted the land, which is capital, into money, shares and ten per cent of the stipulated minerals which the company may win. What the appellant will realize, under the covenant, is, of course, uncertain; although it may be ascertained in the event.

On the other hand, it may be assumed that if the project prove unprofitable, the minerals will not be raised and that

à moins que ce ne soit un montant qu'il a reçu dans l'année à titre de loyer, de redevance ou de paiement analogue ou à valoir sur ceux-ci.

Autant que l'on puisse l'affirmer, la présente affaire est la première qui exige une interprétation de l'art. 83(2) de la loi depuis sa modification en 1965, qui ajoutait à la fin de l'article les mots «à moins que ce ne soit un montant qu'il a reçu dans l'année à titre de loyer, de redevance ou de paiement analogue ou à valoir sur ceux-ci» 1965 (Can.), c. 18, s. 19(1). Toute la jurisprudence antérieure, bien qu'elle puisse dans une certaine mesure nous aider à interpréter le sens des mots «loyer, redevance ou paiement analogue», ne se rapporte donc pas tout à fait à la question. Afin de comprendre cependant la genèse de l'art. 83(2), sa situation dans le plan d'ensemble de la Loi et surtout son lien logique avec l'art. 6(1)(j), il est utile de prendre connaissance de l'origine historique de ces articles. L'affaire *Spooner v. M.N.R.*, [1928-34] C.T.C. 171, portée devant la Cour suprême, avait trait à la vente d'une propriété et des mines ou droits miniers qu'elle englobait à une compagnie pétrolière moyennant un prix payable comptant en espèces au moment de la conclusion du contrat, plus 25,000 actions du capital social de la compagnie acheteuse et à titre de supplément de prix 10% de tout le pétrole, gaz naturel et huile que produirait la propriété. Dans l'affaire en question, il fallait décider si ces redevances pouvaient être considérées comme un «revenu» au sens de l'art. 3(1) de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu, 1917*, qui n'existe plus dans l'actuelle *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le juge Newcombe, en rendant le jugement de la Cour décidant que ces redevances ne constituaient pas un revenu au sens que conférerait à cette expression l'art. 3(1), déclare aux pages 181 et 182:

[TRADUCTION] On l'appelle «redevance» dans le contrat, à défaut d'une meilleure définition; mais qu'on l'appelle à juste titre ou non une redevance ou une annuité, la Loi n'assujettit à la lettre à l'impôt ni les redevances ni les annuités en tant que telles; dans le cas présent, l'appelante a converti la propriété immobilière, qui représente un capital, en argent, en actions et en une proportion de dix pour cent de minéraux déterminés que la compagnie pourra extraire. Les gains que l'appelante réalisera aux termes du contrat sont évidemment incertains; ils pourront toutefois être déterminés à mesure qu'ils seront gagnés.

D'autre part, on peut présumer que si le projet ne s'avère pas rentable les minéraux ne seront pas extraits et que ce

circumstance, as well as the uncertainty of the extent of minerals available, contributes to the speculative character of the appellant's interest; but, nevertheless, the appellant's receipts come from a potential source of capital. The taxable commodity is "income", which means, by the definition, annual profit or gain; and for the appellant, there is no question of profit or gain, unless it be as to whether she has made an advantageous sale of her property.

In the Privy Council judgment in the same case [1928-34] C.T.C. 184 at 186 Lord Macmillan said:

The question whether a particular sum received is of the nature of an annual profit or gain or is of a capital nature does not depend upon the language in which the parties have chosen to describe it. It is necessary in each case to examine the circumstances and see what the sum really is, bearing in mind the presumption that "it cannot be taken that the Legislature meant to impose a duty on that which is not profit derived from property, but the price of it" (per Hanworth, M. R., in *Perrin v. Dickson* [1930] 1 K.B. 107 at p. 119, quoting previous authorities).

And again, at page 187:

But the share which the respondent became entitled to receive of the oil from the land which she had sold to the company was not a royalty in the sense of s. 27,¹ or in the ordinary sense familiar in the case of mining leases where the lessor stipulates for payment by his lessee of a fixed rate per ton of the mineral won. Here there is no relation of lessor and lessee. The transaction was one of sale and purchase. It may have taken the form which it did because of the uncertainty whether oil would be found by the purchaser or not; as the value of the land depended on this contingency the price, not unnaturally, was made to depend in part on the event.

As a result of this judgment, s. 3(1)(f) of the *Income War Tax Act* was enacted by S. of C. 1934, c. 55, s. 1, to read as follows:

3. (1) For the purposes of this Act, "income" . . . shall include . . .

(f) rents, royalties, annuities or other like periodical receipts which depend upon the production or use of any real or personal property, notwithstanding that the same are payable on account of the use or sale of any such property.

The wording of this section is not identical to that of s. 6(1)(f) in the current *Income Tax Act* (*supra*) but is analogous to it and serves the same purpose.

facteur, de même que l'incertitude quant à la quantité de minéral disponible, contribue au caractère spéculatif de l'intérêt de l'appelante; mais néanmoins, ce que l'appelante reçoit provient d'une source possible de capital. Ce qui est taxable, c'est le «revenu», c'est-à-dire, par définition, les profits ou les gains annuels; en l'occurrence, il n'est pas question pour l'appelante de profits ou de gains, si ce n'est dans le sens qu'elle a ou non vendu sa propriété à des conditions avantageuses pour elle.

Dans le jugement rendu par le Conseil privé dans la même affaire, [1928-34] C.T.C. 184 (à la page 186) Lord Macmillan déclare:

[TRADUCTION] La question de savoir si une certaine somme reçue constitue un profit ou un gain annuel ou constitue un capital ne dépend pas de l'expression choisie par les parties pour la décrire. Dans chaque cas, il faut examiner les circonstances et déterminer la véritable nature de ce paiement en conservant à l'esprit la présomption selon laquelle «on ne peut considérer que le législateur a voulu imposer une taxe sur un paiement qui ne représenterait pas un profit tiré d'une propriété mais qui représenterait son prix de vente» (par le juge M. Hanworth, M.R., dans l'affaire *Perrin v. Dickson* [1930] 1 B.R. 107, à la page 119, qui cite une jurisprudence antérieure).

Et encore, à la page 187:

[TRADUCTION] Mais le pourcentage de l'huile tirée de la propriété vendue par l'intimée à la compagnie auquel la vendeuse avait droit n'était pas une redevance au sens de l'article 27,¹ ou dans le sens ordinaire qui nous est familier et que l'on rencontre dans le cas des baux de mines où le bailleur stipule, à titre de loyer, un taux fixe par tonne des minéraux extraits. Dans le cas présent, il n'y a aucune relation de bailleur à locataire. Il s'agissait d'une vente et d'un achat. La transaction a pu prendre une forme particulière parce que les parties ne savaient pas si l'acheteur trouverait ou non de l'huile sur la propriété; comme la valeur du terrain dépendait de cette contingence, il est bien normal que les parties en aient tenu compte en partie dans le prix de la propriété.

A la suite de ce jugement, l'art. 3(1)(f) de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu* fut promulgué dans l'art. 1 du chapitre 55 des Statuts du Canada de 1934, qui était rédigé comme suit:

3. (1) Pour les objets de la présente Loi, «revenu» . . . signifie . . .

f) les loyers, redevances, annuités ou autres recettes périodiques semblables qui dépendent de la production ou de l'emploi de biens réels ou personnels, nonobstant que les susdits soient payables par suite de l'usage ou de la vente de ces biens.

La rédaction de cet article n'est pas identique à celle de l'art. 6(1)(f) de l'actuelle *Loi de l'impôt sur le revenu* (précitée) mais les deux articles sont analogues et visent le même but.

The interpretation to be given to s. 3(1)(f) was dealt with at length by Cameron J. in the case of *Ross v. M.N.R.* [1950] C.T.C. 169. That case dealt with a lease agreement for mineral rights including oil and gas with the option to buy for a fixed sum plus a further amount of \$60,000 payable out of ten per cent of the production of oil and gas, the said payments in respect of production being referred to in the lease as "royalties". The learned trial judge carefully considered the meaning to be given to the word "royalty" which is not defined in the Act after first stating, at page 174:

I take it to be well settled that the name given to a transaction by the parties concerned does not necessarily decide the nature of the transaction (*I.R.C. v. Wesleyan Assurance Society*, [1948] 1 All E.R. 555 and 557.)

The dictionary definitions referred to by him, as well as some of the previous jurisprudence and his conclusions, appear on pages 175-76 of his judgment as follows:

In the *Shorter Oxford English Dictionary, Third Edition*, "royalty" is defined in various ways. Excluding those which have reference to the Sovereign, these definitions include the following: "denoting chiefly rights over minerals"; "A payment made to the landowner by the lessee of a mine in return for the privilege of working it"; "A sum paid to the proprietor of a patented invention for the use of it"; "A payment made to an author, editor, or composer for each copy of a book, piece of music, etc., sold by the publisher, or for the representation of a play."

Other definitions of the word as used in reference to oil, gas and minerals are found in *Words and Phrases, Permanent Edition*, Vol. 37, at p. 811, including the following:

(a) "As relates to mining, 'royalty' is a share of the product or profits reserved by the owner for permitting another to use the property."

(b) "'Royalty' in connection with gas and oil leases is a certain percentage of the oil after it is found or so much per gas well developed."

Again, in *Webster's New International Dictionary, Second Edition*, it is described as "a share of the product or profit (as of a mine, forest, etc.) reserved by the owner for permitting another to use the property."

L'interprétation que l'on doit donner à l'art. 3(1)(f) a été longuement étudiée par le juge Cameron dans l'affaire *Ross v. M.N.R.* [1950] C.T.C. 169. Cette affaire se rapportait à son contrat de location de droits miniers, y compris l'huile et le gaz, avec option d'achat pour un prix fixé, plus une somme supplémentaire de \$60,000 à prélever au moyen de dix pour cent de la production d'huile et de gaz; dans le contrat, on appelait «redevances» ces paiements relatifs à la production. Le savant juge de première instance a étudié avec soin le sens que l'on devait donner au mot «redevance», dont la définition ne se trouve pas dans la loi, après avoir au préalable déclaré, à la page 174:

[TRADUCTION] Je crois qu'il est bien établi que le nom donné à une transaction par les parties à celle-ci ne détermine pas nécessairement la nature de la transaction (*I.R.C. v. Wesleyan Assurance Society*, [1948] 1 All E.R. 555 et 557.)

Les définitions des dictionnaires auxquelles il se reportait, de même qu'une partie de la jurisprudence antérieure et ses conclusions, se trouvent aux pages 175-176 de son jugement, dans les termes suivants:

[TRADUCTION] *Le Shorter Oxford English Dictionary*, troisième édition, définit le mot «royalty» (redevance) de diverses façons. Parmi ces définitions et à part celles qui ont trait au Souverain, on trouve les suivantes: «s'emploie surtout pour désigner des droits sur des minéraux»; «Un paiement fait par le locataire d'une mine au propriétaire du terrain où elle est située en contrepartie du droit de l'exploiter»; «Une somme versée au propriétaire d'une invention brevetée pour avoir droit de s'en servir»; «Un paiement effectué à un auteur, éditeur ou compositeur pour chaque exemplaire d'un livre, d'un morceau de musique, etc., vendu par celui qui le publie ou pour la représentation d'une pièce.»

D'autres définitions de ce mot lorsqu'il est employé en ce qui concerne le pétrole, le gaz et les minéraux se trouvent dans *Words and Phrases, Permanent Edition*, Vol. 37, à la page 811, et comprennent les suivantes:

a) «Dans le domaine de l'exploitation minière, une «royalty» (redevance) est une partie de la production ou des profits que se réserve le propriétaire pour permettre à une autre personne d'exploiter la propriété.»

b) «En ce qui concerne la location de propriétés pétrolières et gazières, une «royalty» (redevance) est un certain pourcentage de l'huile qu'on y trouve ou un certain montant pour chaque puits de gaz mis en exploitation.»

Ou encore, dans le *Webster's New International Dictionary*, deuxième édition, on définit le mot «royalty» (redevance) comme «une partie de la production ou du profit (d'une mine, d'une forêt, etc.) que se réserve le propriétaire pour permettre à une autre personne de se servir de la propriété.»

Some of these definitions would appear to give some support to appellant's argument that a royalty can only be created where there is something reserved out of a demise or grant and payable to an owner. I have, however, been unable to find any decision which says that such is the case, and in one of the definitions which I have given above the meaning is given as a percentage of the oil or gas after it is found, without any reference to any reservation by an owner.

In *Mercer v. Attorney General for Ontario*, (1882), 5 S.C.R. 538, Henry, J., at p. 66 said: "Royalties' is of very general import and very comprehensive . . . 'Royalties' as to mines is well understood in England to be the sums paid to the Sovereign for the right to work the Royal mines of gold and silver; and to the owner of private lands for the right to work mines of the inferior metals, coal, etc." Assuming, however, (but without deciding) and for the purposes of this case only, that to constitute a royalty there must have been some reservation of that royalty in the grant or demise, and assuming also that in this case there was not *in form* any such reservation (although I am of the opinion that in both form and substance there was such a reservation in the documents read as a whole), that does not conclude the matter. It is sufficient to bring the receipts into tax if they are "like" rents, royalties or annuities, provided, of course, they fulfil the other requirements of the subsection. Royalties, in reference to mines or wells in all the definitions, are periodical payments either in kind or money which depend upon and vary in amount according to the production or use of the mine or well, and are payable for the right to explore for, bring into production and dispose of the oils or minerals yielded up. All these conditions exist in the present case. Another matter which *may* not exist is the reservation of rights at the time of the grant and the consequent payment to the appellant as owner of such reserved rights. But even assuming that to be the case it is not sufficient, in my opinion, to prevent the "receipts" here being like or similar to royalties, all other essential requirements being fulfilled. It may well be that the concluding words of the subsection "notwithstanding that the same are payable on account of the use *or sale* of such property" are sufficient in themselves to do away with any requirement that the receipts must be paid to an owner. At least the appellant was a former owner.

I find, therefore, that the receipts here were like royalties, if not royalties themselves, and therefore they come within the meaning of that part of the subsection.

Dealing with the question that a fixed price was specified in the agreement, following which the payments would cease, he states, at page 179:

Certaines de ces définitions semblent corroborer la prétention de l'appelante suivant laquelle, pour qu'il y ait redevance, il faut, dans une cession ou un transfert, que le propriétaire se réserve le paiement de quelque chose. Toutefois, j'ai été incapable de trouver une décision qui contienne une telle affirmation; de plus, une des définitions que j'ai citées plus haut ne mentionne qu'un pourcentage du pétrole ou du gaz après sa découverte, sans faire allusion au fait que le propriétaire se réserve quoi que ce soit.

Dans l'affaire *Mercer c. Procureur-général de l'Ontario*, (1882), 5 R.C.S. 538, le juge Henry déclarait à la page 66: «Le terme «redevances» a un sens très général et très étendu . . . En Angleterre, l'expression «redevances», en parlant de l'industrie minière, signifie, et tous le comprennent, les sommes versées au Souverain en contrepartie du droit d'exploiter les mines royales d'or et d'argent et celles versées aux propriétaires de terrains privés en contrepartie du droit d'en extraire les minerais inférieurs, le charbon, etc.» En prenant cependant pour acquis (mais sans en décider), pour les besoins de la présente affaire seulement, qu'il faut pour constituer une redevance que l'on se réserve cette redevance dans l'acte de cession ou de transfert, et en prenant aussi pour acquis que dans la présente affaire *la lettre* du contrat ne contenait pas une telle réserve (bien que je sois d'avis que la lettre et l'esprit de ces documents, si on les prend dans leur ensemble, contenaient une telle réserve), nous ne pouvons néanmoins parvenir à une opinion définitive sur la question. Pour rendre les sommes reçues imposables, il suffit qu'elles soient «semblables» à des loyers, redevances ou annuités, pourvu bien entendu qu'elles remplissent les autres conditions prévues au paragraphe en question. L'expression «royalties» (redevances), quand il est question de mines ou de puits, est toujours définie comme des paiements périodiques en espèces ou en nature dont l'existence et le montant sont fonction de la production et de l'usage de la mine ou du puits, et sont payables en contrepartie du droit de rechercher, de mettre en exploitation et de vendre le pétrole et le minerai extraits. Toutes ces conditions sont réunies dans la présente affaire. Un autre élément qui n'existe *peut-être* pas est la réserve de droits au moment de la cession et le paiement en résultant, au profit de l'appelante en sa qualité de propriétaire desdits droits réservés. Mais même en présumant que tel est le cas, cela est insuffisant, à mon avis, pour empêcher les paiements d'être similaires ou semblables à des redevances, si toutes les autres conditions essentielles sont remplies. Il se peut bien que les derniers mots du paragraphe «nonobstant que les susdits soient payables par suite de l'usage *ou de la vente* de ces biens» suffisent par eux-mêmes à faire disparaître toute obligation d'effectuer les paiements à un propriétaire. L'appelante était tout au moins une ancienne propriétaire.

J'estime donc que les paiements en question étaient semblables à des redevances, sinon des redevances proprement dites; elles tombent donc sous le sens de cette partie du paragraphe.

Traitant de la question de la stipulation dans la convention d'un prix fixe, dont le versement mettrait fin aux paiements, il déclare, à la page 179:

It is submitted that as payments to her were limited to the sum of \$60,000.00, that by itself establishes that her receipts were part of the purchase price and therefore capital in her hands. That fact might have been of some importance prior to the enactment of subsection (f). But having found that the receipts were either royalties or like royalties, I am unable to find that they ceased to be such merely because they stopped when an agreed maximum amount had been paid.

It must be noted, however, that in this judgment he does not actually make a finding that the payments were royalties despite the fact that this was the term used but rests his judgment finding the payments taxable on the fact that they were, in any event, "like royalties".

This question was again considered in the Supreme Court in *M.N.R. v. Wain-Town Gas and Oil Co.* [1952] C.T.C. 147. That case dealt with the sale of a franchise to supply gas to a municipality, the sale price agreed on being a percentage of the gross sales of gas by the purchaser set out in the agreement, such payments to be made "by way of royalty". It was held, reversing the judgment of the Exchequer Court, with Mr. Justice Locke dissenting, that the payments received were royalties or like periodical receipts depending upon the use of the property within the meaning of s. 3(1)(f). Rand J. in his judgment, after stating that it seemed to be beyond serious doubt that the payments came within the expression "royalties or other like periodical receipts" within the meaning of s. 3(1)(f) of the Act and that they depended upon the production or use of the property, concluded at pages 154-55:

Are the payments, then, constituting as they do part of the consideration for the sale of the franchise, to be excluded from tax as being capital in their nature? In *Wilder v. The Minister*, a decision of this Court, as yet reported only in [1952] 1 D.L.R. 401; [1951] C.T.C. 304, it was held that an annuity of \$1,000.00 a month for the life of the annuitant, which was part of the price for the transfer of a business from an individual to a company, was of a capital nature and not within the definition of "income" in Section 3(1)(b); but under paragraph (f) of the section that ground seems to be expressly met by the language "notwithstanding that the same are payable on account of the use or sale of any such property". Now, the property is the franchise; the royalty is payable on account of the sale of it; and the payment

[TRADUCTION] On prétend que le seul fait que les paiements auxquels elle avait droit se limitaient à la somme de \$60,000 établissait que les sommes qu'elle recevait étaient une partie du prix d'achat et étaient donc un capital entre ses mains. Ce fait aurait pu avoir une certaine importance avant l'adoption du paragraphe f). Mais m'étant convaincu que les sommes reçues étaient soit des redevances soit semblables à des redevances, je ne puis estimer qu'elles ont cessé de l'être par le seul fait que leur versement avait cessé lorsqu'un montant maximum convenu avait été atteint.

Il convient de noter toutefois que dans son jugement il ne conclut pas positivement que les paiements étaient des redevances, bien que ce fût là le terme employé dans la convention, mais qu'il fonde son jugement en vertu duquel les paiements sont déclarés imposables sur le fait qu'ils étaient, en tout état de cause, «semblables à des redevances».

La question a encore fait l'objet d'une étude dans l'affaire *M.R.N. v. Wain-Town Gas and Oil Company, Limited* [1952] C.T.C. 147, portée devant la Cour suprême. Cette affaire avait trait à la vente d'une concession exclusive de fourniture de gaz à une municipalité; le prix de vente convenu était un pourcentage déterminé au contrat des ventes brutes de gaz effectuées par l'acheteur, lesdits paiements devant se faire «au moyen de redevances». Le jugement de la Cour suprême, le juge Locke étant dissident, infirmait celui de la Cour de l'Échiquier et déclarait que les paiements reçus étaient des redevances ou autres recettes périodiques semblables qui dépendaient de l'emploi du bien au sens de l'art. 3(1)f. Dans son jugement, le juge Rand, après avoir déclaré qu'il semblait hors de tout doute raisonnable que les paiements tombaient sous l'expression «redevances ou autres recettes périodiques semblables» au sens de l'art. 3(1)f) de la loi et qu'ils dépendaient de la production ou de l'emploi du bien, concluait aux pages 154-155:

[TRADUCTION] Les paiements, qui constituent bien une partie du prix de vente de la concession exclusive, devront-ils alors être exonérés d'impôt comme étant en nature de capital? Dans l'affaire *Wilder c. le Ministre* tranchée par la présente Cour et rapportée à ce jour uniquement dans [1952] 1 D.L.R. 401; [1951] C.T.C. 304, il a été jugé qu'une annuité de \$1,000 par mois pendant toute la vie du créancier, qui constituait une partie du prix du transfert d'un commerce d'un individu à une compagnie, était en nature de capital et ne tombait pas sous la définition du mot «revenu» qui figure dans l'article 3(1)b); mais cette situation semble être expressément prévue par la rédaction de l'alinéa f) de l'article qui précise que «nonobstant que les susdits soient payables par suite de l'usage ou de la vente de ces biens».

depends upon its exercise. The paragraph seems to me to be satisfied completely by the terms of the transaction, and I must hold the respondent to come within it.

It must be noted that s. 3(1)(f) and subsequently s. 6(1)(j) both refer to property generally, and, at the time the above-quoted judgments were rendered, s. 83(2) was not part of the Act. This section, which first appeared in the *Income Tax Act* in 1952, R.S.C. 1952, c. 148, made an exception for an amount that would otherwise have been included if it was the consideration for a mining property or interest therein acquired by the taxpayer as a result of his efforts as a prospector. The section did not at this time have the concluding clause "unless it is an amount received by him in the year as or on account of a rent, royalty or similar payment" and without this concluding clause it is clear that for mining property it was intended to, and did, create an exception to the general rule of s. 6(1)(j). This section, as it originally read, was dealt with by the Tax Appeal Board in the case of *Bolduc v. M.N.R.* (1963) 30 Tax A.B.C. 392. In that case the taxpayer entered into an agreement giving an option on his mining property in return for \$5,000 on execution of the agreement, \$5,000 every six months until \$40,000 had been paid at which time he would transfer the title, and a royalty of 50 cents per pound on ore extracted when the property was brought into production. In rendering judgment, rejecting the Minister's contention that it was s. 6(1)(j) that applied, the Chairman, Cecil L. Snyder, Q.C., stated at page 396:

Since the Parliament of Canada saw fit to include Section 83(2) in the *Income Tax Act* it would seem, particularly from a study of the wording of that section, that payments, received by persons engaged in prospecting for minerals who are successful in staking claims to properties which

Or la propriété est la concession exclusive; la redevance est payable par suite de la vente de cette propriété; et le paiement de la redevance dépend de l'exercice de la concession. Les conditions de la transaction me paraissent se conformer tout à fait aux termes de l'alinéa en question, et je dois juger que l'intimé tombe sous le coup dudit alinéa.

Il convient de remarquer que l'art. 3(1)(f) et ensuite l'art. 6(1)(j) ont tous deux trait à la notion de biens en général et qu'à l'époque où les jugements précités ont été prononcés, l'art. 83(2) ne faisait pas encore partie de la loi. Ce dernier article, que l'on trouve pour la première fois dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* en 1952, S.R.C. 1952, c. 148, créait une exception pour le cas d'un montant qui aurait autrement été inclus, s'il représentait la contrepartie d'une propriété minière ou d'un intérêt dans cette dernière, que le contribuable avait acquis par suite de ses efforts à titre de prospecteur. L'article ne contenait pas à cette époque les derniers mots «à moins que ce ne soit un montant qu'il a reçu dans l'année à titre de loyer, de redevance ou de paiement analogue ou à valoir sur ceux-ci»; il est évident qu'en l'absence de ces derniers mots il avait pour objet de créer, dans le cas de propriétés minières, une exception à la règle générale de l'art. 6(1)(j) et qu'il la créait effectivement. L'article 83(2), dans sa rédaction initiale, a été étudié par la Commission d'appel de l'impôt dans l'affaire *Bolduc v. M.N.R.* (1963) 30 Tax A.B.C. 392. Dans cette affaire, le contribuable était devenu partie à un contrat aux termes duquel il accordait une option sur sa propriété minière en contrepartie de la somme de \$5,000 payable au moment de la signature du contrat et d'une somme additionnelle de \$40,000 payable en versements semestriels de \$5,000 chacun jusqu'à parfait paiement du prix, auquel moment il transférerait le titre de propriété; le contrat prévoyait de plus une redevance de 50 cents par livre de minerai extrait au profit du vendeur lorsque la propriété serait mise en exploitation. En rendant son jugement, qui rejetait la prétention du Ministre selon laquelle c'était l'art. 6(1)(j) qui s'appliquait, le Président, M. Cecil L. Snyder, c.r., déclarait à la page 396:

[TRADUCTION] Puisque le Parlement du Canada a jugé bon d'inclure l'article 83(2) dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il semble, surtout à la lumière de la rédaction de cet article, qu'aucun paiement reçu par des personnes qui s'occupent de prospection et qui réussissent à piquer des

yield marketable volumes of ore, are not to be included as taxable income to those persons. The section states "amounts that would otherwise be included in computing the income of an individual shall not be included . . .". Had these provisions not been inserted in the Act the argument advanced on behalf of the Minister would no doubt prevail. However, since Section 83(2) specifically exempts from taxation an amount which is the consideration for a taxpayer's interest in a mining property it should be found that the payments received in 1957 and 1958 in consideration of the interest which the appellant retained in the mineral claims are not subject to income tax.

This decision was not appealed and I would agree with it and readily make the same finding in the present case were it not for the subsequent addition to s. 83(2) in 1965 of the concluding clause "unless it is an amount received by him in the year as or on account of a rent, royalty or similar payment". It would appear that this amendment was made as a result of the *Bolduc* decision.

If s. 83(2) is an exception to s. 6(1)(j) for the benefit of mining property, the question which must now be decided is whether this concluding clause accomplishes the purpose which apparently it was intended to, and itself constitutes an exception to s. 83(2) when the amounts paid as consideration are received as or on account of a rent, royalty or similar payment, so as to bring such payments back within the provisions of the taxing section 6(1)(j).

It should be noted that s. 6(1)(j) does not use the terms "rents, royalties, annuities or other like periodical receipts" used in s. 3(1)(f) of the *Income War Tax Act* but instead uses the single word "amounts". Similarly, s. 83(2) uses the words "an amount". However, the 1965 amendment in excepting from s. 83(2) "an amount" received "as or on account of a rent, royalty or similar payment" brings us back again to the problem considered in the earlier jurisprudence of whether an amount paid on account of the purchase price of a property should nevertheless be considered as "a rent, royalty or similar payment" when the calculation and payment of it is dependent on the use or production of the

concessions sur des propriétés qui renferment des quantités commercialisables de minerai ne doit être inclus dans le revenu imposable de ces personnes. L'article en question déclare «des montants qui autrement entreraient dans le calcul du revenu d'un particulier ne doivent pas être inclus . . .» N'était l'introduction de ces dispositions dans la loi, la thèse soutenue par le Ministre triompherait sans doute. Cependant, puisque l'article 83(2) exonère expressément de l'impôt tout montant qui est la contrepartie de l'intérêt d'un contribuable dans une propriété minière, il convient de juger que les paiements reçus en 1957 et 1958 en contrepartie de l'intérêt que l'appelant conservait dans les concessions minières ne sont pas assujettis à l'impôt sur le revenu.

Les parties n'ont pas porté appel de cette décision et je n'hésiterais pas à lui donner mon accord. J'arriverais aux mêmes conclusions dans la présente affaire n'était l'addition ultérieure à l'art. 83(2), en 1965, des derniers mots «à moins que ce ne soit un montant qu'il a reçu dans l'année à titre de loyer, de redevance ou de paiement analogue ou à valoir sur ceux-ci». Il semble qu'on ait apporté cette modification à la suite de la décision rendue dans l'affaire *Bolduc*.

Si l'art. 83(2) est une exception à l'art. 6(1)(j) au profit des propriétés minières, il convient maintenant de trancher la question de savoir si les derniers mots de l'art. 83(2) atteignent le but qui semble avoir été visé et s'ils constituent eux-mêmes une exception à l'art. 83(2) dans le cas où les montants versés en contrepartie sont reçus à titre de loyer, de redevance ou de paiement analogue ou à valoir sur ceux-ci, ce qui aurait pour effet de faire retomber ces paiements sous le coup des dispositions de l'article d'assujettissement 6(1)(j).

On remarquera que l'art. 6(1)(j) n'emploie pas les termes «loyers, redevances, annuités ou autres recettes périodiques semblables» que l'on trouve à l'art. 3(1)(f) de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, mais qu'il se sert à la place du seul mot «montants». De même l'art. 83(2) emploie les mots «un montant». La modification de 1965, en excluant cependant de l'application de l'art. 83(2) «un montant» reçu «à titre de loyer, de redevance ou de paiement analogue ou à valoir sur ceux-ci» nous ramène encore à la difficulté étudiée dans la jurisprudence antérieure, qui consiste à savoir si un montant versé à valoir sur le prix d'achat d'une propriété devrait néanmoins être considéré comme «un

property. It is conceded by respondent that in the present case there is no question of the payments made being in the nature of a rent, so unless they are a "royalty or similar payment" they would not fall within the exception in the concluding clause of s. 83(2). In addition to the definitions of "royalty" in the dictionaries and jurisprudence quoted (*supra*) some consideration should be given to the manner in which it is used in the *Income Tax Act*. Although it is not defined therein, the word "royalty" is used in several sections. Subsections (3) and (4) of s. 17, dealing with non-arm's length payments between residents and non-residents, refer to the payment of a "price, rental, royalty or other payment for use or reproduction of any property". This section certainly implies that the property is retained by the person receiving the payment, since the payment is made for the use of or the reproduction of the property. Section 106(1)(d)(v) reads as follows:

106. (1) Every non-resident person shall pay an income tax of 15% on every amount that a person resident in Canada pays or credits, or is deemed by Part I to pay or credit, to him as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of,

* * *

(d) rent, royalty or a similar payment, including, but not so as to restrict the generality of the foregoing, any payment

* * *

(v) that was dependent upon the use of or production from property in Canada whether or not it was an instalment on the sale price of the property, but not including an instalment on the sale price of agricultural land.

This section, which makes taxable such income in Canada of non-resident persons, clearly corresponds to s. 6(1)(j) and makes all such royalty payments taxable whether or not they were instalments on the sale price of the property. It is evident that, in order to make an instalment payment on the sale price of a property taxable as income in the hands of the recipient, when such payments would not normally be taxable, special sections of the Act, such as 6(1)(j) or 106(1)(d)(v), are required.

loyer, une redevance ou un paiement analogue» lorsque la détermination de sa quotité et son versement sont subordonnés à l'usage de ces biens ou à la production en découlant. L'intimé admet que dans le cas présent il n'est pas du tout question de prétendre que les paiements effectués avaient la nature d'un loyer; cela revient donc à dire qu'à moins d'être une «redevance ou un paiement analogue» ils ne tombent pas sous le coup de l'exception créée par les derniers mots de l'art. 83(2). Outre les définitions que donnent les dictionnaires et la jurisprudence du mot «royalty» (redevance), citées plus haut, nous devons examiner la façon dont le mot est employé dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il n'y est pas défini, mais y est quand même employé dans plusieurs articles. Les par. (3) et (4) de l'art. 17, qui prévoient le cas de paiements entre résidents et non-résidents qui ne traitent pas à distance, parlent du paiement du «prix, loyer, redevance ou autre paiement pour l'usage ou la reproduction d'un bien». Cet article implique que le bénéficiaire du paiement conserve la propriété du bien, puisque le paiement est effectué pour l'usage ou la reproduction du bien. L'article 106(1)(d)(v) est ainsi rédigé:

106. (1) Toute personne non résidente doit payer un impôt sur le revenu de quinze pour cent sur tout montant qu'une personne résidant au Canada lui paie ou crédite, ou est censée en vertu de la Partie 1 lui payer ou créditer à titre, à compte ou au lieu de paiement ou en acquittement

* * *

d) du loyer, de la redevance ou d'un semblable paiement, y compris, mais sans restreindre la généralité de ce qui précède, tout paiement

* * *

(v) qui dépendait de l'utilisation de biens situés au Canada, ou d'une production tirée desdits biens, qu'il ait constitué ou non un acompte sur le prix de vente des biens, à l'exclusion d'un acompte sur le prix de vente de terres agricoles.

Cet article, qui rend imposable un tel revenu gagné au Canada par des non-résidents, correspond de façon évidente à l'art. 6(1)(j) et rend imposables toutes redevances de cette nature, qu'il s'agisse ou non de versements relatifs au prix de vente des biens. Il est évident que, sans l'existence dans la loi d'articles spéciaux fixant un impôt, tels que les art. 6(1)(j) et 106(1)(d)(v), on ne peut rendre imposables à titre de revenu entre les mains du bénéficiaire les versements

An examination of the wording of s. 83(2) discloses that it refers to "an amount" that is "the consideration for" but it does not specify whether the amount is the consideration for the sale of, rental of, or simply use of the mining property in question. Appellant contends that when the payment is consideration for the sale of the property then the concluding clause does not apply since the amount is not received "as or on account of a rent, royalty or similar payment" but rather on account of instalments of the purchase price. The fact that no specific amount was fixed for the purchase price but that annual payments will carry on indefinitely and that they are based on the production of the property does not alter this (see quotation from judgment of Cameron J. in the *Ross* case (*supra*) at page 179). He contends therefore that the concluding clause applies only when the amounts are received as a consideration for the rental or use of property in which the taxpayer still retains title, in which event the payments are then "as or on account of a rent, royalty or similar payment". In that event he remains the owner of the property and the payments he is receiving are clearly income and should be taxed as such. However, in the event of the sale of mining property acquired by the taxpayer as a result of his efforts as a prospector either alone or with others he would be exempt from taxation on the payments, which for other types of property would be taxed under s. 6(1)(j), even if these payments were deemed to be royalties or similar payments dependent upon the use of or production from the property.

In my view, while the concluding clause of s. 83(2) takes out of this exception amounts paid which are received as royalties or similar payments, it does not go so far as to bring back into full application s. 6(1)(j) since it does not make such amounts taxable "whether or not they were instalments of the sale price of the property". We are thus, for this particular type of sale, put back in the position which existed before s.

en acompte sur le prix de vente de biens, versements qui ne sont pas normalement imposables.

L'étude de la rédaction de l'art. 83(2) indique qu'il y est question d'«un montant» qui représente «la contrepartie de» mais qu'il n'y est pas précisé si le montant est la contrepartie de la vente, de la location ou seulement de l'usage de la propriété minière en question. L'appelant prétend que lorsque le paiement est la contrepartie d'une vente de la propriété minière, les derniers mots de l'art. 83(2) ne s'appliquent pas, le montant n'étant pas reçu «à titre de loyer, de redevance ou de paiement analogue ou à valoir sur ceux-ci», mais à titre de versement sur le prix d'achat. Le fait que le prix d'achat ne soit pas une somme déterminée, mais soit constitué par des paiements annuels sans limite de durée qui varieront selon la production de la propriété ne change rien au principe (voir la citation précitée du jugement rendu par le juge Cameron dans l'affaire *Ross*, à la page 179.). Il prétend donc que les derniers mots de l'art. 83(2) ne s'appliquent que lorsque les montants sont reçus à titre de contrepartie de la location ou de l'usage d'une propriété dont le contribuable demeure le propriétaire; dans ce cas seulement les paiements sont «à titre de loyer, de redevance ou de paiement analogue». Il demeure alors le propriétaire du bien et les paiements qu'il reçoit représentent nettement un revenu qui doit être imposé comme tel. Toutefois, dans le cas de la vente d'une propriété minière que le contribuable a acquise par suite de ses efforts à titre de prospecteur, soit seul, soit avec d'autres, les paiements échapperaient à toute imposition, même s'ils étaient imposés en vertu de l'art. 6(1)(j) s'il s'agissait de toute autre sorte de biens et quoique ces paiements soient censés être des redevances ou des paiements analogues reçus subordonnément à l'usage du bien ou à la production en découlant.

A mon avis, les derniers mots de l'art. 83(2) excluent de cette exception des montants payés qui sont reçus à titre de redevances ou de paiements analogues, mais ils ne vont pas jusqu'à écarter toute exception à l'application de la règle édictée à l'art. 6(1)(j), puisqu'ils ne rendent pas ces montants imposables «qu'il s'agisse ou non de versements relatifs au prix de vente des biens». En ce qui concerne ce genre particulier

6(1)(j) and its predecessor 3(1)(f) were passed and the *Spooner* case (*supra*) would apply.

This would seem to be a more reasonable interpretation of s. 83(2) than it would be to conclude that because the amounts of the annual payments were based on production from the property they must be considered as a "royalty or similar payment" even though the taxpayer had divested himself of all proprietary interests in the property. It also avoids what would otherwise be an apparent injustice to the prospector whom s. 83(2) is intended to favour in that if he sold his property on the basis that he would receive annual payments of a fixed amount (even though the purchaser might well have estimated the amount of these annual payments on the basis of what he anticipated the annual production of the property would be) he would be exempt from taxation on such payments, whereas, on the other hand, if, instead of the annual payments being in fixed amounts they were based on a percentage of the actual production of the property, which is a reasonable way of making such an agreement as was pointed out by Lord Macmillan in the passage cited from page 187 of the case of *M.N.R. v. Spooner* (*supra*), the prospector would be obliged to pay tax on the sum so received. I find, therefore, that, while the amounts received by the taxpayer in the present case may have been in the nature of "royalties or similar payments" they were not received by him as such, but rather as instalments on account of the purchase price of the property, though calculated on the basis of production from the property, and that the concluding clause of s. 83(2) does not take him out of the exemption provided in that section of the Act or have the result of making him taxable under s. 6(1)(j) since the amounts were received as consideration for the sale of mining property acquired by him as a result of his efforts as a prospector, and not as royalties or similar payments for the use of same.

de vente, nous nous retrouvons donc dans la situation qui existait avant l'adoption de l'art. 6(1)(j) et de l'art. 3(1)(f) qui le précédait, et l'affaire *Spooner* précitée reçoit application.

Il semble plus raisonnable d'interpréter ainsi l'art. 83(2) que de conclure que, parce que les montants des paiements annuels étaient fonction de la production de la propriété, ils devaient être considérés comme des «redevances ou des paiements analogues», bien que le contribuable se fût dépouillé de tous ses droits de propriété dans les biens. Une telle interprétation évite aussi de commettre ce qui semblerait autrement être une injustice au détriment du prospecteur que l'art. 83(2) a pour but de protéger; en ce sens que le prospecteur qui vend sa propriété pour un prix constitué de versements annuels fixes (versements dont l'acheteur a dû par ailleurs déterminer le montant en se fondant sur la production qu'il escomptait retirer de la propriété) échappe à toute imposition sur ces versements, alors que si au contraire il la vendait pour un prix constitué de versements représentant un pourcentage de la production effective de la propriété et non de montants fixes, il lui faudrait payer un impôt sur ces montants reçus à titre de pourcentage de la production de la propriété; et pourtant, comme le souligne Lord Macmillan dans le passage tiré de la page 187 de l'affaire *M.N.R. v. Spooner* précitée, la deuxième méthode est une façon raisonnable d'envisager un tel accord. Je conclus donc que, dans le cas présent, le contribuable a reçu des montants qui participaient peut-être à la nature de «redevances ou de paiements analogues», mais qu'il ne les a pas reçus comme tels, mais comme des versements à valoir sur le prix d'achat de la propriété, bien qu'ils aient été calculés en fonction de la production de la propriété; je conclus aussi que les derniers mots de l'art. 83(2) ne lui font pas perdre le bénéfice de l'exception prévue dans cet article de la loi et n'ont pas non plus pour effet d'assujettir les paiements à l'impôt en vertu de l'art. 6(1)(j), étant donné que les montants ont été reçus en contrepartie de la vente d'une propriété minière acquise par lui par suite de ses efforts à titre de prospecteur, et non à titre de redevances ou de paiements analogues en contrepartie de l'usage du bien.

The appeal is therefore maintained with costs and the re-assessments of appellant's income with respect to his 1967 and 1968 taxation years are referred back to the Minister for re-assessment in order to delete therefrom the sums of \$33,266.27 and \$29,249.06 added to his income for those years respectively.

L'appel est donc accueilli avec dépens et les nouvelles cotisations du revenu de l'appelant pour les années d'imposition 1967 et 1968 sont renvoyées au Ministre pour qu'il en émette de nouvelles afin de supprimer des cotisations qu'il avait déjà émises les sommes de \$33,266.27 et \$29,249.06, ajoutées par l'intimé au revenu de l'appelant pour les années 1967 et 1968 respectivement.

¹ Section 27 provided that a non-resident receiving a royalty for anything used or sold in Canada would be deemed to be carrying on business in Canada and to earn a proportionate part of the income derived therefrom.

¹ L'article 27 prévoyait qu'un non-résident qui recevait une redevance sur des produits employés ou vendus au Canada serait censé faire affaires au Canada et gagner une partie proportionnelle du revenu tiré du commerce en question.

National Indian Brotherhood, Indian-Eskimo Association, Union of Ontario Indians and Canadian-Indian Centre of Toronto (*Applicants*)

v.

Pierre Juneau, H. J. Boyle, Mrs. P. Pearce, Hal Dornan, R. Therrien, and Canadian Radio-Television Commission (*Respondents*)

No. 1

Trial Division, Walsh J.—Toronto, June 14, 18, 1971.

Jurisdiction—Mandamus—Certiorari—Decision of CRTC refusing public hearing of complaint against telecast—Simultaneous applications to Trial Division and Court of Appeal—Jurisdiction—Status of applicants—Whether associations entitled to mandamus—Federal Court Act, secs. 18, 28—Broadcasting Act, 1967-68 (Can.), c.25, s. 19(2)(c).

On May 28, 1971, the Executive Committee of the CRTC, not being satisfied that it would be in the public interest to do so, decided not to hold a public hearing into a complaint by four associations against the telecast of a film alleged to be slanderous of Indians. On June 7 the four associations applied to the Trial Division under s. 18 of the *Federal Court Act* for writs of *mandamus* and *certiorari* to compel a public hearing of their complaint under s. 19(2)(c) of the *Broadcasting Act*, 1967-68, c. 25. On the same day applicants also applied to the Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act* to set aside the CRTC order of May 28 for failure to observe the principles of natural justice, etc.

Held, the application to the Trial Division should not be dealt with pending a decision by the Court of Appeal on the question whether the matter was within its jurisdiction under s. 28 of the *Federal Court Act*.

Held also, the applicants, though not individuals specifically affected by the CRTC order, had status as "persons" under s. 19(2) of the *Broadcasting Act* to make this application.

APPLICATION for *mandamus* and *certiorari*.

J. D. Karswick for applicants.

Claude Thomson and J. D. Hylton, *contra*.

WALSH J.—This matter came on for hearing in Toronto on June 14, 1971 before the Trial

National Indian Brotherhood, Indian-Eskimo Association, Union of Ontario Indians et Canadian-Indian Centre of Toronto (*Requérants*)

c.

Pierre Juneau, H. J. Boyle, Dame P. Pearce, Hal Dornan, R. Therrien et le conseil de la Radio-télévision canadienne (*Intimés*)

N° 1

Division de première instance, le juge Walsh—Toronto, les 14 et 18 juin 1971.

Compétence — Mandamus — Certiorari — Décision du CRTC refusant l'audition publique d'une plainte contre une télédiffusion—Requêtes simultanées adressées à la Division de première instance et à la Cour d'appel—Compétence—Qualité des requérants—Les organismes sont-ils fondés à obtenir un mandamus?—Loi sur la Cour fédérale, art. 18 et 28—Loi sur la radiodiffusion, 1967-68 (Can.), c. 25, art. 19(2)c.

Le 28 mai 1971, le comité de direction du CRTC, n'étant pas convaincu qu'il serait dans l'intérêt public de ce faire, décidait de ne pas tenir d'audition publique sur une plainte portée par quatre organismes contre la télédiffusion d'un film que l'on prétend être diffamatoire à l'égard des Indiens. Le 7 juin, les quatre organismes demandaient à la Division de première instance, en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, l'émission de brefs de *mandamus* et de *certiorari* imposant la tenue d'une audition publique sur leur plainte en vertu de l'art. 19(2)c) de la *Loi sur la radiodiffusion*, 1967-68, c. 25. Le même jour, les requérants s'adressaient également à la Cour d'appel en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour faire annuler l'ordonnance rendue le 28 mai par le CRTC aux motifs qu'elle n'observait pas les principes de la justice naturelle, etc.

Arrêt: On ne doit pas rendre de décision sur la requête présentée à la Division de première instance tant que la Cour d'appel est saisie de la question de savoir si l'affaire relève de sa compétence en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Autre arrêt: Les requérants, bien qu'ils ne soient pas des individus personnellement touchés par l'ordonnance du CRTC, sont des «personnes» au sens de l'art. 19(2) de la *Loi sur la radiodiffusion* et sont fondés à présenter cette requête.

REQUÊTE en émission de *mandamus* et de *certiorari*.

J. D. Karswick, pour les requérants.

Claude Thomson et J. D. Hylton, pour les opposants.

LE JUGE WALSH—La présente affaire a été instruite à Toronto le 14 juin 1971 devant la Division de première instance de cette Cour en

Division of the Court under the provisions of s. 18 of the *Federal Court Act* on a motion asking

(a) For an order by way of *mandamus* directed to Pierre Juneau, H. J. Boyle, Mrs. P. Pearce, Hal Dornan, R. Therrien, all the members of the Executive Committee of the Canadian Radio-Television Commission, to decide, declare or state whether they are satisfied that it would be in the public interest to hold a public hearing into the complaint filed by the Applicants with respect to the film "The Taming of the Canadian West",

And further, to decide, declare or state the basis for such declaration or statement,

(b) In the alternative, for an order for the issuance of a writ of *certiorari* directing the secretary of the Canadian Radio-Television Commission, its members, officers and directors to forthwith transmit to the office of the Registrar of the Federal Court of Canada all letters, memos, papers, certificates, records and all proceedings had or taken concerning the complaint filed with respect to "The Taming of the Canadian West",

And further, for an order by way of *mandamus* directing the Canadian Radio-Television Commission to hold and conduct a public inquiry into the complaint filed by the Applicants with respect to the film, "The Taming of the Canadian West".

(c) For such further and other order as may seem just.

In support of the application, the affidavit of Fred Plain and the exhibits referred to therein were filed and also two further affidavits and attached exhibits of John William Peace and R. Alfred Best respectively, and the matter was fully argued, both on the questions of procedure and on the merits under reserve of the procedural objections made, by James D. Karswick, counsel for applicants, and Claude Thomson, Q.C., counsel for respondents.

Two of the applicants are organizations composed of and representing the Indians of Canada and of Ontario respectively and the other two applicants are organizations interested in the social, cultural and economic advancement of the Indians and other native ethnic groups of Canada. Counsel for respondents made a preliminary objection contending that the applicants, being corporate organizations and not individuals specifically affected, have no status to ask the Court for the issue of a *mandamus* or *certiorari*. In support of this contention he referred to the case of *Watson v. Cobourg* (1923-24) 55 O.L.R. 531 which held at page 533:

vertu des dispositions de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, par voie de requête demandant

[TRADUCTION] a) Une ordonnance par voie de *mandamus* adressée à Pierre Juneau, H. J. Boyle, Dame P. Pearce, Hal Dornan, R. Therrien, membres du comité de direction du Conseil de la Radio-Télévision canadienne, leur enjoignant de décider, exposer ou déclarer qu'ils sont convaincus qu'il serait dans l'intérêt public de tenir une audition publique relative à la plainte portée par les requérants au sujet du film intitulé «The Taming of the Canadian West»,

Et en outre, de décider, exposer ou déclarer le fondement de cet exposé ou de cette déclaration,

b) Subsidièrement, une ordonnance autorisant l'émission d'un bref de *certiorari* enjoignant au secrétaire du Conseil de la Radio-Télévision canadienne, à ses membres, dirigeants et administrateurs de remettre immédiatement au bureau du protonotaire de la Cour fédérale du Canada toutes lettres, notes, documents, certificats, dossiers et toutes procédures qu'ils ont ou détiennent relativement à la plainte portée au sujet du film intitulé «The Taming of the Canadian West»,

Et en outre, une ordonnance par voie de *mandamus* enjoignant au Conseil de la Radio-Télévision canadienne de mener une enquête publique relativement à la plainte portée par les requérants au sujet du film intitulé «The Taming of the Canadian West».

c) Toute autre ordonnance jugée opportune.

A l'appui de la requête, on a versé au dossier l'affidavit de Fred Plain et les pièces y mentionnées, de même que les affidavits de John William Peace et R. Alfred Best et les pièces y annexées; l'affaire a été discutée en détail, tant les questions de procédure que le fond, sous réserve des objections de procédure soulevées par M^e James D. Karswick, procureur des requérants, et M^e Claude Thomson, c.r., procureur des intimés.

Deux des requérants sont des organismes composés respectivement d'Indiens du Canada et de l'Ontario représentant leurs congénères et les deux autres sont des organismes s'occupant du développement social, culturel et économique des Indiens et autres groupes ethniques indigènes du Canada. Le procureur des intimés a soulevé une objection préliminaire selon laquelle les requérants, étant des organismes corporatifs et non des individus directement affectés, n'ont pas qualité pour demander à la Cour l'émission d'un *mandamus* ou d'un *certiorari*. A l'appui de sa prétention, il a invoqué l'arrêt *Watson c. Cobourg* (1923-24) 55 O.L.R. 531, où il est déclaré à la page 533:

... before a mandatory order can be obtained the applicant must shew that he has some specific right in law to enforce the duty the performance of which he asks the aid of the Court to compel. It is not enough to shew that the municipal body has a duty—it must be a duty owing to him as distinct from the public in general. This applicant has no greater right than any member of the public.

He also referred to the case of *The Queen v. Guardians of the Lewisham Union* [1897] 1 Q.B. 498 in which Wright J. stated at page 500:

This Court would be far exceeding its proper functions if it were to assume jurisdiction to enforce the performance by public bodies of all their statutory duties without requiring clear evidence that the person who sought its interference had a legal right to insist upon such performance.

Again, at page 501, Bruce J. said:

This Court has never exercised a general power to enforce the performance of their statutory duties by public bodies on the application of anybody who chooses to apply for a mandamus. It has always required that the applicant for a mandamus should have a legal specific right to enforce the performance of those duties.

A close examination of the facts of those and similar cases, read in conjunction with the wording of the statute in the present case, however, indicates that they would not be applicable so as to prevent the present application from being considered. Section 19 of the *Broadcasting Act, 1967-68* (Can.), c. 25 which is the section on which the application is based, reads in part as follows:

19. (2) A public hearing shall be held by the Commission, if the Executive Committee is satisfied that it would be in the public interest to hold such a hearing, in connection with

* * *

(c) a complaint by a person with respect to any matter within the powers of the Commission.

This section refers to a complaint "by a person" which is certainly a very broad term and would include corporate bodies (see s. 28(27) of the *Interpretation Act 1967-68* (Can.), c. 7 which reads: "In every enactment, 'person' or any word or expression descriptive of a person, includes a corporation;"). It may well be that the "person" who makes the complaint should be someone who has a specific interest in doing so but it is hard to conceive of a "person" who would have a greater interest in so doing than the present applicants who represent the Indians who claim to have been affronted by the film screen on the C.T.V. network entitled "The

[TRADUCTION]. . . avant d'obtenir un *mandamus*, le requérant doit démontrer que la loi lui donne un droit précis à faire respecter le devoir dont il veut obtenir l'exécution forcée par son recours au tribunal. Il ne suffit pas de démontrer que la municipalité a un devoir—ce doit être un devoir qui lui incombe par opposition au public en général. Le requérant n'a pas de droit plus étendu qu'un membre quelconque du public.

Il a aussi invoqué l'arrêt *La Reine c. Guardians of Lewisham Union* [1897] 1 Q.B. 498, où le juge Wright déclarait à la page 500:

[TRADUCTION] Cette Cour outrepasserait ses pouvoirs si elle devait s'attribuer compétence pour forcer les corps publics à accomplir tous les devoirs qui leur sont dictés par la loi sans exiger la preuve évidente que la personne sollicitant son intervention a juridiquement le droit d'en exiger l'accomplissement.

Le juge Bruce ajoutait à la page 501:

[TRADUCTION] Cette Cour n'a jamais exercé le pouvoir général de forcer les corps publics à accomplir les devoirs qui leur sont dictés par la loi sur requête de quiconque décide de demander un *mandamus*. Elle a toujours exigé que ce requérant ait juridiquement un droit précis à en obtenir l'exécution forcée.

Un examen rigoureux des faits de ces arrêts, rapproché des termes de la loi en l'espèce, indique cependant qu'ils ne pourraient s'appliquer de façon à empêcher audition de la présente requête. Voici un extrait de l'article 19 de la *Loi sur la radiodiffusion 1967-68*, (Can.), c.25, sur lequel est basée la requête:

19. (2) Le Conseil doit tenir une audition publique si le comité de direction est convaincu qu'il serait dans l'intérêt public de tenir une telle audition, au sujet

* * *

c) de la plainte d'une personne relativement à toute question relevant des pouvoirs du Conseil.

Cet article a trait à la plainte «d'une personne», ce qui est certainement un terme très large et doit comprendre les entités corporatives (voir l'art. 28(27) de la *Loi d'interprétation 1967-68*, (Can.),c.7, qui indique: «Dans chaque texte législatif, «personne» ou tout mot ou expression ayant le sens du mot «personne» désigne également une corporation;»). Il est fort possible que la «personne» qui présente la plainte doive être quelqu'un ayant un intérêt précis à le faire mais on peut difficilement imaginer une «personne» ayant un plus grand intérêt à agir de la sorte que les requérants qui se plaignent d'avoir été offensés par le film à l'affiche du réseau C.T.V.

Taming of the Canadian West” which, in their opinion, is “blatantly racist, historically inaccurate, and slanderous to the Indian race and culture”, as stated in Mr. Plain’s affidavit. I therefore dismiss this objection.

There appears to be, however, a more serious objection to dealing with the matter in the Trial Division at this time although this objection was raised by the Court of its own motion and not by counsel for respondents. Section 18 of the *Federal Court Act*, 1970 (Can.), c. 1 giving the Trial Division exclusive original jurisdiction over the present proceedings, must nevertheless be read in conjunction with s. 28 of the Act giving the Federal Court of Appeal jurisdiction over an application to review and set aside a decision or order of a federal board, commission or other tribunal such as the Canadian Radio-Television Commission “other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis” and this right of review exists “notwithstanding s. 18 or the provisions of any other Act”. Moreover, the powers of the Court of Appeal are very wide under s. 28 and go beyond what the Trial Division can do in applying the common law and jurisprudence relating to prerogative writs such as *mandamus* and *certiorari*. The decision or order of the board, commission or other tribunal can be reviewed and set aside by the Court of Appeal on the ground that it

(a) failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;

(b) erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record; or

(c) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

Section 28(3) states categorically:

28. (3) Where the Court of Appeal has jurisdiction under this section to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, the Trial Division has no

intitulé «The Taming of the Canadian West» qui, selon eux, est «vulgairement raciste, historiquement inexact et diffamatoire envers la race et la culture indiennes», comme l’a déclaré M. Plain dans son affidavit. Je rejette donc cette objection.

Il semble cependant y avoir une objection plus sérieuse contre le fait de traiter de cette affaire en ce moment devant la Division de première instance même s’il s’agit d’une objection soulevée par la Cour de sa propre initiative et non par le procureur des intimés. L’article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* 1970 (Can.), c. 1, qui confère à la Division de première instance compétence exclusive en première instance à l’égard des procédures en l’espèce, doit néanmoins se lire en le rapprochant de l’art. 28 de la Loi qui confère à la Cour d’appel fédérale compétence à l’égard d’une demande d’examen et d’annulation d’une décision ou ordonnance rendue par un office, commission ou autre tribunal fédéral, comme le Conseil de la Radio-Télévision canadienne, «autre qu’une décision ou ordonnance de nature administrative qui n’est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire», laquelle compétence d’examen existe «nonobstant l’art. 18 ou les dispositions de toute autre loi». En outre, les pouvoirs conférés à la Cour d’appel par l’art. 28 sont très larges et vont au-delà de ce que peut faire la Division de première instance en appliquant la *common law* et la jurisprudence relatives aux brefs privilégiés comme le *mandamus* et le *certiorari*. La décision ou ordonnance rendue par un office, commission ou autre tribunal peut être examinée et annulée par la Cour d’appel au motif qu’il

a) n’a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d’exercer sa compétence;

b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d’une erreur de droit, que l’erreur ressorte ou non à la lecture du dossier; ou

c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

L’article 28(3) énonce de façon catégorique:

28. (3) Lorsque, en vertu du présent article, la Cour d’appel a compétence pour entendre et juger une demande d’examen et d’annulation d’une décision ou ordonnance, la

jurisdiction to entertain any proceeding in respect of that decision or order.

The question of the effect of s. 28(3) on applications before the Trial Division under s. 18 has never come before the Court before and I would not go so far as to say that in all cases before the Trial Division can deal with an application under s. 18 it must consider and reach a conclusion as to whether the Court of Appeal has jurisdiction under s. 28(1), whether or not this issue has been raised. However, in the present case this situation does not arise. Applicants have also proceeded under the provisions of s. 28 before the Court of Appeal for an order to set aside the decision of the Executive Committee of respondents, the Canadian Radio-Television Commission, of May 28, 1971, that it would not be in the public interest to hold a public meeting on the complaints filed as provided in s. 19(2)(c) of the *Broadcasting Act*, and the hearing of an application for directions under the provisions of Rule 1403 in connection with this application has been fixed for June 21, 1971, at Toronto. [The judgment of JACKETT, C. J. on the application for directions in the Court of Appeal is reported immediately following the report of this decision—ED.]

In connection with the present issue, therefore, there are now two separate and distinct proceedings before the Court, namely that before the Trial Division under s. 18 which I have heard and with which I am seised, and that before the Court of Appeal, which is also proceeding to hearing and eventual determination "without delay and in a summary way" as required by s. 28(5) of the Act. As a result, the Court of Appeal will itself be deciding whether it has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside the decision or order in question, and if it decides in the affirmative, will be dealing with the matter. In the event that it decides that it has this jurisdiction, then by virtue of s. 28(3) the Trial Division will have no jurisdiction under s. 18.

Under the circumstances, and in view of this other pending proceeding, it would not appear to be desirable for a Judge of the Trial Division to decide whether or not the Court of Appeal

Division de première instance est sans compétence pour connaître de toute procédure relative à cette décision ou ordonnance.

La question de l'effet de l'art. 28(3) sur des requêtes portées devant la Division de première instance en vertu de l'art. 18 n'a encore jamais été présentée à la Cour et je n'irai pas jusqu'à dire qu'avant d'entendre une requête présentée en vertu de l'art. 18, la Division de première instance doit toujours se demander, que cette question ait été soulevée ou non, si la Cour d'appel a compétence en vertu de l'art. 28(1). Cependant, tel n'est pas le cas en l'espèce. Les requérants se sont aussi prévalus des dispositions de l'art. 28 devant la Cour d'appel en demandant l'émission d'une ordonnance pour annuler la décision du comité de direction du Conseil de la Radio-Télévision canadienne, intimé, rendue le 26 mai 1971, selon laquelle il ne serait pas dans l'intérêt public de tenir une audition publique sur les plaintes portées comme l'énonce l'art. 19(2)c) de la *Loi sur la radiodiffusion*, et l'audition d'une demande de directives, présentée en vertu de la Règle 1403, relative à cette requête a été fixée au 21 juin 1971 à Toronto. [Le jugement du juge en chef Jackett, sur la demande d'instructions à la Cour d'appel est cité immédiatement après la décision rapportée—note de l'éditeur.]

Il y a donc actuellement, relativement au présent litige, deux procédures différentes et distinctes devant la Cour, savoir celle qui a été portée devant la Division de première instance présentée en vertu de l'art. 18 que j'ai entendue et dont je suis saisi, et celle qui a été portée devant la Cour d'appel qui est aussi une procédure devant être entendue et jugée «sans délai et d'une manière sommaire» comme l'exige l'art. 28(5) de la Loi. Par conséquent, la Cour d'appel décidera elle-même si elle a compétence pour entendre et juger une requête en examen et annulation de la décision ou ordonnance en cause, et dans l'affirmative elle s'occupera de l'affaire. Si elle déclarait avoir compétence, la Division de première instance, comme conséquence de l'art. 28(3), n'aurait aucune compétence en vertu de l'art. 18.

Dans ces conditions et en raison de cette autre procédure pendante, il ne semble pas souhaitable qu'un juge de la Division de première instance se prononce sur la question de savoir si

has jurisdiction to hear and determine the application to review and set aside the decision or order of the Executive Committee of respondent, Canadian Radio-Television Commission, which is before it. This is a decision which it itself will be making at an early date.

In the event that the Court of Appeal should decide by final judgment that it has no such jurisdiction, then the Trial Division may have jurisdiction under s. 18, and since the matter has already been fully argued before me and I am seised of it I could then proceed to give consideration to the merits of the application before me.

A further procedural issue was raised before me arising out of the fact that the decision of the Executive Committee of respondent Canadian Radio-Television Commission, refusing a public hearing of the complaint, was rendered on May 28, 1971, before the *Federal Court Act* came into effect on June 1, 1971. The question whether subsec. (2) of s. 61 of the Act, which reads as follows:

61. (2) Subject to subsection (1), any jurisdiction created by this Act shall be exercised in respect of matters arising as well before as after the coming into force of this Act,

applies so as to give the Court of Appeal jurisdiction to review this decision under s. 28, despite the fact that the decision was rendered before June 1, or whether the appellants are limited to the procedures available under the old Act, was raised, and the recent Supreme Court judgment in the cases of *Kootenay & Elk Rly et al. v. C.P.R. (C.T.C.)*; *Margianis v. Minister of Manpower and Immigration*, which decided that since the decision which was the subject-matter of the motion for leave made in each case had been made prior to the coming into force of the *Federal Court Act*, the Supreme Court alone had jurisdiction to entertain the motion, was referred to. This is another argument which will presumably be raised in the Court of Appeal on the application before it, and it is preferable that it should be dealt with by it.

Until a decision has been made, therefore, by the Court of Appeal as to whether it has juris-

la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger la requête en examen et annulation de la décision ou ordonnance du comité de direction de l'intimé, le Conseil de la Radio-Télévision canadienne, pendante devant cette même Cour. C'est une décision qu'elle rendra elle-même ultérieurement.

Si la Cour d'appel devait déclarer par jugement définitif ne pas avoir compétence, la Division de première instance pourrait alors avoir compétence en vertu de l'art. 18, et puisque l'affaire a été discutée en détail devant moi et que j'en suis saisi, je pourrais examiner la requête sur le fond.

Une autre question de procédure m'a été présentée; elle provient du fait que la décision du comité de direction de l'intimé, le Conseil de la Radio-Télévision canadienne, refusant une audition publique de la plainte, a été rendue le 28 mai 1971, avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur la Cour fédérale* le 1^{er} juin 1971. On a soulevé la question de savoir si le par. (2) de l'art. 61 de la Loi, que voici:

61. (2) Sous réserve du paragraphe (1), toute compétence conférée par la présente loi doit être exercée relativement aux questions soulevées soit avant soit après l'entrée en vigueur de la présente loi,

a pour effet d'attribuer à la Cour d'appel compétence, pour examiner cette décision en vertu de l'art. 28, en dépit du fait que la décision a été rendue avant le 1^{er} juin, ou si les requérants doivent s'en tenir aux procédures prévues à l'ancienne Loi; on s'est référé aux jugements rendus récemment par la Cour suprême dans les affaires *Kootenay & Elk Rly Co. c. C.P.R. (C.T.C.)*; *Margianis c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration (Commission d'appel de l'immigration)*, déclarant que puisque la décision faisant l'objet de la demande d'autorisation présentée dans chaque cas avait été rendue antérieurement à l'entrée en vigueur de la *Loi sur la Cour fédérale*, seule la Cour suprême avait compétence pour connaître de la demande. C'est un autre argument qui sera probablement soulevé devant la Cour d'appel lors de l'audition de la requête, et il est préférable qu'elle l'examine elle-même.

Jusqu'à ce qu'une décision ait été rendue par la Cour d'appel sur la question de savoir si elle

diction under s. 28 I can make no order in this matter under s. 18 as the jurisdiction of the Trial Division is in doubt.

a compétence en vertu de l'art. 28, je ne puis donc, en vertu de l'art. 18, émettre d'ordonnance en l'espèce car il y a doute quant à la compétence de la Division de première instance.

National Indian Brotherhood, Indian-Eskimo Association, Union of Ontario Indians and Canadian-Indian Centre of Toronto (*Applicants*)

v.

Pierre Juneau, H. J. Boyle, Mrs. P. Pearce, Hal Dornan, R. Therrien, and Canadian Radio-Television Commission (*Respondents*)

No. 2

Court of Appeal, Jackett C.J.—Toronto, June 21, 1971.

Jurisdiction—Motion to set aside decision of CRTC refusing public hearing of complaint against telecast—Decision made before Federal Court Act proclaimed—Whether Court of Appeal has jurisdiction—Federal Court Act, secs. 28, 52(a)—Federal Court Rule 1100—Broadcasting Act, 1967-68 (Can.), c. 25, s. 19(2)(c).

On May 28, 1971, the Executive Committee of the CRTC, not being satisfied that it would be in the public interest to do so, decided not to hold a public hearing into a complaint by four associations against the telecast of a film alleged to be slanderous of Indians. On June 7 the four associations applied to the Trial Division under s. 18 of the *Federal Court Act* for writs of *mandamus* and *certiorari* to compel a public hearing of their complaint under s. 19 (2)(c) of the *Broadcasting Act*, 1967-68, c. 25. On the same day applicants also applied to the Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act* to set aside the CRTC order of May 28 for failure to observe the principles of natural justice, etc.

The applicants moved for directions under Federal Court Rule 1403 with respect to their application to the Federal Court to set aside the CRTC order of May 28, 1971. The application was heard by the Chief Justice.

Held, the motion for directions should be adjourned until the Court of Appeal decided whether it had jurisdiction in the matter in view of the terms of s. 61(1) of the *Federal Court Act* by which the Court's jurisdiction to set aside decisions is restricted to those made after the Act came into force, *viz* June 1, 1971.

[*Federal Court Act*, 52(a) and Rule 1100 discussed].

MOTION for directions.

J. D. Karswick for applicants.

No one for respondents.

JACKETT, C.J. (orally)—This is an application for directions in connection with a proceeding

National Indian Brotherhood, Indian-Eskimo Association, Union of Ontario Indians et Canadian-Indian Centre of Toronto (*Requérants*)

c.

Pierre Juneau, H. J. Boyle, Dame P. Pearce, Hal Dornan, R. Therrien, et le conseil de la Radio-télévision canadienne (*Intimés*)

N° 2

Cour d'appel, le juge en chef Jackett—Toronto, le 21 juin 1971.

Compétence—Requête en annulation d'une décision du CRTC refusant l'audition publique d'une plainte contre une télédiffusion—Décision rendue avant la proclamation de la Loi sur la Cour fédérale—La Cour d'appel a-t-elle compétence?—Loi sur la Cour fédérale, art. 28 et 52a)—Règle 1100 de la Cour fédérale—Loi sur la radiodiffusion, 1967-68 (Can), c. 25, art. 19 (2)c).

Le 28 mai 1971, le comité de direction du CRTC, n'étant pas convaincu qu'il serait dans l'intérêt public de ce faire, décidait de ne pas tenir d'audition publique sur une plainte portée par quatre organismes contre la télédiffusion d'un film que l'on prétend être diffamatoire à l'égard des Indiens. Le 7 juin, les quatre organismes demandaient à la Division de première instance, en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, l'émission de brefs de *mandamus* et de *certiorari* imposant la tenue d'une audition publique sur leur plainte en vertu de l'art. 19 (2)c) de la *Loi sur la radiodiffusion*, 1967-68, c. 25. Le même jour, les requérants s'adressaient également à la Cour d'appel en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour faire annuler l'ordonnance rendue le 28 mai par le CRTC aux motifs qu'elle n'observait pas les principes de la justice naturelle, etc.

Les requérants demandaient des directives en vertu de la Règle 1403 de la Cour fédérale en ce qui concernait leur requête à la Cour fédérale en annulation de l'ordonnance rendue le 28 mai par le CRTC. La demande était entendue par le juge en chef.

Arrêt: La demande de directives doit être ajournée jusqu'à ce que la Cour d'appel fédérale déclare si elle est compétente en cette matière en raison des termes de l'art. 61(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, suivant lesquels la compétence qu'a la Cour d'annuler des décisions est limitée aux décisions rendues après l'entrée en vigueur de la Loi, c'est-à-dire le 1^{er} juin 1971.

[Discussion de l'art. 52a) de la *Loi sur la Cour fédérale* et de la Règle 1100.]

DEMANDE de directives.

J. D. Karswick, pour les requérants.

Aucun procureur pour les intimés.

LE JUGE EN CHEF JACKETT (oralement)—La présente demande de directives a trait à une

that commenced in this Court by a "Notice of Application" filed on June 7, 1971.

That "Notice of Application" reads as follows:

TAKE NOTICE of the application to the Court of Appeal to review and set aside the decision or order of the Executive Committee that the Canadian Radio-Television Commission made on May 28, 1971, on the grounds that the Executive Committee and its individual members:

- (a) failed to observe the principles of natural justice by denying the Applicants the right to a fair hearing and the protection of the law;
- (b) erred in law by failing to permit the Applicants the right to a hearing, the protection of the law, and misinterpreting and misapplying the provisions of the *Broadcasting Act*;
- (c) based their decision on an erroneous finding of fact by deciding that the CTV Television Network were willing to meet to discuss the programme, "The Taming of the Canadian West".

AND TAKE NOTICE that the Applicants will request the Court to decide this issue on such further and other grounds as may be allowed.

The decision referred to in that application is a decision of the Executive Committee of the Canadian Radio-Television Commission that is reflected in a "telex" message dated May 28, 1971, from Pierre Juneau, Chairman of that Commission, to James D. Karswick, who is solicitor for the applicants. That message reads as follows:

ACCORDING TO WELL ESTABLISHED PRACTICE AND TRADITION IN BROADCASTING IN CANADA, THE LICENSEE OF A BROADCASTING UNDERTAKING IS RESPONSIBLE FOR THE PROGRAMMES HE BROADCASTS. THIS POLICY IS REITERATED IN SECTION 2 OF THE 1968 BROADCASTING ACT.

THE COMMISSION FIRMLY BELIEVES THAT THIS POLICY IS OF VITAL IMPORTANCE TO THE MAINTENANCE OF THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION IN THE CANADIAN BROADCASTING SYSTEM. A DECISION TO SUSPEND THE BROADCAST OF A PROGRAMME OR TO CONDUCT AN INVESTIGATION INTO A SINGLE PROGRAMME SUCH AS THE TAMING OF THE CANADIAN WEST IS A MOST SERIOUS ONE.

YOUR LETTER OF MAY 21, 1971 IS THE FIRST NOTICE TO THE CRTC THAT YOU WISH THE COMPLAINTS OF YOUR CLIENTS TO BE CONSIDERED UNDER SECTION 19 OF THE BROADCASTING ACT AT A PUBLIC HEARING. IN LIGHT OF

procédure instituée devant cette Cour par voie d'«avis de requête» déposé le 7 juin 1971.

Cet «avis de requête» est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] PRENEZ AVIS de la requête présentée à la Cour d'appel pour examen et annulation de la décision ou ordonnance du comité de direction rendue par le Conseil de la Radio-Télévision canadienne le 28 mai 1971, aux motifs que le comité de direction et ses membres pris individuellement:

- a) n'ont pas observé les principes de la justice naturelle en refusant aux requérants le droit à une audition loyale et à la protection de la loi;
- b) ont fait une erreur de droit en n'accordant pas aux requérants le droit à une audition, à la protection de la loi, et en faisant une interprétation et une application erronées des dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion*;
- c) ont fondé leur décision sur une conclusion de fait erronée en déclarant que le réseau de télévision CTV consentait à une rencontre pour discuter de l'émission «The Taming of the Canadian West».

ET SACHEZ que les requérants demanderont à la Cour de se prononcer sur cette question en se basant sur tous autres motifs qui pourront être admis.

La décision mentionnée dans cette requête est une décision du comité de direction du Conseil de la Radio-Télévision canadienne qui apparaît dans un message «telex» en date du 28 mai 1971, adressé par Pierre Juneau, président de ce comité, à James D. Karswick, procureur des requérants. Ce message est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] SUIVANT UNE PRATIQUE ET UNE COUTUME BIEN ÉTABLIES DANS LA RADIODIFFUSION CANADIENNE, LE TITULAIRE D'UNE LICENCE D'ENTREPRISE DE RADIODIFFUSION EST RESPONSABLE DES ÉMISSIONS QU'IL DIFFUSE. CETTE POLITIQUE EST RÉPÉTÉE À L'ARTICLE 2 DE LA LOI SUR LA RADIODIFFUSION DE 1968.

LE CONSEIL CROIT FERMEMENT QUE CETTE POLITIQUE EST D'IMPORTANCE VITALE POUR LE MAINTIEN DU DROIT À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DANS LE SYSTÈME DE RADIODIFFUSION CANADIENNE. UNE DÉCISION DE SUSPENDRE LA DIFFUSION D'UNE ÉMISSION OU DE MENER UNE ENQUÊTE SUR UNE SEULE ÉMISSION COMME «THE TAMING OF THE CANADIAN WEST» EST UNE DÉCISION DES PLUS SÉRIEUSES.

VOTRE LETTRE DU 21 MAI 1971 EST LE PREMIER AVIS AU CRTC DE VOTRE DÉSIR DE VOIR LES PLAINTES DE VOS CLIENTS EXAMINÉES EN AUDITION PUBLIQUE EN VERTU DE L'ARTICLE 19 DE LA LOI SUR LA RADIODIFFUSION. À LA

THE MATTERS RAISED ABOVE, AND THE WILLINGNESS EXPRESSED BY CTV TO MEET TO DISCUSS THE PROGRAMME, THE EXECUTIVE COMMITTEE IS NOT SATISFIED THAT IT WOULD BE IN THE PUBLIC INTEREST TO HOLD A HEARING ON YOUR CLIENTS' COMPLAINT. THE COMMISSION HOPES THAT YOUR CLIENTS AND THE CTV WILL PURSUE THIS MATTER AND THAT YOUR CLIENTS WILL AVAIL THEMSELVES OF THE OPPORTUNITY OFFERED TO THEM TO HAVE ANY INACCURACIES IN THE PROGRAMME CORRECTED OR SEEK OTHER SOLUTIONS WHICH COULD RESOLVE THE DIFFERENCES. COPY OF THIS TELEX SENT TO CTV.

It would appear from this that, by a letter dated May 21, 1971, Mr. Karswick requested that complaints of the applicants against a programme known as "The Taming of the Canadian West" be considered by the Canadian Radio-Television Commission at a public hearing under s. 19(2) of the *Broadcasting Act, 1967-68* (Can.), c. 25, which subsection reads, in part, as follows:

19. (2) A public hearing shall be held by the Commission, if the Executive Committee is satisfied that it would be in the public interest to hold such a hearing, in connection with

* * *

(c) a complaint by a person with respect to any matter within the powers of the Commission.

It also appears from the "telex" message of May 28, 1971, that the Executive Committee had not, at the time that that message was sent, been "satisfied that it would be in the public interest to hold a hearing" on the applicants' complaints.

This conclusion by the Executive Committee that it had not been satisfied that it would be in the public interest for the Canadian Radio-Television Commission to hold a hearing on the applicants' complaints is what this Court is being asked to review and set aside by the "Notice of Application" filed on June 7 last. That application is based on s. 28(1) of the *Federal Court Act*, which reads as follows:

28. (1) Notwithstanding section 18 or the provisions of any other Act, the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of

LUMIÈRE DES ÉLÉMENTS PRÉCITÉS ET DU DÉSIR EXPRIMÉ PAR LE RÉSEAU CTV DE PARTICIPER À UNE RÉUNION POUR DISCUTER DE L'ÉMISSION, LE COMITÉ DE DIRECTION N'EST PAS CONVAINCU QU'IL SERAIT DE L'INTÉRÊT PUBLIC DE TENIR UNE AUDITION PUBLIQUE SUR LA PLAINTÉ DE VOS CLIENTS. LE CONSEIL ESPÈRE QUE VOS CLIENTS ET LE RÉSEAU CTV DONNERONT SUITE À CETTE AFFAIRE ET QUE VOS CLIENTS SAISIRONT L'OCCASION QUI LEUR EST OFFERTE DE FAIRE CORRIGER TOUTE INEXACTITUDE QUE POURRAIT COMPORTER CETTE ÉMISSION OU DE RECHERCHER D'AUTRES SOLUTIONS POUVANT RÉGLER CE DIFFÉREND. COPIE DU PRÉSENT TELEX EST EXPÉDIÉE AU RÉSEAU CTV.

Ainsi, il semble que, par lettre du 21 mai 1971, M. Karswick ait demandé que les plaintes des requérants contre une émission intitulée «The Taming of the Canadian West» soient examinées en audition publique par le Conseil de la Radio-Télévision canadienne en vertu de l'art. 19(2) de la *Loi sur la radiodiffusion, 1967-68* (Can.), c. 25, dont voici un extrait:

19. (2) Le Conseil doit tenir une audition publique si le comité de direction est convaincu qu'il serait dans l'intérêt public de tenir une telle audition, au sujet

* * *

c) de la plainte d'une personne relativement à toute question relevant des pouvoirs du Conseil.

Il ressort également du message «telex» du 28 mai 1971 que le comité de direction n'était pas, au moment de son expédition, «convaincu qu'il serait dans l'intérêt public de tenir une audition» sur les plaintes des requérants.

Cette conclusion du comité de direction selon laquelle il n'était pas convaincu qu'il serait dans l'intérêt public de tenir une audition sur les plaintes des requérants est précisément ce que l'«avis de requête» déposé le 7 juin dernier demande à la Cour d'examiner et d'annuler. Cette requête est fondée sur l'art. 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* qui est ainsi rédigé:

28. (1) Nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, rendue par un

proceedings before a federal board, commission or other tribunal, upon the ground that the board, commission or tribunal

(a) failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;

(b) erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record; or

(c) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

While the matter that is before me today is an application for directions under Rule 1403, the effect of which would be to establish a programme for the section 28 proceeding, as there is an obvious and grave doubt as to the Court's jurisdiction in the matter, I am of the view that I should not proceed with the application for directions until the question of jurisdiction has been determined.

Apart from any other problem concerning the application of s. 28(1) in the circumstances of this matter, the application is, on the face of it, an application to set aside a "decision or order" that was made on May 28, 1971, whereas s. 61(1) of the *Federal Court Act* provides, among other things, that "Where this Act creates . . . a right to apply to the Court of Appeal under section 28 to have a decision or order reviewed and set aside, such right applies, . . . in respect of a . . . decision or order given or made after this Act comes into force . . .", and the *Federal Court Act* was brought into force by proclamation on June 1, 1971. It follows, in my opinion, that there is no right under s. 28(1) to apply to have a "decision or order" made on May 28, 1971, reviewed and set aside and, therefore, that this Court has no jurisdiction in the present matter.

For that reason, in my opinion, and on the circumstances as I appreciate them at this moment, this proceeding should be quashed under s. 52(a) of the *Federal Court Act*, which reads as follows:

52. The Court of Appeal may

office, une commission ou un autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral, au motif que l'office, la commission ou le tribunal

a) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;

b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier; ou

c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

Bien que l'affaire qui m'est soumise aujourd'hui soit une demande de directives faite en vertu de la Règle 1403, ayant pour effet d'établir un programme de la procédure prévue par l'art. 28, étant donné qu'il y a un doute évident et sérieux quant à la compétence de la Cour en cette matière, je crois devoir suspendre l'étude de la demande de directives jusqu'à ce que la question de compétence ait été tranchée.

Indépendamment de toute autre question relative à l'application de l'art. 28(1) aux circonstances de l'espèce, la requête est à première vue une requête en annulation d'une «décision ou ordonnance» rendue le 28 mai 1971, tandis que l'art. 61(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit entre autres que «lorsque la présente loi crée . . . le droit de demander à la Cour d'appel, en vertu de l'art. 28, d'examiner et rejeter une décision ou ordonnance, ce droit . . . s'applique à . . . une décision ou ordonnance rendue ou établie après l'entrée en vigueur de la présente loi . . .», et que la *Loi sur la Cour fédérale* est entrée en vigueur par proclamation le 1^{er} juin 1971. A mon avis, il en résulte que l'art. 28(1) n'accorde aucun droit de demander l'examen et l'annulation d'une «décision ou ordonnance» rendue le 28 mai 1971 et, partant, que cette Cour n'a pas compétence en l'espèce.

Pour ce motif et à la lumière des circonstances actuelles, je crois que la Cour devrait mettre fin à cette procédure en vertu de l'art. 52a) de la *Loi sur la Cour fédérale* que voici:

52. La Cour d'appel peut

(a) quash proceedings in cases brought before it in which it has no jurisdiction or whenever such proceedings are not taken in good faith . . .

However, before any judgment is given quashing such a proceeding, Rule 1100 must be invoked. That rule reads as follows:

RULE 1100. (1) An application to quash proceedings under section 52(a) of the Act may be made at any time, but failure to move promptly may, in the discretion of the Court, be ground for a special order as to costs of the motion and of the proceedings.

(2) The Court of Appeal may of its own motion make an order under section 52(a) quashing proceedings after giving the appellant and any other interested party an opportunity to be heard.

In the circumstances, it would seem appropriate to adjourn this application for directions pending a determination of the question of jurisdiction. I should hope that, unless the application is withdrawn, the respondents or the Deputy Attorney General of Canada will make a motion to quash, under Rule 1100(1), so as to raise the matter of jurisdiction. If no such motion is made within 10 days, and the application under s. 28 is not withdrawn, having regard to s. 28(5), which imposes a duty on the Court to hear and determine section 28 matters without delay, I anticipate that the Court will issue a direction, under Rule 1100(2), giving the parties an opportunity to be heard on the jurisdiction question. I further anticipate that the Court would consist of three judges for any hearing under Rule 1100.

That is all that I need to say to explain why I have concluded that I should adjourn this application for directions to be brought on again by the applicant forthwith after such time, if any, as the Court decides that it has jurisdiction in the section 28 proceeding. I should not, however, leave the matter without indicating that, in my view, there are much more difficult questions concerning the application of s. 28(1) than the rather simple matter of the date of the "decision or order".

Probably the most important question that has to be decided concerning the application of s. 28(1) is the question as to the meaning of the

a) mettre fin aux procédures dans les causes intentées devant elle, lorsqu'elle n'a pas compétence ou que ces procédures ne sont pas engagées de bonne foi . . .

Cependant, avant de rendre un jugement mettant fin à une procédure de ce genre, il faut tenir compte de la Règle 1100. Elle est ainsi rédigée:

RÈGLE 1100. (1) Une demande prévue par l'article 52a) de la Loi visant à mettre fin à des procédures peut être faite à tout moment, mais l'omission de présenter la requête promptement peut, à la discrétion de la Cour, donner lieu à une ordonnance spéciale quant aux dépens afférents à la requête et aux procédures.

(2) La Cour d'appel pourra, de sa propre initiative, rendre en vertu de l'article 52a) une ordonnance mettant fin aux procédures, après avoir donné à l'appelant et à toute autre partie intéressée la possibilité de se faire entendre.

En l'espèce, il semble opportun de différer cette demande de directives en attendant une réponse à la question de compétence. J'ose espérer que, à moins que la requête ne soit retirée, les intimés ou le sous-procureur général du Canada présenteront une requête en vertu de la Règle 1100(1) pour mettre fin aux procédures, de façon à soulever la question de compétence. Si cette requête n'est pas présentée dans un délai de 10 jours et si la requête présentée en vertu de l'art. 28 n'est pas retirée, je prévois que la Cour, en raison de l'art. 28(5) qui lui impose le devoir d'entendre et de juger sans délai les demandes présentées en vertu de l'art. 28, émettra une directive en vertu de la Règle 1100(2) donnant aux parties la possibilité de se faire entendre sur la question de compétence. Je m'attends également à ce que la Cour soit composée de trois juges pour toute audition tenue en vertu de la Règle 1100.

Cela suffit à expliquer pourquoi j'ai conclu que je dois différer cette demande de directives, quitte à ce que les requérants la présentent à nouveau dès que la Cour aura déclaré, si tel est le cas, qu'elle a compétence en ce qui concerne les procédures prévues à l'art. 28. Je ne voudrais toutefois pas terminer sans signaler qu'il existe à mon avis, relativement à l'application de l'art. 28(1), des questions beaucoup plus difficiles que celle, relativement simple, de la date de la «décision ou ordonnance».

La question la plus importante à trancher relativement à l'application de l'art. 28(1) est probablement celle de la signification des

words "decision or order". Clearly, those words apply to the decision or order that emanates from a tribunal in response to an application that has been made to it for an exercise of its powers after it has taken such steps as it decides to take for the purpose of reaching a conclusion as to what it ought to do in response to the application. I should have thought, however, that there is some doubt as to whether those words—i.e., decision or order—apply to the myriad of decisions or orders that the tribunal must make in the course of the decision-making process. I have in mind decisions such as

- (a) decisions as to dates of hearings,
- (b) decisions on requests for adjournments,
- (c) decisions concerning the order in which parties will be heard,
- (d) decisions concerning admissibility of evidence,
- (e) decisions on objections to questions to witnesses, and
- (f) decisions on whether it will permit written or oral arguments.

Any of such decisions may well be a part of the picture in an attack made on the ultimate decision of the tribunal on the ground that there was not a fair hearing. If, however, an interested party has a right to come to this Court under s. 28 on the occasion of every such decision, it would seem that an instrument for delay and frustration has been put in the hands of parties who are reluctant to have a tribunal exercise its jurisdiction, which is quite inconsistent with the spirit of s. 28(5). A similar question arises where a tribunal proceeds by stages in reaching a conclusion on the ultimate matter that it has to decide (compare *Smith Kline & French Inter-American Corp. v. Micro Chemicals Ltd* [1968] 1 Ex.C.R. 326, at pages 326 to 330), and I have doubts that s. 28(1) authorizes an application in such a case before the ultimate decision is reached. I also have doubts as to whether a refusal by a tribunal to entertain an application or its decision to embark on an inquiry is a decision that falls within s. 28(1). It may well be that, in respect of such matters, the dividing line falls between decisions of a tribunal before it

termes «décision ou ordonnance». Ces termes s'appliquent clairement à la décision ou ordonnance émanant d'un tribunal en réponse à une requête lui demandant d'exercer ses pouvoirs après avoir adopté la procédure qu'il décide d'adopter pour conclure sur ce qu'il doit faire en réponse à la demande. Je suis enclin à croire, cependant, qu'il est douteux que ces termes—i.e., décision ou ordonnance—s'appliquent aux innombrables décisions ou ordonnances que le tribunal doit rendre au cours des procédures qui aboutissent au prononcé du jugement. J'ai à l'esprit des décisions telles que

- a) des décisions relatives aux dates d'audition,
- b) des décisions sur des requêtes en ajournement,
- c) des décisions concernant l'ordre d'audition des parties,
- d) des décisions ayant trait à l'admissibilité de la preuve,
- e) des décisions sur des objections à des questions posées aux témoins, et
- f) des décisions sur l'autorisation de présenter une argumentation écrite ou orale.

Chacune de ces décisions peut fort bien faire partie du tableau lors d'un pourvoi à l'encontre de la décision ultime du tribunal au motif qu'il n'y a pas eu une audition loyale. Cependant, si une partie intéressée a le droit de s'adresser à cette Cour en vertu de l'art. 28 chaque fois qu'une décision de ce genre est rendue, il semble qu'on ait mis entre les mains de parties peu disposées à ce qu'un tribunal exerce sa compétence un moyen dilatoire et frustratoire incompatible avec l'esprit de l'art. 28(5). Une question semblable se soulève lorsqu'un tribunal procède par étapes pour arriver à trancher le problème ultime qu'il doit trancher (comparer *Smith Kline & French Inter-American Corp. c. Micro Chemicals Ltd*. [1968] 1 R.C.É. 326, aux pages 326 à 330), et je doute que l'art. 28(1) autorise une demande en ce sens avant qu'on ne soit arrivé à la décision ultime. Je doute également que le refus d'un tribunal de connaître d'une requête ou sa décision de procéder à une enquête entrent dans le cadre de l'art. 28(1). A ce sujet, il se peut fort bien que la ligne de partage se situe entre des décisions d'un tribu-

embarks, and completes, its processing of a matter, where a party must proceed by one of the old Crown writ proceedings and build a case upon which the Court may decide whether he is entitled to relief, and decisions based on a case which has been made before the tribunal, where the Court of Appeal may base its decision on what was or was not done before the tribunal.

I do not pretend to have formulated any view as to what the words "decision or order" mean in the context of s. 28(1), but it does seem to me that what is meant is the ultimate decision or order taken or made by the tribunal under its statute and not the myriad of incidental orders or decisions that must be made in the process of getting to the ultimate disposition of a matter.

Another question that must be decided in some cases, and it seems to me that it may be raised by this application, is whether a particular decision or order is outside the ambit of s. 28(1) because it is a "decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis". A typical example of such a decision or order is a decision or order made by a minister in the process of carrying out his statutory function of managing his department. There is a question in my mind, having regard to the way s. 19 of the *Broadcasting Act* is formulated, as to whether that section is not making the question as to whether a particular complaint should be dealt with by "public hearing" or in some other way that complies with basic principles, one of absolute unconditional discretion for the Executive Committee.

It must be understood that I am expressing no opinion on these questions but I am raising them so that counsel will be prepared to assist the Court on them when they arise in a particular matter.

It perhaps would not be inappropriate for me to say that I have had drawn to my attention a decision of Walsh J. [See *National Indian Brotherhood et al. v. Juneau et al.*, immediately preceding this case—Ed.] concerning an application, in connection with this same matter, under s. 18 of the *Federal Court Act*,

nal avant qu'il n'entreprenne et n'achève l'instruction d'une affaire où une partie doit procéder par la voie des anciennes procédures de la Couronne et instituer une action où la Cour peut décider s'il a droit à réparation, et des décisions fondées sur une action déjà présentée au tribunal où la Cour d'appel peut fonder sa décision sur ce qui a été fait ou ne l'a pas été devant ce tribunal.

Je ne prétends pas avoir formulé d'opinion quant au sens des termes «décision ou ordonnance» dans le contexte de l'art. 28(1), mais il me semble que l'on veut dire qu'il s'agit d'une décision ou ordonnance ultime prise ou rendue par le tribunal en vertu de sa constitution et non pas la myriade d'ordonnances ou de décisions accessoires qui doivent être rendues avant de trancher définitivement l'affaire.

Une autre question qui doit parfois être tranchée, et il me semble qu'elle pourrait être soulevée à l'occasion de cette requête, est de savoir si une décision ou ordonnance particulière n'entre pas dans le cadre de l'art. 28(1) du seul fait qu'il s'agit d'une «décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire». Un exemple typique serait une décision ou ordonnance rendue par un ministre dans l'exercice de ses fonctions légales de dirigeant de son ministère. J'ai à l'esprit une question relative au libellé de l'art. 19 de la *Loi sur la radiodiffusion*: cet article ne fait-il pas de la question de savoir si une plainte particulière doit être traitée en «audition publique» ou d'une autre façon conforme aux principes fondamentaux, une question laissée à la discrétion absolue du comité de direction?

L'on doit bien comprendre que je n'émetts pas d'opinion sur ces questions; je ne fais que les soulever, de sorte que les avocats soient bien préparés à aider la Cour à les résoudre quand elles se présenteront.

Il serait peut-être opportun de dire qu'on a attiré mon attention sur une décision du juge Walsh [*National Indian Brotherhood et al. v. Juneau et al.*, précédant immédiatement cette procédure] concernant une requête relative à cette même affaire, présentée en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, et qu'à mon

and that, in my view, a judge of the Trial Division should not feel any reluctance to decide a question concerning the jurisdiction of the Court of Appeal when that question is incidental to determining the jurisdiction of the Trial Division. He has just as much right to decide such a question when it arises before him as the Court of Appeal has when it arises in this Court.

avis, un juge de la Division de première instance ne doit pas se sentir embarrassé pour trancher une question relative à la compétence de la Cour d'appel lorsque cette question est accessoire à la détermination de la compétence de la Division de première instance. Il a tout autant le droit de trancher une telle question lorsqu'elle se présente à lui que l'a la Cour d'appel lorsqu'elle lui est présentée.

Dow Chemical Company (Plaintiff)

v.

Firestone Tire & Rubber Company and Carl W. Shroeder, Hans E. Lunk and Marshall E. Doyle (Defendants)

Trial Division, Walsh J.—Toronto, June 14; Ottawa, June 23, 1971.

Practice—Patent conflict action—Order allowing 30 days to file defence—Expiration of time in long vacation—Whether order extending time required—Federal Court Rules 3(1)(b), 701(7).

Defendants in a patent conflict action were by order of Gibson J. on June 1, 1971, under Federal Court R. 701, given 30 days (i.e. until July 1, 1971) to file and serve statements of defence and counterclaim. Under R. 3(1)(b) the long vacation is normally excluded in computing time. Rule 701(7) declares that "... no ... period fixed by these Rules can be extended in a proceeding under this rule without an order of the Court".

Held, in view of the doubt to which these rules give rise, an order should be made extending the time for filing statements of defence and counterclaim until August 1, 1971.

MOTION.*D. S. Johnston, Q.C.*, for applicants.*R. T. Hughes*, contra.

WALSH J.—On June 1, 1971, by order of Gibson J. each of the defendants was given 30 days from the date of the order to file and serve upon plaintiff and upon the other defendants an individual statement of defence and counterclaim against the plaintiff and the other defendants, in which they might raise such defences and issues as are stipulated in s. 45(8) of the *Patent Act* as such defendants might deem fit.

On the application argued before me at Toronto on June 14, 1971, defendants asked for a declaration that the time of the long vacation should not be reckoned in the computation of the time set in the order of Gibson J. within which to file a statement of defence and counterclaim, or in the alternative for an order under R. 701(7) extending the time within which to

Dow Chemical Company (Demanderesse)

c.

Firestone Tire & Rubber Co. et Carl W. Shroeder, Hans E. Lunk et Marshall E. Doyle (Défenderesses)

Division de première instance, le Juge Walsh—Toronto, le 14 juin; Ottawa, le 23 juin 1971.

Pratique—Action en matière de conflit entre des brevets—Ordonnance allouant un délai de 30 jours pour le dépôt de la défense—Délai expirant pendant les grandes vacances—Une ordonnance prolongeant le délai est-elle nécessaire?—Règles 3(1)(b), 701(7) de la Cour fédérale.

Une ordonnance du juge Gibson du 1^{er} juin 1971, rendue en vertu de la Règle 701 de la Cour fédérale, avait alloué aux défenderesses à une action en matière de conflit entre des brevets 30 jours (c'est-à-dire jusqu'au 1^{er} juillet 1971) pour déposer et signifier leurs défenses et leur demande reconventionnelle. Les grandes vacances ne comptent normalement pas, en vertu de la Règle 3(1)(b), dans le calcul du délai. La Règle 701(7) indique que «... aucun... délai fixé par les présentes Règles ne peut être prolongé sans ordonnance de la Cour dans une procédure à laquelle s'applique la présente règle».

Arrêt: en raison du doute que soulèvent ces Règles, il convient de rendre une ordonnance prolongeant le délai de dépôt des défenses et de la demande reconventionnelle jusqu'au 1^{er} août 1971.

REQUÊTE.*D. S. Johnston, c.r.*, pour les requérants.*R. T. Hughes* pour la partie adverse.

LE JUGE WALSH—Le 1^{er} juin 1971, le juge Gibson accordait par ordonnance à chacun des défendeurs un délai de 30 jours, à compter de cette date, pour produire et signifier individuellement à la demanderesse et aux autres défendeurs une défense et une demande reconventionnelle, leur permettant de soulever les moyens de défense et les points litigieux énoncés à l'art. 45(8) de la *Loi sur les brevets* qu'ils auraient pu juger utiles.

Dans la requête qui m'a été présentée à Toronto, le 14 juin 1971, les défendeurs demandaient soit une déclaration selon laquelle les grandes vacances ne devaient pas être incluses dans le calcul du délai fixé par l'ordonnance du juge Gibson pour produire une défense et une demande reconventionnelle, soit une ordonnance rendue en vertu de la Règle 701(7), prolongeant jusqu'au 1^{er} septembre 1971 le délai

file a statement of defence, counterclaim and supporting affidavit until September 1, 1971.

The 30 days provided for in the judgment of Gibson J. would, by virtue of s. 25(1) of the *Interpretation Act* 1967-68 (Can.), c. 7, incorporated in the Rules of this Court as R. 3(1), expire on July 1 as the day of the order would be excluded in reckoning the 30 days, and hence would fall during the long vacation. Counsel for the parties conceded that this was not discussed during the hearing before Gibson J. nor was his mind directed to the possible consequences of this.

Defendants contend that by virtue of R. 3(1) (b) which reads as follows:

3. (1) Unless the contrary otherwise appears, the computation of time under these Rules, or under any order or judgment of the Court, is governed by section 25 of the *Interpretation Act*, chapter 7 of 1967 . . . and by the following provisions:

* * *

(b) subject to Rule 402(3), the time of the Long and Christmas Vacations shall not be reckoned in the computation of the time for filing, amending or serving any pleading or other document, unless otherwise directed by the Court,

they are not obliged to plead until September 1, 1971, despite the order of Gibson J. of June 1, 1971, giving them 30 days to do so. His order was made by virtue of R. 701 which is in a special section of the Rules dealing with "Conflicting Applications for a Patent" and R. 701(7) reads as follows:

701. (7) Notwithstanding Rule 3(1)(d), the period of 30 days fixed by paragraph (3) cannot be extended except by an order of the Court. Similarly, no other period fixed by these Rules can be extended in a proceeding under this rule without an order of the Court.

As there is some uncertainty, defendants are asking for an extension of the delay by an order of the Court in the event that R. 3(1)(b) does not apply so as to automatically extend this delay.

Rule 3(1)(d), to which R. 701(7) refers, permits the parties by consent to agree to extend the delays fixed by the Rules or an order, so R. 701(7) prevents the extension of the delay by

pour produire une défense ainsi qu'une demande reconventionnelle assortie de l'affidavit qui l'accompagne.

Les 30 jours prévus par le jugement du juge Gibson devaient, en vertu de l'art. 25(1) de la *Loi d'interprétation* 1967-68, (Can.), c. 7, incorporée à la Règle 3(1) des Règles de cette Cour, expirer le 1^{er} juillet, c'est-à-dire pendant les grandes vacances, le jour de l'ordonnance n'étant pas inclus dans le calcul des 30 jours. Les avocats des parties ont reconnu que ceci n'avait pas été discuté au cours de l'audition devant le juge Gibson et que celui-ci n'avait pas pensé aux conséquences possibles de sa décision.

Les défendeurs soutiennent qu'en vertu de la Règle 3(1)(b) que voici:

3. (1) Sauf dispositions contraires, le calcul des délais prévus par les présentes Règles ou par une ordonnance ou un jugement de la Cour est régi par l'article 25 de la *Loi d'interprétation*, chapitre 7 des *Statuts* de 1967 . . . et par les dispositions suivantes:

* * *

b) sous réserve de la Règle 402(3), les grandes vacances et les vacances de Noël ne comptent pas dans le calcul des délais accordés pour le dépôt, la rectification ou la signification d'une plaidoirie ou d'un autre document, sauf instructions contraires de la Cour,

ils ne sont pas obligés de plaider avant le 1^{er} septembre 1971, malgré l'ordonnance rendue par le juge Gibson le 1^{er} juin 1971 leur donnant 30 jours pour le faire. Son ordonnance a été rendue en vertu de la Règle 701 qui est un article spécial des Règles sur les «conflits entre des demandes de brevet» et la Règle 701(7) dispose:

701. (7) Nonobstant la Règle 3(1)(d), le délai de 30 jours fixé par le paragraphe (3) ne peut être prolongé que par une ordonnance de la Cour. De même, aucun autre délai fixé par les présentes Règles ne peut être prolongé sans ordonnance de la Cour dans une procédure à laquelle s'applique la présente règle.

Dans l'incertitude et dans le cas où la Règle 3(1)(b) inapplicable ne pourrait prolonger automatiquement ce délai, les défendeurs demandent une prolongation du délai par ordonnance de la Cour.

La Règle 3(1)(d), à laquelle se réfère la Règle 701(7), autorise les parties à s'entendre pour prolonger les délais fixés par les Règles ou une ordonnance; de même, la Règle 701(7) empê-

consent. It does not specifically exclude, however, the application of R. 3(1)(b), from which it might be inferred that this Rule still applies even in matters dealing with conflicting applications for a patent. However, the second sentence of R. 701(7) provides that "no other period fixed by these Rules can be extended in a proceeding under this rule without an order of the Court". Counsel for defendants argued that while the "period" i.e. the 30 day period fixed by R. 701(3) and applied in the judgment of Gibson J. could not be extended without an order of the Court, the manner of computation of it still applies, so that the period is in effect extended by the application of R. 3(1)(b).

As there is some doubt in this matter, and especially as the 30 day period was not one automatically provided for in the Rules but results from an order of Gibson J., I believe that it is preferable that, if it is to be extended, a further order should be made. A two-month extension appears excessive, however, although counsel for defendants claims the pleadings will be complex.

I therefore extend the delay of 30 days fixed in the order of Gibson J. for a further period to expire on August 1, 1971, costs to be in the event of the cause.

che, par consentement des parties, la prolongation des délais. Cependant, cela n'exclut pas nécessairement l'application de la Règle 3(1)(b) et l'on peut en déduire que celle-ci s'applique toujours, même en cas de conflit entre des demandes de brevet. La seconde phrase de la Règle 701(7) prévoit cependant qu'«aucun autre délai fixé par les présentes Règles ne peut être prolongé sans ordonnance de la Cour, dans une procédure à laquelle s'applique la présente règle». L'avocat des défendeurs a soutenu que même si «le délai», c'est-à-dire la période de 30 jours fixée par la Règle 701(3) sur laquelle s'appuie le juge Gibson, ne pouvait être prolongé sans une ordonnance de la Cour, la façon de le calculer restait la même et ce délai se trouvait en fait prolongé par application de la Règle 3(1)(b).

Comme il y a quelque doute en la matière et que, tout particulièrement, le délai de 30 jours n'était pas l'un de ceux automatiquement prévus par les Règles mais résultait d'une ordonnance du juge Gibson, je crois qu'il est préférable, s'il doit être prolongé, de rendre une autre ordonnance à cet effet. Une prolongation de deux mois semble cependant excessive même si l'avocat des défendeurs prétend que les plaidoiries seront complexes.

Je prolonge par conséquent le délai de 30 jours, fixé par l'ordonnance du juge Gibson, d'une période supplémentaire devant expirer le 1^{er} août 1971, les frais à suivre la cause.

Kayser-Roth Canada (1969) Limited (Plaintiff)

v.

Fascination Lingerie Inc. (Defendant)

Trial Division, Noël A.C.J., Montreal, April 27; Ottawa, May 7, June 16, 24, 1971.

Trade Marks—Infringement—Pleadings—Amendment—Corporate name of defendant, whether infringement of plaintiff's trade mark—Corporate name not a "personal" name—Defendant's right to order permitting use of mark in defined area—Trade Marks Act, 1953, c. 49, secs. 17(1), (2), 20(a), 21(1).

Plaintiff sued defendant, a company incorporated in Quebec in 1969, for infringement of the trade mark *Fascination* registered by plaintiff in 1968 in respect of lingerie. Defendant pleaded prior use and, pursuant to leave granted, also sought an order under s. 21(1) of the *Trade Marks Act* authorizing it to use its confusing trade mark in Quebec.

Held: (1) It was no defence to the action that under the *Quebec Companies Act* defendant was entitled and obliged to operate under its corporate name. *Boston Rubber Shoe Co. v. Boston Rubber Co. of Montreal* (1901-02) 32 S.C.R. 315, followed.

(2) A corporate name is not a "personal" name within the meaning of s. 20(a) of the *Trade Marks Act*.

(3) The court could not grant defendant the order sought under s. 21(1) of the *Trade Marks Act*. An order can only be made under s. 21(1) if a registered trade mark is entitled to the protection of s. 17(2), viz, if (1) it was registered more than 5 years before proceedings are commenced, and (2) plaintiff adopted it without knowledge of previous user. Neither condition obtained here. Furthermore, the fact that the registration of plaintiff's trade mark could be held invalid under s. 17(1) if defendant had sought that relief did not enable defendant to obtain the relief it claimed under secs. 21(1) and 17(2).

ACTION for infringement of registered trade mark.

This judgment was delivered in two parts, the first part on May 7, 1971, the second part on June 24, 1971.

Kayser-Roth Canada (1969) Limited (Demanderesse)

c.

Fascination Lingerie Inc. (Défenderesse)

Division de première instance, le juge en chef adjoint Noël. Montréal, le 27 avril; Ottawa, le 7 mai et les 16 et 24 juin 1971.

Marques de commerce—Contrefaçon—Plaidoiries—Rectification—La raison sociale de la défenderesse constitue-t-elle une contrefaçon de la marque de commerce de la demanderesse?—La raison sociale n'est pas un nom «personnel»—Droit de la défenderesse d'obtenir une ordonnance l'autorisant à utiliser une marque dans un secteur déterminé—Loi sur les marques de commerce, 1953, c. 49, art. 17(1), (2), 20a), 21(1).

La demanderesse a poursuivi la défenderesse, compagnie incorporée au Québec en 1969, en contrefaçon de la marque de commerce *Fascination*, déposée par la demanderesse en 1968 pour de la lingerie. La défenderesse a plaidé qu'elle en était la première utilisatrice et a cherché, par suite d'une autorisation, à obtenir en vertu de l'article 21(1) de la *Loi sur les marques de commerce* une ordonnance l'autorisant à utiliser au Québec sa marque de commerce pouvant prêter à confusion.

Arrêt: (1) Le fait qu'en vertu de la *Loi des compagnies du Québec*, la défenderesse était fondée à fonctionner sous sa raison sociale et en avait l'obligation, ne constitue pas un moyen de défense à l'action. Confirmation de l'affaire *Boston Rubber Shoe Co. c. Boston Rubber Co. of Montreal* (1901-1902) 32 R.C.S. 315.

(2) Une raison sociale n'est pas un nom «personnel» au sens de l'article 20a) de la *Loi sur les marques de commerce*.

(3) La Cour ne pouvait pas accorder à la défenderesse l'ordonnance sollicitée en vertu de l'article 21(1) de la *Loi sur les marques de commerce*. On ne peut, en vertu de l'article 21(1), rendre une ordonnance que dans le cas où la marque de commerce déposée bénéficie de la protection de l'article 17(2), savoir: (1) lorsqu'elle a été déposée plus de cinq ans avant le début des poursuites et (2) lorsque le demandeur l'a adoptée en ne sachant pas qu'il existait un précédent utilisateur. Aucune de ces conditions n'était réunie dans la présente espèce. De plus, le fait que le dépôt de la marque de commerce de la demanderesse aurait pu en vertu de l'article 17(1) être déclaré sans valeur si la défenderesse avait recherché ce moyen de défense ne permettait pas à celle-ci d'obtenir la réparation qu'elle demandait en vertu des articles 21(1) et 17(2).

ACTION en contrefaçon d'une marque de commerce déposée.

Ce jugement a été rendu en deux fois, la première le 7 mai 1971, la seconde le 24 juin 1971.

Christopher Robinson, Q.C., for plaintiff.

Vincent Drouin for defendant.

NOËL A.C.J. [May 7, 1971]—The plaintiff, Kayser-Roth Canada (1969) Ltd, a company incorporated and subsisting under the laws of Canada, with its principal place of business at London, Ontario, prays for the issuance of an injunction restraining the defendant, Fascination Lingerie Inc., a company incorporated and subsisting under the laws of Quebec, with its principal office in the city of Montreal, P.Q. from further infringing its trade mark *Fascination*, registered under number 157,447, in respect of lingerie, on June 28, 1968. Although plaintiff alleged that the defendant had infringed two other trade marks, that it had passed off its goods for those of the plaintiff and had done acts and adopted a business practice contrary to honest industrial and commercial usage in Canada, Mr. Robinson, plaintiff's counsel, at the trial stated that his client was content to rely only on the alleged infringement by defendant of that trade mark bearing number 157,447, thereby abandoning the other causes of action. He also stated that plaintiff had no intention of pressing for damages.

Defendant in its defence merely prays for the dismissal of plaintiff's action on the basis of prior use of the word "fascination" in association with lingerie. He indeed relies on the fact that one Maurice Bagdoo, with whom Claude Lapierre, the owner of the defendant corporation, was associated in business, had caused a clothing manufacturing firm to be registered on October 21, 1966, with the protonotary of the Superior Court, in Montreal, under the name of Lingerie Fascination Enr. On April 18, 1967, Bagdoo assigned all his rights to Claude Lapierre who, on the same day, registered the name of the firm in his own name. On January 3, 1969, letters patent were issued under Part I of the *Quebec Companies Act*, R.S.Q. 1964, c. 271, whereby the defendant was incorporated under the name of Lingerie Fascination Inc., Claude Lapierre having authorized the incorporation and being one of its principal shareholders. Since the incorporation of the defendant

Christopher Robinson, c.r., pour la demanderesse.

Vincent Drouin pour la défenderesse.

LE JUGE EN CHEF ADJOINT NOËL [le 7 mai 1971]—La demanderesse, Kayser-Roth Canada (1969) Limited, compagnie dûment incorporée en vertu des lois du Canada, avec siège social à London, Ontario, demande qu'une injonction soit décernée contre la défenderesse, Fascination Lingerie Inc., compagnie dûment incorporée en vertu des lois de Québec, avec siège social dans la cité de Montréal, P.Q., lui défendant de continuer à violer sa marque de commerce, enregistrée le 28 juin 1968, sous le numéro 157,447, relativement à de la lingerie. Bien que la demanderesse ait allégué que la défenderesse avait violé deux autres marques de commerce, qu'elle avait fait passer ses produits pour ceux de la demanderesse et qu'elle avait adopté des méthodes d'affaires contraires aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada, M. Robinson, le procureur de la demanderesse, déclara à l'enquête que son client n'entendait invoquer que la violation par la défenderesse de la marque de commerce enregistrée sous le numéro 157,447 et abandonnait les autres causes d'action. Il déclara aussi que son client n'avait pas l'intention de réclamer des dommages.

La défenderesse, dans son plaidoyer de défense, demande le rejet de l'action qu'elle fonde sur l'usage antérieur du mot «fascination» relativement à de la lingerie. Elle invoque le fait qu'un certain Maurice Bagdoo, avec qui Claude Lapierre, le propriétaire de la compagnie défenderesse était en relation d'affaires, a enregistré une raison sociale fabricante de vêtements, le 21 octobre 1966, chez le protonotaire de la Cour supérieure à Montréal, sous le nom de Lingerie Fascination Enr. Le 18 avril 1967, Bagdoo céda tous ses droits à Claude Lapierre, qui, le même jour, fit enregistrer le nom de la raison sociale sous son nom. Le 3 janvier 1969, des lettres patentes furent décernées en vertu de la Partie I de la *Loi sur les compagnies de Québec*, S.R.Q. 1964, c. 271, par lesquelles la défenderesse fut incorporée sous le nom de Lingerie Fascination Inc., Claude Lapierre ayant consenti à l'incorporation et étant un de ses principaux actionnaires. Depuis la constitu-

corporation, Bagdoo's lingerie business of manufacturing and selling lingerie has been conducted under the corporate name, defendant alleging that such business has been carried out in the Province of Quebec. It also points out in its defence that the plaintiff does not, to the knowledge of the defendant's officers, use the trade mark *Fascination* lingerie in Quebec but sells its products under the name of "Kayser Lingerie". Defendant says that it never tried to profit, nor in fact profited, from the reputation of the plaintiff and that the consumers or merchants have never confused the respective products of the parties involved. Defendant finally alleges that it is a small manufacturer who has built up locally a reputation under the name *Fascination* which the plaintiff appears to want to profit by. Defendant, as already mentioned, then prays for the dismissal of the action with costs.

From the evidence produced at the trial, it is clear that the plaintiff is the registered owner of the trade mark *Fascination* for lingerie and in virtue of s. 19 of the *Trade Marks Act* "the registration of a trade mark in respect of any wares or services, unless shown to be invalid, gives to the owner the exclusive right to the use throughout Canada of such trade mark in respect of such wares or services". Furthermore, there is no question that defendant has used and is using the same word "fascination" for the same goods, lingerie. The defendant's invoice forms carry indeed the heading "Manufacturers of fine lingerie" and *Fabricant de fine lingerie* in French and three forms of packaging of defendant, Exhibits P-2, P-3 and P-4, have the word "fascination" inscribed thereon. The packaging of Ex. P-2 also carries the word "Lingerie" and Ex. P-3 the words "lingerie Inc.". The label of Ex. P-2 carries the words "Fascination Lingerie Montreal", the label of Ex. P-3 carries the words "fascination Lingerie Inc." and the label of Ex. P-4 carries the words "Fascination Lingerie Montreal".

There is, therefore, ample evidence that the defendant has, in selling its products, infringed plaintiff's registered trade mark *Fascination*

tion de la défenderesse en corporation, le commerce de fabrication et de vente de lingerie de Bagdoo fut exercé sous le nom corporatif la défenderesse alléguant que ce commerce s'exerça dans la province de Québec. Elle signala aussi dans son plaidoyer de défense que la demanderesse, selon les officiers de la défenderesse, n'utilise pas la marque de commerce *Fascination* lingerie dans le Québec mais vend ses produits sous le nom de «Kayser Lingerie». La défenderesse soumet qu'elle n'a jamais tenté de profiter, ni n'a-t-elle en fait profité, de la réputation de la demanderesse et que les consommateurs et les marchands n'ont jamais confondu les produits respectifs des parties en cause. La défenderesse allègue finalement qu'elle est un petit fabricant qui a réussi à se bâtir localement une réputation sous le nom de *Fascination* que la demanderesse semble vouloir utiliser.

La preuve à l'enquête révèle clairement que la demanderesse est la propriétaire enregistrée de la marque de commerce *Fascination* pour lingerie et en vertu de l'art. 19 de la *Loi sur les marques de commerce* «l'enregistrement d'une marque de commerce à l'égard de marchandises ou services, sauf si son invalidité est démontrée, donne au propriétaire le droit exclusif à l'emploi, dans tout le Canada, de cette marque de commerce en ce qui regarde ces marchandises ou services». De plus, il est incontestable que la défenderesse a utilisé, et utilise encore, le même mot «fascination» pour les mêmes produits, soit de la lingerie. Les factures de la défenderesse portent à l'entête les mots *Manufacturers of fine lingerie*, en anglais, et «Fabricant de fine lingerie» en français et le mot «fascination» est inscrit sur trois types d'emballage de la défenderesse, les pièces P-2, P-3 et P-4. Le mot «lingerie» est inscrit aussi sur l'emballage pièce P-2, et les mots «Lingerie Inc.» sont inscrits sur la pièce P-3. Les mots «Fascination Lingerie Montréal» sont inscrits sur l'étiquette de la pièce P-2, les mots «Fascination Lingerie Inc.» sur la pièce P-3 et les mots «Fascination Lingerie Montréal» sur la pièce P-4.

Il existe, par conséquent, une preuve abondante que la défenderesse a, en vendant ses produits, violé la marque de commerce enregis-

and the latter would, therefore, be entitled to obtain judgment unless, of course, defendant has raised a valid defence.

The defendant, at the trial, merely established the facts alleged in paragraphs 10, 11, 12, 13, 14, 15 and 16 of its plea that Bagdoo had caused a registration at the protonotary's office, in Montreal, of the firm name of "Lingerie Fascination Enr.", that he had assigned all his rights to Claude Lapierre who had in turn registered the firm name with the protonotary at Montreal on April 18, 1967, and that Lapierre had, on January 8, 1969, incorporated a Quebec company under the name of Lingerie Fascination Inc. Defendant did not allege, however, the exact area where it has sold or sells its products, Lapierre merely stating in his evidence that his company's products are sold through a department store, Dupuis & Frères, and other similar outlets in the city of Montreal. There was indeed no evidence that the defendant sells beyond the city of Montreal.

Counsel for the defendant relies on three propositions. His first is that defendant's corporate name is the only one under which it is legally entitled and obliged to operate under the *Quebec Companies Act* and that the only manner in which one can complain of any prejudice caused by the use of the name is the procedure whereby the name of the corporation can be modified under s. 19 of the *Quebec Companies Act*, R.S.Q. 1964, c. 271. I am afraid that the position taken here by counsel for the defendant cannot be sustained. In *Boston Rubber Shoe Co. v. Boston Rubber Co. of Montreal* (1901-02) 32 S.C.R. 315, the Supreme Court of Canada decided that defendant's use of its corporate name was an infringement of plaintiff's registered trade mark¹ and should be enjoined. Although the Court in that case decided that the infringement was fraudulent, there is authority for the proposition that even an innocently adopted trade name or trade mark will be enjoined (*cf* Fox, *Canadian Law of Trade Marks*, vol. II, pp. 850 and 851 and the authorities there referred to).

trée de la demanderesse *Fascination* et cette dernière aurait, par conséquent, droit d'obtenir jugement à moins, évidemment, que la défenderesse ait soulevé une bonne défense.

La défenderesse, à l'enquête, ne fit qu'établir les faits allégués aux paragraphes 10, 11, 12, 13, 14, 15 et 16 de sa défense, soit que Bagdoo avait fait enregistrer la raison sociale de «Lingerie Fascination Enr.» au bureau du protonotaire, à Montréal, qu'il avait cédé tous ses droits à Claude Lapierre qui, à son tour, fit enregistrer cette raison sociale chez le protonotaire, à Montréal, le 18 avril 1967 et que Lapierre, le 8 janvier 1969, fit incorporer une compagnie du Québec sous le nom de Lingerie Fascination Inc. La défenderesse n'alléguait pas, cependant, le secteur exact dans lequel elle a vendu, ou vend ses produits, Lapierre déclarant tout au plus dans son témoignage que les produits de sa compagnie sont vendus par l'entremise d'un magasin à rayons, Dupuis & Frères, et autres débouchés semblables dans la cité de Montréal. Il n'y eut, en effet, aucune preuve que la défenderesse vend au-delà de la cité de Montréal.

Le procureur de la défenderesse soumet trois propositions. Sa première est que le nom corporatif de la défenderesse est le seul qu'elle a le droit et le devoir d'utiliser en vertu de la *Loi sur les compagnies de Québec* pour ses opérations et que la seule procédure ouverte à celui qui veut se plaindre d'un préjudice subi par l'usage de ce nom, est celle prévue pour un changement du nom corporatif à l'art. 19 de la *Loi sur les compagnies de Québec*, S.R.Q. 1964, c. 271. Il m'est impossible d'accepter cette proposition. Dans la cause de *Boston Rubber Shoe Co. v. Boston Rubber Co. of Montreal* (1901-02) 32 R.C.S. 315, la Cour suprême du Canada décida que l'usage du nom corporatif de la défenderesse était une violation de la marque de commerce enregistrée de la demanderesse et que cet usage devait lui être prohibé.¹ Bien que la Cour dans cette cause décida que la violation était frauduleuse, il existe de la jurisprudence à l'effet que l'on peut prohiber l'usage fait, même innocemment, d'une marque de commerce ou d'un nom commercial (*cf* Fox, *Canadian Law of Trade Marks*, tome II, pp. 850 et 851 et les décisions auxquelles on renvoie).

The defendant's second proposition is that its corporate name is really its personal name and that in virtue of s. 20(a)² of the *Trade Marks Act*, no registration of a trade mark can prevent a person from making a *bona fide* use of his personal name. This argument also is not valid. There is, first of all, to my knowledge, no authority to the effect that a corporate name is a personal name. Furthermore, the ordinary meaning of both words together, "personal" and "name", is that of an individual person or self (*cf Shorter Oxford Dictionary* where "personal" is said to pertain to, to concern or to affect the individual person or self and where "name" is said to be "the particular combination of vocal sounds employed as the individual designation of a single person, animal, place or thing".)

I now come to defendant's third proposition which is based on s. 21 read with s. 17(2) of the *Trade Marks Act*³ which is that because of prior use in good faith of the trade mark *Fascination* by defendant or its authors in the Province of Quebec, this Court should, as it is entitled to do under s. 21(1), permit defendant the continued use of the confusing trade mark or trade name in a defined territorial area, *i.e.*, in the Province of Quebec, concurrently with the use of the registered trade mark or trade name subject to such terms as it deems just and with an adequate specified distinction from the registered trade mark.

Section 21, however, can only operate with respect to a registered trade mark which is entitled to the protection of subsec. (2) of s. 17 of the Act. This last subsection deals with trade marks which could have been, were it not for this section, declared invalid because of prior use. Under the *Unfair Competition Act*, the attack on the basis of prior use was available. Since the adoption of the *Trade Marks Act* (1953) such an attack is no longer possible "after the expiry of 5 years from the date of registration of a trade mark or from the date of the coming into force of the present Act, whichever is the later . . . unless it is established that the person who adopted the registered trade

La seconde proposition de la défenderesse est que son nom corporatif est réellement son nom personnel et qu'en vertu de l'article 20(a)² de la *Loi sur les marques de commerce*, l'enregistrement d'une marque de commerce ne peut empêcher une personne d'utiliser de bonne foi son nom. Cet argument aussi n'est pas valide. D'abord, il n'existe, à ma connaissance, aucune décision ou doctrine à l'effet qu'un nom corporatif est un nom personnel. De plus, les deux mots ensemble «personal» et «name» signifient un individu (*cf Shorter Oxford Dictionary* ou *personal* signifie affecter, concerner un individu et *name* signifie cette combinaison particulière de sons utilisés pour désigner un individu, une personne seule, un animal, endroit ou chose).

J'en arrive à la troisième proposition de la défenderesse fondée sur l'art. 21 reliée à l'art. 17(2) de la *Loi sur les marques de commerce*³ et qui est à l'effet que, parce qu'il y a eu usage antérieur de bonne foi de la marque de commerce *Fascination* par la défenderesse, ou ses auteurs, dans la province de Québec, cette Cour devrait, comme elle en a le droit en vertu de l'art. 21(1), permettre à la défenderesse de continuer à employer la marque de commerce ou le nom commercial dans une région définie, *i.e.*, dans la province de Québec simultanément avec l'emploi de la marque de commerce déposée sous réserve des conditions que la Cour estime justes avec une distinction suffisante et spécifiée d'avec la marque de commerce déposée.

L'article 21, cependant, ne peut être utilisé qu'en autant qu'il s'agisse d'une marque de commerce enregistrée qui a droit d'être protégée en vertu du paragraphe (2) de l'art. 17 de la loi. Ce paragraphe mentionne les marques de commerce qui auraient pu, sans cet alinéa, être déclarées invalides pour utilisation antérieure. Sous l'ancienne *Loi sur la concurrence déloyale*, il était possible d'attaquer une marque de commerce pour utilisation antérieure. Depuis la passage de la *Loi sur les marques de commerce*, 1953, aucune attaque n'est possible «après l'expiration de cinq ans à compter de la date d'enregistrement d'une marque de commerce ou à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi en prenant celle des deux dates qui est posté-

mark in Canada did so with knowledge of such previous use or making known”.

Section 21(1) indeed refers only to those registrations of trade marks entitled to the protection of subsec. (2) of s. 17 of the Act and in order to be able to avail oneself of the rights contained in s. 21(1), one must allege and prove whatever material facts are necessary to establish that the trade mark is one protected under the subsection as well as all material facts required under subsec. (1) of s. 21 to enable the Court to appreciate and determine whether it can give effect to the order sought. It is then, of course, also necessary to pray for the relief sought for, *i.e.*, a declaration such as this Court is authorized to issue under subsec. (1) of s. 21 of the Act.

It is clear here that such a course of action can be adopted only if the defendant is authorized to amend its pleadings as well as its prayer. Leave to amend at this stage of the proceedings, particularly when it is not asked for, should be given only if the Court is of the view that such amendments are necessary for the purpose of determining the real question or questions in controversy. I feel that we have here such a situation. Leave, however, to amend should be granted only on such terms as are just and plaintiff should be fully protected so far as discovery and preparation for trial are necessary to meet whatever new or amended allegations defendant may supply. Pursuant to Rule 119 of the Rules of this Court, defendant is therefore hereby authorized to make whatever amendments are required, such amendments to be made, however, within 15 days of the date of the present reasons for judgment, otherwise the defendant shall be precluded from doing so and plaintiff may apply for judgment. The defendant will also be required to pay all costs arising from the failure to plead properly in the first instance. I indeed feel that this is an instance where the infliction on plaintiff of the costs and pain of a new trial can be,

rieure à l'autre . . . à moins qu'il ne soit établi que la personne qui a adopté au Canada la marque de commerce déposée l'a fait alors qu'elle était au courant de cette utilisation ou révélation antérieure.»

L'article 21(1) traite seulement des enregistrements de marques de commerce qui ont droit à la protection du paragraphe (2) de l'art. 17, et pour se prévaloir des droits contenus à l'art. 21(1), l'on doit alléguer et prouver les faits importants ou essentiels nécessaires pour établir que la marque de commerce en est une protégée en vertu dudit paragraphe ainsi que tous les faits essentiels requis en vertu du paragraphe (1) de l'art. 21 afin de permettre à la Cour d'apprécier et de décider si elle peut décerner l'ordonnance demandée. Il faudra ensuite, évidemment, que la défenderesse demande, dans ses conclusions, le remède recherché, soit une déclaration telle que cette Cour est autorisée à faire en vertu du paragraphe (1) de l'art. 21 de la loi.

Il est clair ici qu'une telle procédure ne peut être adoptée que si l'on permet à la défenderesse d'amender ses plaidoiries écrites ainsi que ses conclusions. La permission d'amender à ce stage des procédures et dans un cas comme celui-ci, lorsque l'amendement n'est pas demandé, ne devra être autorisée que si la Cour est d'avis que ces amendements sont nécessaires dans le but de déterminer la véritable question, ou les véritables questions, en litige. Je crois qu'en l'occurrence, nous sommes en présence d'une telle situation. La permission d'amender dans un tel cas, cependant, ne devrait être accordée qu'aux conditions qui semblent justes et la demanderesse devrait être protégée en autant que son droit à la communication à l'examen au préalable et à la préparation à l'instruction est nécessaire pour répondre aux allégations nouvelles ou modifiées que la défenderesse pourra fournir. Conformément à la Règle 119 des Règles de cette Cour, permission sera par conséquent donnée à la défenderesse de faire les amendements qui s'imposent, ces amendements devant cependant être faits dans les 15 jours de la date de ces motifs de jugement sans quoi la défenderesse sera déchue de ce droit et la demanderesse pourra alors demander que jugement soit rendu. La

and should be, compensated adequately by taxable costs.

* * *

NOËL A.C.J. [June 24, 1971]—Subsequent to the reasons for judgment issued on May 7, 1971, and after the defendant had, by appropriate amendments, alleged certain facts essential to the recourses it intended to exercise, and after praying for the relief claimed, the parties came back before the Court where both presented arguments of law and fact. Furthermore, the defendant had to request in open court the permission to amend allegation 20 of its defence in order to enable it to meet with the requirements of s. 21(1) of the Act. This permission was granted under reserve of plaintiff's rights. This allegation, as amended, now reads as follows:

The defendant, or its predecessors or assigns, has used in good faith the trade mark *Fascination Lingerie* and *Lingerie Fascination* before the date of filing of the application for such registration by the plaintiff of this trade mark.

Plaintiff's counsel stated that he was prepared to continue arguing this case on the allegation as amended and on the evidence already produced in the file and the parties, by their counsel, submitted to the Court their respective views.

It is clear that notwithstanding the defendant's allegations, it is impossible to grant its request and give it the right to use the trade mark *Fascination* in the Province of Quebec where, according to an admission produced in the file on May 28, 1971, counsel for the plaintiff stated that

... the defendant has used in good faith in the province of Quebec the trade marks *Fascination Lingerie* and *Lingerie Fascination* before June 28, 1968, the date of registration by the plaintiff of the trade mark *Fascination* for use in respect of lingerie.

défenderesse devra aussi payer tous les frais et dépens encourus à cause du défaut de plaider correctement sur l'action originaire. Je crois qu'il s'agit ici d'un cas où le fait d'imposer à l'adversaire les frais et ennuis d'une nouvelle instruction comporte une injustice qui peut, et qui devra, être compensée par des frais taxables.

* * *

M. LE JUGE EN CHEF ADJOINT NOËL [le 24 juin 1971]—Subséquemment aux motifs du jugement rendu le 7 mai 1971, et après que la défenderesse eût, par des amendements appropriés, allégué certains faits essentiels aux recours qu'elle entendait exercer et conclu au remède demandé, les parties revinrent devant la Cour où, de part et d'autre, elles présentèrent des arguments de droit et de fait. De plus, la défenderesse dut, pour lui permettre de rencontrer certaines des exigences de l'art. 21(1) de la loi, demander en pleine séance la permission d'amender encore son plaidoyer à l'allégué 20, permission qui lui fut accordée sous réserve des droits de la demande. Cet allégué, amendé de la sorte, se lit maintenant comme suit:

La défenderesse ou ses auteurs ou ayants-droits, a employé de bonne foi la marque de commerce *Fascination Lingerie* et *Lingerie fascination* avant la production de la demande en vue de cet enregistrement par la demanderesse de cette marque de commerce.

La demanderesse, par son procureur, se déclara prête à continuer l'argumentation de la cause sur l'allégué, tel qu'amendé, et sur la preuve déjà produite au dossier et les parties, par leur procureur, soumirent ensuite à la Cour leurs points de vue respectifs.

Il me paraît clair que malgré les allégués de la défense, il m'est impossible d'acquiescer à la demande de la défenderesse et de lui donner le droit d'employer la marque de commerce *Fascination* dans la province de Québec où, selon une admission au dossier, produite le 28 mai 1971, les procureurs de la demanderesse déclarèrent que

[TRADUCTION]... la défenderesse a utilisé de bonne foi dans la province de Québec les marques de commerce *Fascination Lingerie* et *Lingerie fascination* avant le 28 juin 1968, date de l'enregistrement par la demanderesse de la marque de commerce *Fascination* pour utilisation avec Lingerie.

It appears to me that the procedure contained in s. 21(1) of the Act which permits, in certain cases, the use of two similar trade marks, in a certain area, with an adequate distinction, is possible only in the case of a registered trade mark of which the registration is entitled to the protection of subsec. (2) of s. 17 of the Act. A reference to subsec. (2) of s. 17 shows that they must be trade marks registered for more than five years and that the person who has adopted in Canada the registered trade mark, did not do so with knowledge of such previous use or making known of such trade mark. It, therefore, is clear that we cannot find here the conditions required to permit a restrictive use by the defendant of the trade mark *Fascination* as, in the first place, the proceedings were commenced before the expiry of five years from the date of its registration. Furthermore, there is no allegation and no proof that the plaintiff registered its trade mark with the knowledge of such previous use or making known of such trade mark. It is useful to point out here that the procedure contained in s. 21(1) only applies exceptionally as it has the effect of allowing the use of two similar trade marks in the same area and in association with similar wares which, of course, is contrary to the principles of the *Trade Marks Act*. It therefore follows that this article can be taken advantage of only if one conforms with all its requirements.

Counsel for the defendant still submits, however, that his client has the right to this restrictive use to an area on the principle, he says, that "he who can ask for more, can ask for less" and he refers first to the right, that his client may have under s. 17(1) of the Act, to request that within five years of the registration of a trade mark, plaintiff's said trade mark be declared invalid on the ground that it was previously used or made known by a person other than the applicant for such registration or his predecessor in title.

Il me paraît d'abord que la procédure de l'art. 21(1) de la loi qui permet dans certains cas l'emploi de deux marques de commerce semblables dans une région donnée, avec une distinction suffisante, n'est possible que dans le cas d'une marque de commerce déposée dont l'enregistrement est protégé aux termes du paragraphe (2) de l'art. 17. Or, si l'on se réfère au paragraphe (2) de l'art. 17, l'on voit qu'il ne peut s'agir que de marques de commerce enregistrées depuis au-delà de cinq ans et que la personne qui a adopté au Canada la marque de commerce déposée, ne l'a pas fait alors qu'elle était au courant de l'utilisation ou de la révélation antérieure de cette marque de commerce. Il est clair que l'on ne trouve pas ici les conditions voulues pour permettre à la défenderesse l'utilisation restreinte de la marque de commerce *Fascination* puisque d'abord il s'agit de procédures ouvertes avant l'expiration des cinq ans de la date de son enregistrement et ensuite il n'y a aucun allégué ou aucune preuve que la demanderesse ait enregistré sa marque de commerce alors qu'elle était au courant de l'utilisation ou de la révélation antérieure de ladite marque de commerce. Il est utile de signaler ici que la procédure prévue à l'art. 21(1) ne s'applique qu'exceptionnellement puisqu'elle a pour effet de permettre l'emploi de deux marques semblables dans la même région et ceci en liaison avec des produits semblables, ce qui est évidemment contraire aux principes de la *Loi sur les marques de commerce*. Il s'ensuit donc que l'on ne peut se réclamer de cet article que si l'on se conforme à toutes les exigences qui y sont contenues.

Le procureur de la défenderesse soutient, cependant, que sa cliente a quand même le droit d'obtenir cette utilisation restreinte à une région en vertu du principe, dit-il, que «qui peut demander plus, peut demander moins» et il se réfère ici au droit que pourrait avoir sa cliente en vertu de l'art. 17(1) de la loi, de demander, dans les cinq ans de la date de l'enregistrement d'une marque de commerce, l'annulation de la marque de commerce enregistrée de la demanderesse, pour avoir été utilisée ou révélée antérieurement par une personne autre que l'auteur de la demande d'enregistrement ou son prédécesseur en titre.

I am afraid that I cannot accept this point of view. We are indeed dealing here with a statute and, therefore, the only recourses available are those prescribed by the Act. As the defendant has chosen in his proceedings to claim under s. 21(1) and s. 17(2) whatever rights he has must be determined under these sections. There are, however, other obstacles which prevent the defendant from obtaining the remedy prayed for under s. 21(1) of the Act. It is only in the case where "one of the parties to the proceedings" has used the trade mark in Canada before the date of filing of the application for such registration, that such a party, and that party only, can take advantage of the remedy contained in s. 21(1). (The use before the date of the filing and not of the registration comes from the fact that under s. 16 of the Act, the ultimate date to establish prior use is the date of filing of the application). In the present case, however, the evidence discloses not only that the defendant did not use the trade mark before the application for registration, but also that neither the predecessors of the defendant, nor Bagdoo, nor the firm name, nor even the defendant, had done so. As a matter of fact, the first use of the bags, on which the word *Fascination* appears, was on March 15, 1968, *i.e.*, after the application for registration of the trade mark which took place on January 25, 1967. Mr. Lapierre admits that the plaintiff used the trade mark only after the month of April 1967.

The defendant had the burden of establishing that it had a right to take advantage of s. 21(1) and, unfortunately, it has not been able to do so. I have no alternative, under the circumstances, but to reject defendant's defence as the latter, for reasons which I do not have to appreciate, decided not to attack the validity of the registration of the plaintiff's trade mark. I really have no choice. I do so, however, with regret, as the judgment rendered in this case will surely affect the activities of the defendant and require it to cease using the trade mark *Fascination*.

Il m'est impossible d'accepter ce point de vue. Nous sommes ici, en effet, en matière statutaire et dans ce domaine, l'on ne peut exercer que les recours prescrits par la loi. La défenderesse ayant choisi dans ses procédures de se réclamer de l'art. 21(1) et de l'art. 17(2), c'est sur ces articles seulement que ses droits doivent être déterminés. Il y a, cependant, d'autres obstacles à l'obtention, par la défenderesse, du remède demandé en vertu de l'art. 21(1) de la loi. En effet, ce n'est que dans le cas où «l'une des parties aux procédures» a employé la marque de commerce au Canada avant la date de la production de la demande en vue de l'enregistrement de la marque de commerce déposée que cette partie seulement peut se prévaloir du remède contenu à l'art. 21(1). (L'emploi avant la date de la demande et non de l'enregistrement découle du fait qu'en vertu de l'art. 16 de la loi, la date ultime pour établir l'utilisation antérieure est la date de la production de la demande). Or, ici la preuve a révélé non seulement que la défenderesse n'avait pas utilisé la marque de commerce avant la demande d'enregistrement, mais aussi que ni les prédécesseurs de la défenderesse, Bagdoo, ni la raison sociale, ni, enfin la défenderesse elle-même, ne l'a utilisée. En effet, la première utilisation des sacs sur lesquels le mot *Fascination* apparaît est en date du 15 mars 1968, soit après la demande d'enregistrement de la marque de commerce, qui eut lieu le 25 janvier 1967. M. Lapierre, d'ailleurs, admet que la demanderesse n'utilisa la marque de commerce qu'après le mois d'avril 1967.

Il appartenait à la défenderesse d'établir qu'elle avait le droit de se prévaloir de l'art. 21(1) et, malheureusement, elle n'a pas réussi à le faire. Il ne me reste, dans les circonstances, qu'à rejeter le plaidoyer de la défenderesse, car celle-ci, pour des raisons que je n'ai pas à apprécier, n'a pas cru bon d'attaquer la validité de l'enregistrement de la marque de commerce de la demanderesse. Je n'ai vraiment pas le choix. Je le fais, cependant, avec beaucoup de regret puisque le jugement rendu dans cette cause affectera sûrement les activités de la défenderesse et exigera la cessation de l'emploi de la marque de commerce *Fascination* de la demanderesse par la défenderesse.

Plaintiff's action is therefore maintained and an injunction shall therefore be issued restraining the defendant, its directors, officers, agents and employees, from further infringing plaintiff's trade mark registration No. 157,447 by using the word *Fascination* in association with the sale, distribution and advertisement of lingerie. This injunction, however, will become effective only within six months of the formal judgment to be rendered in this case, in order to give defendant the necessary time to effect whatever changes and modifications are necessary and enable it thereby to conform to the present injunction.

The plaintiff may prepare an order in conformity with this decision which it shall, however, submit to the defendant. If the defendant does not accept the draft order as proposed, the parties may present themselves before the Court in order to cause its terms to be determined. Plaintiff will be entitled to taxed costs including whatever costs were caused by the amendments of the defendant effected after trial.

¹ See also *Acme Vacuum Cleaner Co. v. Acme Vacuum Cleaner Co.*, 11 Fox C.P.C. 167.

² 20. The right of the owner of a registered trade mark to its exclusive use shall be deemed to be infringed by a person not entitled to its use under this Act who sells, distributes or advertises wares or services in association with a confusing trade mark or trade name, but no registration of a trade mark prevents a person from making

(a) any *bona fide* use of his personal name as a trade name, or

³ 21. (1) Where, in any proceedings respecting a registered trade mark of which the registration is entitled to the protection of subsection (2) of section 17, it is made to appear to the Exchequer Court of Canada that one of the parties to the proceedings, other than the registered owner of the trade mark, had in good faith used a confusing trade mark or trade name in Canada before the date of filing of the application for such registration, and the Court considers that it is not contrary to the public interest that the continued use of the confusing trade mark or trade name should be permitted in a defined territorial area concurrently with the use of the registered trade mark, it may, subject to such terms as it deems just, order that such other party may continue to use the confusing trade mark or trade name

L'action de la demanderesse est, par conséquent, maintenue et une injonction sera, par conséquent, décernée défendant à la défenderesse, ses directeurs, officiers, serviteurs, agents ou employés, de cesser de violer la marque de commerce déposée sous le numéro 157,447 de la demanderesse, en utilisant la marque de commerce *Fascination* en liaison avec la vente, la distribution ou l'annonce de produits de lingerie. Cette injonction, cependant, ne prendra effet que dans les six mois de la date du jugement formel décerné dans cette cause afin de donner à la défenderesse le temps nécessaire pour effectuer les changements et modifications qui s'imposent et lui permettre ainsi de se conformer à la présente injonction.

La demanderesse pourra préparer une ordonnance conforme à cette décision, qu'elle devra cependant soumettre à la défenderesse. Si la défenderesse n'accepte pas le projet d'ordonnance ainsi proposé, les parties pourront se présenter devant la Cour pour que ses termes en soient arrêtés. La demanderesse aura droit à ses dépens taxés et il faudra tenir compte des faux frais occasionnés par les amendements de la défenderesse effectués après l'enquête.

¹ Voir aussi *Acme Vacuum Cleaner Co. v. Acme Vacuum Cleaner Co.*, 11 Fox C.P.C. 167.

² 20. Le droit du propriétaire d'une marque de commerce déposée à l'emploi exclusif de cette dernière est censé violé par une personne non admise à l'employer selon la présente loi et qui vend, distribue ou annonce des marchandises ou services en liaison avec une marque de commerce ou un nom commercial créant de la confusion; mais aucun enregistrement d'une marque de commerce ne doit empêcher une personne

a) d'utiliser de bonne foi son nom personnel comme nom commercial, ni

³ 21. (1) Si, dans des procédures relatives à une marque de commerce déposée dont l'enregistrement est protégé aux termes du paragraphe (2) de l'article 17, il est démontré à la Cour de l'Échiquier du Canada que l'une des parties aux procédures, autre que le propriétaire inscrit de la marque de commerce, avait de bonne foi employé au Canada une marque de commerce ou un nom commercial créant de la confusion, avant la date de la production de la demande en vue de cet enregistrement, et si la cour considère qu'il n'est pas contraire à l'intérêt public que l'emploi continu de la marque de commerce ou du nom commercial créant de la confusion soit permis dans une région territoriale définie simultanément avec l'emploi de la marque de commerce déposée, elle peut, sous réserve des conditions qu'elle estime justes, ordonner que cette autre partie puisse conti-

within such area with an adequate specified distinction from the registered trade mark.

17. (2) In proceedings commenced after the expiry of five years from the date of registration of a trade mark or from the date of the coming into force of this Act, whichever is the later, no registration shall be expunged or amended or held invalid on the ground of the previous use or making known referred to in subsection (1), unless it is established that the person who adopted the registered trade mark in Canada did so with knowledge of such previous use or making known.

nuer à employer la marque de commerce ou le nom commercial créant de la confusion, dans cette région, avec une distinction suffisante et spécifiée d'avec la marque de commerce déposée.

17. (2) Dans des procédures ouvertes après l'expiration de cinq ans à compter de la date d'enregistrement d'une marque de commerce ou à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, en prenant celle des deux dates qui est postérieure à l'autre, aucun enregistrement ne doit être rayé, modifié ou jugé invalide pour le motif de l'utilisation ou révélation antérieure que mentionne le paragraphe (1), à moins qu'il ne soit établi que la personne qui a adopté au Canada la marque de commerce déposée l'a fait alors qu'elle était au courant de cette utilisation ou révélation antérieure.

The Queen (Plaintiff)

v.

Norman Daniel Sonnenberg and Mary Sonnenberg (Defendants)

Trial Division, Kerr J.—Welland, May 10; Ottawa, June 16, 1971.

Expropriation—Dower right—Expropriation of farm—Wife's inchoate right of dower—Valuation of—Payment forthwith of present value—Expropriation Act, R.S.C. 1952, c.106, s.30.

S's farm in Ontario was expropriated for \$18,708. His wife claimed, and S conceded, that she was entitled to a portion of that sum as compensation for her inchoate right of dower in the land. According to the tables in Cameron's Law of Dower (Toronto, 1882), for calculating the value of dower rights which, according to the Ontario Court of Appeal in *Re Smith* [1952] O.R. 135, are still usable in Ontario, the value of her dower right as of the date of expropriation "provided she survives her husband" was \$1,234.60. Its value if paid forthwith (using the same tables) was determined to be \$734.59.

Held, having regard to the relatively small amounts involved and the expense of putting \$1,234.60 in trust for the wife until her husband's death, she should be paid \$734.59 forthwith together with interest thereon at 5% per annum from the date she gave up possession of the land until the date of judgment. The Court had power to make such order under s. 30 of the *Expropriation Act*, R.S.C. 1952, c. 106.

EXPROPRIATION action.*E. A. Bowie* for plaintiff.*D. Johnston* for Mr. Sonnenberg, defendant.*A. H. Goodman, Q.C.*, for Mrs. Sonnenberg, defendant.

KERR J.—This is an Information in respect of certain property in the Township of Humberstone, in the County of Welland, Ontario, expropriated on December 6, 1965, with the prior approval of the Governor in Council given by Order in Council P.C. 1965-2174 dated December 2, 1965, pursuant to s. 18 of the *St. Lawrence Seaway Authority Act*, R.S.C. 1952, c. 242, for the purposes of the said Act, in particular in connection with the diversion of the southerly section of the Welland Canal, by the deposit of a plan and description in the

La Reine (Demanderesse)

c.

Norman Daniel Sonnenberg et dame Mary Sonnenberg (Défendeurs)

Division de première instance, le Juge Kerr—Welland, le 10 mai; Ottawa, le 16 juin 1971.

Expropriation—Droit de douaire—Expropriation d'une ferme—Droit de douaire éventuel de l'épouse—Évaluation—Paiement immédiat de la valeur actuelle dudit droit—Loi sur les expropriations, S.R.C. 1952, c. 106, art. 30.

La ferme de S, située en Ontario, a été expropriée pour la somme de \$18,708. L'épouse de S a prétendu, et S l'a admis, qu'elle était fondée à recevoir une partie de cette somme à titre d'indemnité pour son droit de douaire éventuel dans le terrain. Selon les tables contenues dans l'œuvre de Cameron intitulée *The Law of Dower*, publiée à Toronto en 1882, qui permettent de calculer la valeur d'un droit de douaire et qui selon la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Re Smith* [1952] O.R. 135 peuvent encore servir en Ontario, la valeur de son droit de douaire à la date de l'expropriation «pourvu qu'elle survive à son mari» était de \$1,234.60. Au cas de paiement immédiat (en se servant des mêmes tables), elle a été établie à la somme de \$734.59.

Jugé: Eu égard aux sommes relativement modestes qui sont en jeu et aux frais qu'entraînerait la mise en fiducie de la somme de \$1,234.60 au profit de l'épouse jusqu'au décès de son mari, on lui versera la somme de \$734.59 immédiatement avec intérêt de 5% l'an sur cette somme à compter de la date où elle a évacué les lieux jusqu'à la date du jugement. La Cour avait le pouvoir de rendre une telle ordonnance en vertu de l'art. 30 de la *Loi sur les expropriations*, S.R.C. 1952, c. 106.

Action portant sur une EXPROPRIATION.*E. A. Bowie* pour la demanderesse.*D. Johnston* pour M. Sonnenberg, défendeur.*A. H. Goodman, c.r.*, pour M^{me} Sonnenberg, défenderesse.

LE JUGE KERR—Il s'agit d'une information relative à une certaine propriété du township de Humberstone, dans le comté de Welland (Ontario), expropriée le 6 décembre 1965, avec l'approbation préalable du gouverneur en conseil par décret C.P. 1965-2174 en date du 2 décembre 1965, délivré en conformité de l'art. 18 de la *Loi sur l'Administration de la voie maritime du Saint-Laurent*, S.R.C. 1952, c. 242, pour les besoins de cette loi et plus précisément en ce qui concerne la dérivation de la partie méridionale du canal Welland, expropriation effectuée au moyen du dépôt d'un plan et d'une descrip-

Registry Division of the County of Welland on December 6, 1965.

There was no dispute at the trial that the expropriation of the lands in question was validly effected. In any event the evidence proves that such expropriation was validly effected and that the lands became vested in the St. Lawrence Seaway Authority on the 6th day of December, 1965.

The issues in dispute arise out of a claim by the defendant Mary Sonnenberg that at the time the lands were expropriated she, as the wife of the defendant Norman Sonnenberg, had an inchoate right of dower in the lands and consequently was entitled to compensation; and that the amount offered by the Crown as compensation to all persons was too low and unduly reduced the compensation to which she was entitled.

Norman Sonnenberg does not dispute the sufficiency of the amount of \$18,708.00 offered by the Crown as full compensation. Initially in his pleadings he disputed his wife's claim that she had an inchoate right of dower in the lands, but by an amended Defence admitted that she had such right and is entitled to a portion of the total compensation payable for the taking of the lands.

There are thus two principal issues to be determined, namely, (1) the total amount of compensation payable, and (2) the portion thereof to which Mary Sonnenberg is entitled. A subsidiary issue is whether she is entitled to payment now of a determined amount or whether the present value (i.e. as of the date of the expropriation) of her right of dower, provided she survives her husband, should be held in trust for payment to her only if and when she survives her husband.

The lands consist of about 14.5 acres, of which about 11 are in hay, 2 in bush and 1.5 in pasture. Buildings on the land were a 6-room, 1 3/4 storey frame dwelling house, barn, garage, small granary and small poultry shed. Norman Sonnenberg worked on the railway and operat-

tion au bureau d'enregistrement du comté de Welland, le 6 décembre 1965.

A l'instruction, il n'y a eu aucune contestation de la validité de l'expropriation du terrain en question. En tout cas, la preuve démontre que cette expropriation a été valablement effectuée et que le terrain a été dévolu à l'Administration de la voie maritime du Saint-Laurent le 6 décembre 1965.

La source du litige réside dans la prétention de la défenderesse, dame Mary Sonnenberg, selon laquelle, au moment de l'expropriation, elle avait, à titre d'épouse du défendeur, Norman Sonnenberg, un droit de douaire éventuel dans le terrain et qu'elle était en conséquence fondée à recevoir une indemnité; elle prétend aussi que l'indemnité offerte par la Couronne était insuffisante et réduisait indûment celle qu'elle était elle-même fondée à recevoir.

Norman Sonnenberg ne conteste pas le montant de \$18,708.00 offert par la Couronne à titre d'indemnité totale. Dans sa plaidoirie initiale, il contestait la prétention de son épouse selon laquelle elle avait un droit de douaire éventuel dans le terrain, mais il admettait dans une défense modifiée qu'elle avait ce droit et qu'elle était fondée à recevoir une partie de l'indemnité totale due à la suite de l'expropriation.

Il existe donc deux questions principales qu'il faut trancher, c'est-à-dire: (1) le montant total de l'indemnité exigible; (2) la proportion de cette indemnité que dame Mary Sonnenberg est fondée à recevoir. Une question subsidiaire se pose: a-t-elle droit de toucher immédiatement un montant déterminé ou, au contraire, la valeur actuelle (c.-à-d. la valeur à la date de l'expropriation) de son droit de douaire éventuel, pourvu qu'elle survive à son mari, devrait-elle être gardée en fiducie pour lui être versée au moment de la mort de son mari, au cas seulement où elle lui survivrait.

La superficie du terrain est d'environ 14.5 acres, dont à peu près 11 acres sont consacrés à la culture du foin, 1.5 acre au pâturage et 2 acres sont en taillis. Il existait sur le terrain les bâtiments suivants: une maison d'habitation à pans de bois ayant 1 3/4 étage et composée de 6

ed the property as a part-time farm. The buildings were usable, but quite old. The property is on the north side of Forkes Road, about ½ mile east of the Welland Ship Canal and about midway between the City of Welland and Port Colborne. The property is served by municipal water, hydro electric power and gas, but not by sewers. Forkes Road is a well-travelled east-west county highway. Photos of the property were received in evidence.

The defendant Mary Sonnenberg testified that she thought the offered \$18,708.00 is far less than the value of the property, looked at as their home. She did not put any figure on what she thought it was worth or offer any evidence of value except her own opinion. She had left the property and was working and living in Hamilton for a considerable period after it was expropriated but later moved back in to the dwelling house and refused to give up possession until a warrant of possession was ordered by the Exchequer Court and served on her in July 1969.

Norman Sonnenberg was the registered owner of the lands and he agreed with the St. Lawrence Seaway Authority to accept \$18,708.00 in full settlement of the compensation payable for the taking of the property; and he was paid \$13,708.00 by the Seaway Authority on May 2, 1968, to be deducted from the amount otherwise adjudged owing to the defendants or any other person as a result of the taking, and delivered possession of the property to the Seaway Authority at that time. He also gave a warranty deed of the property to the Seaway Authority dated March 7, 1968.

Franklyn M. Griffiths, Judge of the County Court of the County of Welland, issued on May 10, 1968, on the application of Norman Son-

nières, une grange, un garage, un petit grenier et un petit poulailler. Norman Sonnenberg était cheminot et exploitait cette ferme à temps partiel. Les bâtiments étaient utilisables, mais assez vétustes. La propriété se trouve du côté nord de Forkes Road, à environ un demi-mille à l'est du Welland Ship Canal et à mi-chemin environ entre la ville de Welland et Port Colborne. La propriété est desservie en eau courante, en électricité et en gaz par la municipalité, mais n'a pas d'égouts. Forkes Road est une route de comté fréquentée, dirigée est-ouest. Des photos de la propriété ont été versées en preuve.

La défenderesse, dame Mary Sonnenberg, a témoigné qu'elle croyait l'indemnité offerte de \$18,708.00 très inférieure à la valeur de la propriété, qu'elle considère comme leur demeure. Elle n'a suggéré aucun chiffre précis qui représentât la valeur qu'elle lui attribuait et elle n'a apporté aucune preuve de sa valeur à l'exception de sa propre opinion. Après l'expropriation, elle avait quitté la propriété et était allée vivre à Hamilton, où elle avait travaillé, pendant une période de temps assez longue; elle est toutefois ensuite revenue vivre dans la maison et a refusé de l'évacuer jusqu'à ce que la Cour de l'Échiquier eût délivré un mandat de prise de possession qui lui a été signifié au mois de juillet 1969.

Norman Sonnenberg était, selon l'enregistrement, le propriétaire inscrit du terrain; il avait convenu avec l'Administration de la voie maritime du Saint-Laurent d'accepter la somme de \$18,708.00 en règlement total de l'indemnité à laquelle il avait droit à la suite de l'expropriation de sa propriété. L'Administration de la voie maritime du Saint-Laurent lui avait versé \$13,708.00 le 2 mai 1968, à valoir sur la somme qui lui serait finalement adjugée et qui était due aux défendeurs ou à toute autre personne à la suite de l'expropriation; le défendeur mit alors l'Administration de la voie maritime en possession de la propriété. Il signa aussi en faveur de l'Administration de la voie maritime un acte de garantie relatif à la propriété, en date du 7 mars 1968.

Le juge Franklyn M. Griffiths, de la Cour du comté de Welland, a décerné, le 10 mai 1968, à la demande de Norman Sonnenberg, une ordon-

nenberg, an order under the *Dower Act*, R.S.O. 1960, c. 113, unconditionally dispensing with the concurrence of Mary Sonnenberg for the purpose of barring her dower in the subject lands.¹

Evidence as to the market value of the property was given by W. H. Burton, a qualified real estate salesman, broker and appraiser in the Welland area, who had appraised the market value for the plaintiff. His report was received in evidence under Exchequer Court Rule 164B. In his opinion the highest and best use of the property at the time of its expropriation was for commercial or industrial uses, based upon a division of the property into 2 parcels, one consisting of the dwelling and garage and the 66' x 165' lot on which they were located, the other consisting of the remaining 14.236 acres of land. In such a division he felt that the barn and other outbuildings would not be of service and would not add to the value of the property. He gave a value of \$8,000 to the dwelling house and garage property; and a value of \$500 per acre to the remaining 14.236 acres, for \$7,118; making a total valuation of \$15,118. Despite vigorous and searching cross-examination by counsel for Mrs. Sonnenberg, Burton held to his opinion.

I find that Burton's valuation of the property, based on its highest and best use, is reasonably close to the mark. No evidence of value was offered by Mrs. Sonnenberg except her own opinion. She obviously did not feel competent to place a definite or approximate value on the property and did not give evidence otherwise of its value.

I determine the compensation payable for the taking of the property at the amount offered by the Seaway Authority and accepted by Mr. Sonnenberg, namely, \$18,708.

nance en vertu du *Dower Act*, S.R.O. 1960, c. 113, qui dispensait sans condition Norman Sonnenberg de l'obligation d'obtenir le concours de son épouse pour faire disparaître son droit de douaire dans le terrain en question.¹

M. W. H. Burton, vendeur, courtier et évaluateur d'immeubles d'une compétence reconnue dans la région de Welland, qui avait estimé la valeur marchande de la propriété pour le compte de la demanderesse, a témoigné à ce sujet. Son rapport a été reçu en preuve en vertu de la Règle 164B de la Cour de l'Échiquier. Selon lui, c'était à des fins commerciales ou industrielles que la propriété pouvait être utilisée de la façon la meilleure et la plus rentable à l'époque de son expropriation; la propriété devrait être dans un tel cas divisée en deux parties, l'une comprenant la maison d'habitation, le garage et le terrain de 66' par 165' sur lequel ils étaient construits, l'autre se composant du reste du terrain, c'est-à-dire 14.236 acres. Dans une pareille division, il était d'avis que la grange et les autres dépendances ne seraient d'aucune utilité et n'ajouteraient rien à la valeur de la propriété. Il attribua une valeur de \$8,000 à la partie où se trouvaient la maison et le garage et une valeur de \$500 l'acre au reste de la propriété, d'une étendue de 14.236 acres, c'est-à-dire \$7,118, ce qui donne une évaluation totale de \$15,118. M. Burton n'a pas démordu de son opinion en dépit du contre-interrogatoire vigoureux et approfondi mené par l'avocat de madame Sonnenberg.

Je trouve que l'évaluation de la propriété faite par M. Burton, en se fondant sur l'emploi le plus rentable et le meilleur qu'on pourrait en faire, est raisonnablement juste. Madame Sonnenberg n'a offert aucune preuve de la valeur de l'immeuble, si ce n'est sa propre opinion. De toute évidence, elle ne se sentait pas la compétence nécessaire pour attribuer à la propriété une valeur définitive ou même approximative et elle n'a apporté aucune autre preuve relative à sa valeur.

Je fixe l'indemnité payable par suite de l'expropriation de l'immeuble à la somme offerte par l'Administration de la voie maritime et acceptée par M. Sonnenberg, c'est-à-dire \$18,708.

An old authority, Cameron on The Law of Dower, published in 1882 in Toronto, was used by all counsel in this case. That book contains tables for calculating the value of the right of dower, and the Court of Appeal of Ontario held in *Re Smith* [1952] O.R. 135, that those tables are still usable in Ontario for calculating dower values.

The parties agreed at the trial that, using the Cameron tables and assuming a total compensation award of \$18,708, the "present value of the right of dower" of Mrs. Sonnenberg as of the date of expropriation, "provided she survives her husband", is \$1,234.60.²

Counsel for Mrs. Sonnenberg argued that she is entitled to payment of that amount now, with interest, and that payment should not have to await or be dependent upon her surviving her husband. Counsel for Mr. Sonnenberg argued that the said "present value" is qualified in the Cameron Table of Value, Appendix H, by the words "provided she survives her husband", and that the present value of Mrs. Sonnenberg's right of dower without being subject to the qualification of survival must be less than its value subject to survival, for the qualification is such that payment is dependent upon her surviving her husband, an eventuality that possibly may not occur.

A calculation was put before the Court (again using the Cameron tables and making an adjustment in the amount of present value to give effect to the qualification of survival) of the present value of Mrs. Sonnenberg's right of dower, if it is paid now, showing a value of \$734.59.

There was no dispute as to the accuracy of the calculations. No other calculations of dower values or methods of calculating such values were offered.

Counsel for Mr. Sonnenberg proposed 2 alternatives, (1) payment of \$734.59 now to Mrs. Sonnenberg, or (2) setting aside \$1,234.60

Dans la présente affaire, tous les avocats ont fait appel à une doctrine déjà ancienne, *The Law of Dower*, œuvre de Cameron publiée à Toronto en 1882. On y trouve des tables permettant de calculer la valeur d'un droit de douaire et la Cour d'appel de l'Ontario a décidé dans l'affaire *Re Smith* [1952] O.R. 135, que l'on peut encore se servir de ces tables en Ontario pour calculer la valeur d'un droit de douaire.

Les parties se sont entendues à l'instruction du procès, en se servant des tables contenues dans l'œuvre de Cameron et en prenant pour acquise l'adjudication d'une indemnité totale de \$18,708, pour fixer à \$1,234,60² la «valeur actuelle du droit de douaire» de madame Sonnenberg, calculée à la date de l'expropriation, [TRADUCTION] «pourvu qu'elle survive à son mari».

L'avocat de madame Sonnenberg a prétendu qu'elle est fondée à recevoir cette somme immédiatement, avec intérêt, et qu'il ne faut pas attendre le prédécès de son mari, le cas échéant, pour lui verser cette somme. L'avocat de M. Sonnenberg a prétendu que ladite «valeur actuelle» est restreinte, dans l'appendice H de la table des valeurs du livre de Cameron, par les mots [TRADUCTION] «pourvu qu'elle survive à son mari» et que la valeur actuelle du droit de douaire de madame Sonnenberg, calculée en l'absence de cette exigence de survie, doit être inférieure à celle calculée en tenant compte de cette exigence, puisque la restriction assujettit le versement à la survie de l'épouse, qui est un événement incertain.

Un calcul a été soumis à la Cour, établissant à \$734.59 la valeur du droit de douaire de madame Sonnenberg, si on le lui versait immédiatement (en se servant encore une fois des tables contenues dans le livre de Cameron et en faisant un ajustement au montant de la valeur actuelle pour tenir compte de l'absence de l'exigence de survie).

Aucune des parties n'a contesté l'exactitude des calculs. On n'a proposé aucun autre calcul de la valeur du droit de douaire ni aucune autre méthode pour fixer cette valeur.

L'avocat de M. Sonnenberg a recommandé l'adoption de l'une ou l'autre des deux façons de procéder suivantes: (1) que l'on verse immé-

in trust until survivorship is determined by the death of either Mr. or Mrs. Sonnenberg, to be paid to her if she becomes the survivor, to him if he becomes the survivor, with the annual income to be paid to him while both are alive. This latter alternative is along the lines of an order made in *Taylor v. Taylor* [1971] 1 O.R. 715.

In my opinion the present value of Mrs. Sonnenberg's dower interest, provided she survives her husband, is \$1,234.60; and if it is not subject to that provision and is payable now, it is \$734.59.

I sensed a feeling on the part of all parties that payment now of whatever amount is determined by the Court would be preferable to putting money in trust with distribution to await and be dependent upon survivorship. In any event, having regard to the relatively small amounts involved and the inconvenience and expenses that putting the money in trust and administering it would involve, I think that the ends of justice would be better served by payment to Mrs. Sonnenberg now of \$734.59 rather than requiring \$1,234.60 to be held in trust to await survivorship. She will also be entitled to payment of interest on \$734.59 at 5 per cent per annum from July 15, 1969, when she gave up possession, to the date of judgment. Mr. Sonnenberg received \$13,708 on May 2, 1968 and gave up possession at that time, and he will be entitled to payment now of \$4,265.41³ with interest at 5 per cent from that date to the date of judgment. Judgment will be to that effect. I think that the Court has power to make such an order by virtue of s. 30 of the *Expropriation Act*, R.S.C. 1952, c. 106, which reads as follows:

30. Such proceedings, so far as the parties thereto are concerned, bar all claims to the compensation money or any part thereof, including any claim in respect of dower, or of dower not yet open, as well as in respect of all mortgages, hypothecs or encumbrances upon the land or property; and the Court shall make such order for the distribution, payment or investment of the compensation money and for the

diatement à madame Sonnenberg la somme de \$734.59; (2) que l'on place en fiducie, jusqu'au moment où la mort de M. ou de M^{me} Sonnenberg tranchera la question de survie, la somme de \$1,234.60, qu'on versera à M^{me} Sonnenberg si elle survit à son époux ou à M. Sonnenberg s'il survit à son épouse, le revenu annuel étant versé à M. Sonnenberg tant que les deux conjoints seront vivants. Cette seconde méthode va dans le sens d'une ordonnance rendue par l'affaire *Taylor v. Taylor* [1971] 1 O.R. 715.

Selon moi, la valeur actuelle du droit de douaire de M^{me} Sonnenberg, si cette valeur est soumise à la condition de la survie de l'épouse, est de \$1,234.60; en l'absence d'une telle condition et dans l'hypothèse d'un paiement immédiat, la valeur est de \$734.59.

J'ai eu l'impression que toutes les parties préféreraient un paiement immédiat de la somme fixée par la Cour plutôt que de voir placer l'argent en fiducie jusqu'à sa distribution au moment de la mort du conjoint qui précéderait. En tout cas, eu égard aux sommes relativement modestes qui sont en jeu et aux inconvénients et aux frais qu'entraîneraient la mise en fiducie et l'administration de cet argent, j'estime que les fins de la justice seraient mieux servies en versant immédiatement à M^{me} Sonnenberg la somme de \$734.59 qu'en exigeant la mise en fiducie de la somme de \$1,234.60 jusqu'à la mort d'un des conjoints. Elle sera aussi fondée à recevoir un intérêt de 5 pour cent l'an sur la somme de \$734.59, à compter du 15 juillet 1969, date où elle a évacué les lieux, jusqu'à aujourd'hui, date du jugement. Le 2 mai 1968, M. Sonnenberg a reçu \$13,708 et a vidé les lieux à ce moment; il sera donc fondé à recevoir immédiatement la somme de \$4,265.41³ avec intérêt à 5 pour cent l'an de cette date jusqu'à aujourd'hui, date du jugement. Le jugement sera en ce sens. Je pense que la Cour a le pouvoir de rendre une telle ordonnance en vertu de l'art. 30 de la *Loi sur les expropriations*, S.R.C. 1952, c. 106, qui est rédigé comme suit:

30. Ces procédures, en ce qui concerne les parties intéressées, constituent une fin de non-recevoir contre toutes réclamations à l'indemnité pécuniaire ou à quelque partie de l'indemnité, y compris tout droit de douaire ou de douaire non encore ouvert, ainsi qu'à l'égard de tout mortgage, hypothèque ou charge sur ce terrain ou immeuble; et la cour rend, pour la distribution, pour le paiement ou pour le

securing of the rights of all persons interested, as to right and justice, and according to the provisions of this Act, and to law appertain.

As to costs, Mrs. Sonnenberg testified that no one from the Seaway Authority ever negotiated with her or made an offer to her. Counsel for the plaintiff submitted that the dispute between the defendants respecting distribution of the compensation was not attributable to the plaintiff. However, Mrs. Sonnenberg found it necessary to defend her right in court, and there was a real issue between the defendants respecting distribution of the compensation money and an absence of agreement between them and the plaintiff, as to such distribution. In the circumstances, I think that the defendants should have their costs of these proceedings, to be taxed.

Judgment will, therefore, be rendered

(1) declaring that the lands described in paragraph 2 of the Amended Information became vested in the St. Lawrence Seaway Authority on the 6th day of December, 1965;

(2) that the amount of compensation payable for the aforesaid lands and for all damages resulting from the expropriation thereof is \$18,708;

(3) that the defendant Mary Sonnenberg, upon her delivering to the plaintiff a valid and sufficient release of all or any claims in respect of her inchoate right of dower or other interest in the said lands that may have existed upon the lands at the time of the said expropriation, is entitled to be paid by the plaintiff the sum of \$734.59, with interest thereon at 5 per cent per annum as from July 15, 1969, to the date of judgment herein;

(4) that the defendant Norman Daniel Sonnenberg, upon his delivering to the plaintiff a valid and sufficient release or releases of all and any claims, liens, charges or encumbrances of any kind or nature whatsoever (other than claims by the defendant Mary Sonnenberg referred to in the next preceding paragraph 3) that may have existed upon the said lands at the time of the said expropriation, is entitled to be paid by the plaintiff the sum of \$4,265.41 with

placement de l'indemnité, ainsi que pour la garantie des droits de tous les intéressés, une ordonnance conforme au droit et à la justice, ainsi qu'aux dispositions de la présente loi et de la loi générale.

Quant aux frais, madame Sonnenberg a déclaré dans son témoignage qu'aucun fonctionnaire de l'Administration de la voie maritime n'a jamais négocié avec elle ni ne lui a fait d'offre. L'avocat de la demanderesse a prétendu que le litige entre les défendeurs en ce qui concerne la répartition de l'indemnité n'était pas imputable à la demanderesse. M^{me} Sonnenberg a toutefois trouvé nécessaire de défendre son droit devant les tribunaux et il y a eu entre les défendeurs une réelle contestation et un désaccord entre eux et la demanderesse en ce qui concerne la répartition de l'indemnité. Dans ces conditions, je pense que les défendeurs doivent être tenus aux frais taxables de leurs procédures.

Par conséquent, le jugement qui sera rendu déclarera:

(1) que les terrains décrits à l'alinéa 2 de l'information modifiée ont été dévolus à l'Administration de la voie maritime du Saint-Laurent le 6 décembre 1965;

(2) que le montant de l'indemnité desdits terrains et de tous les dommages résultant de l'expropriation est de \$18,708;

(3) que la défenderesse, dame Mary Sonnenberg, sur remise à la demanderesse de bonne et valable quittance de son droit de douaire éventuel ou de ses autres intérêts dans ledit terrain qui pouvaient grever ce terrain à la date de l'expropriation, est fondée à recevoir de la demanderesse la somme de \$734.59, avec intérêt sur cette somme à 5 pour cent l'an à compter du 15 juillet 1969 jusqu'à aujourd'hui, date du jugement;

(4) que le défendeur, Norman Daniel Sonnenberg, sur remise à la demanderesse de bonne et valable quittance de tous les droits, privilèges, charges ou servitudes de nature quelconque (autres que les droits de la défenderesse, dame Mary Sonnenberg, dont il est question à l'alinéa précédent, l'alinéa 3) qui pouvaient grever ledit terrain à la date de l'expropriation, est fondé à recevoir de la demanderesse la somme de \$4,265.41 avec intérêt sur cette somme au taux de

interest thereon at 5 per cent per annum as from May 2, 1968, to the date of judgment; and

(5) that the defendants are entitled to be paid by the plaintiff their respective costs of this action, to be taxed.

¹ At the trial, counsel for Mary Sonnenberg submitted that the lands had been expropriated before that order was issued and therefore the order was not effective. I do not need to rule on that point.

² Adjustable according to the amount of compensation actually awarded.

³ Being \$18,708 minus the aggregate of \$13,708 and \$734.59.

5 pour cent l'an à compter du 2 mai 1968 jusqu'à aujourd'hui, date du jugement; et

(5) que les défendeurs sont fondés à recevoir de la demanderesse leurs proportions respectives des frais taxables de la présente action.

¹ A l'instruction, l'avocat de dame Mary Sonnenberg a prétendu que le terrain avait été exproprié avant la délivrance de cette ordonnance et que celle-ci n'avait par conséquent aucune valeur. Je n'ai pas besoin de statuer sur cette question.

² Cette somme est susceptible de varier selon le montant de l'indemnité qui sera en fait adjugée.

³ C'est-à-dire \$18,708 moins le total de \$13,708 et de \$734.59.

Seaspan International Ltd. and Seaboard Lumber Sales Co. Ltd. (Appellants)

v.

The "Kostis Prois" and Aegean CIA. Naviera S.A. (Respondents)

Court of Appeal, Jackett C.J., Thurlow and Heald JJ.—Vancouver, July 21, 1971.

Appeal—Jurisdiction—Judgment of Exchequer Court—No appeal to Court of Appeal.

There is no right of appeal to the Federal Court of Appeal from a judgment of the Exchequer Court rendered before the *Federal Court Act* came into force but, *semble*, any right of appeal from such judgment to the Supreme Court of Canada that existed at the time it was delivered is unaffected by the coming into force of the *Federal Court Act*.

APPEAL from judgment of Exchequer Court.

W. O. M. Forbes, for appellants.

V. R. Hill, Q.C., for respondents.

The judgment of the Court was delivered by

JACKETT C. J. —In this matter the Court has, pursuant to Rule 1100(2), given the parties an opportunity to be heard on the question whether this appeal should be quashed as being outside the jurisdiction of the Court.

On June 11, 1971, there was filed in the Registry a document purporting to be a notice of an appeal from a judgment of the Exchequer Court of Canada rendered on May 31, 1971.

At the time that the judgment appealed from was rendered, the Exchequer Court of Canada was a court constituted and operating under the *Exchequer Court Act* and the *Admiralty Act* and there was a right of appeal (with immaterial exceptions) from any judgment rendered by it to the Supreme Court of Canada.

A short time after the judgment appealed from was rendered—on June 1, 1971—there came into force the *Federal Court Act*, by virtue of which

Seaspan International Ltd. et Seaboard Lumber Sales Co. Ltd. (Appellants)

c.

Le «Kostis Prois» et Aegean CIA. Naviera S.A. (Intimés)

Cour d'appel, le juge en chef Jackett, les juges Thurlow et Heald—Vancouver, le 21 juillet 1971.

Appel—Compétence—Jugement de la Cour de l'Échiquier—L'appel ne peut être porté devant la Cour d'appel fédérale.

Il n'existe aucun droit d'appel à la Cour d'appel fédérale d'un jugement de la Cour de l'Échiquier rendu avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur la Cour fédérale*; il *semble*, cependant, que tout droit d'appel d'un tel jugement interjeté devant la Cour suprême du Canada et existant au moment où le jugement a été rendu, ne soit pas affecté par l'entrée en vigueur de la *Loi sur la Cour fédérale*.

APPEL d'un jugement de la Cour de l'Échiquier.

W. O. M. Forbes, pour les appelants.

V. R. Hill, c.r., pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF JACKETT—En l'espèce la Cour, conformément à la Règle 1100(2), a donné aux parties l'occasion de se faire entendre sur la question de savoir s'il fallait annuler l'appel considéré comme ne relevant pas de la compétence de la Cour.

Le 11 juin 1971 était déposé au greffe un document portant avis d'appel d'un jugement de la Cour de l'Échiquier du Canada rendu le 31 mai 1971.

Quand le jugement dont il est fait appel a été rendu, la Cour de l'Échiquier du Canada était un tribunal créé et fonctionnant en vertu de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier* et de la *Loi sur l'Amirauté*; il existait alors un droit d'appel, (à quelques exceptions insignifiantes près) de tout jugement qu'elle rendait, devant la Cour suprême du Canada.

Peu après que le jugement dont il est fait appel ait été rendu, le 1^{er} juin 1971, la *Loi sur la Cour fédérale* est entrée en vigueur. En vertu de cette loi

- (a) The Exchequer Court of Canada was re-named the Federal Court of Canada,
 (b) that Court was divided into two courts, viz
 (i) the Trial Division, and
 (ii) the Federal Court of Appeal,
 (c) the Trial Division took over some, but not all, of the jurisdiction of the Court as it existed before June 1, 1971,
 (d) the Federal Court of Appeal took over a small part of the jurisdiction of the Court as it existed before June 1, 1971, and acquired jurisdiction, *inter alia*, in appeals from decisions of the Trial Division.

There is, however, no provision in the *Federal Court Act* that expressly confers on the Federal Court of Appeal any jurisdiction in appeal in respect of decisions rendered by the Exchequer Court of Canada before the Federal Court of Appeal came into existence; and we have not been able to imply any such jurisdiction from secs. 3, 4 and 27 of the *Federal Court Act* as suggested to us by Mr. Forbes, counsel for the appellant.

As a right of appeal to a court such as the Federal Court of Appeal must be created by statute and as there is no statutory provision to which our attention has been drawn that expressly or impliedly, authorizes the present appeal, it is our conclusion that this appeal must be quashed.

I should also say that, even if there was a jurisdiction provision that was otherwise broad enough to embrace this appeal, we should have had to consider whether the Court's jurisdiction was not restricted by virtue of the general rule that a new right of appeal applies only in respect of decisions in proceedings commenced after the right of appeal was created read in the light of s. 61 of the *Federal Court Act*. In this connection I have to refer to my discussion of the problem that arose in the Canadian Association of Broadcasters application. [See *Re Copy-right Appeal Board* reported in this volume.]

- a) La Cour de l'Échiquier du Canada s'appelle désormais Cour fédérale du Canada,
 b) ce tribunal a été divisé en deux cours, savoir:
 (i) la Division de première instance et
 (ii) la Cour d'appel fédérale,
 c) la Division de première instance s'est vue attribuer, dans l'ensemble, la compétence de la Cour telle qu'elle existait avant le 1^{er} juin 1971,
 d) la Cour d'appel fédérale s'est vue attribuer une petite fraction de la compétence de la Cour telle qu'elle existait avant le 1^{er} juin 1971 et à laquelle s'est ajoutée, entre autres, une compétence en matière d'appel des décisions de la Division de première instance.

Aucune disposition de la *Loi sur la Cour fédérale* ne conférant expressément à la Cour d'appel fédérale compétence en matière d'appel des décisions rendues par la Cour de l'Échiquier du Canada avant la création de la Cour d'appel fédérale, nous n'avons pu déduire cette compétence des art. 3, 4 et 27 de la *Loi sur la Cour fédérale* comme nous le suggérait M. Forbes, avocat de l'appelant.

Comme tout droit d'appel à un tribunal tel que la Cour d'appel fédérale doit être établi par la loi et comme nous n'avons retenu aucune disposition légale autorisant expressément ou implicitement le présent appel, notre conclusion est de l'annuler.

Je dois ajouter également que, même s'il existait une disposition sur la compétence suffisamment large pour comprendre cet appel, il aurait fallu se demander si la compétence de la Cour n'était pas limitée par la règle générale voulant que tout nouveau droit d'appel ne vaut que pour les décisions rendues dans des procès intentés après la création du droit d'appel, et ce à la lumière de l'art. 61 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Sur ce point, je renvoie à ma discussion du problème soulevé dans l'affaire de l'Association canadienne des radiodiffuseurs. [Voir In re la Commission d'appel du droit d'auteur qui se rapporte dans ce tome.]

It goes without saying that, if we are correct, any right of appeal to the Supreme Court of Canada that existed at the time that the judgment under appeal was delivered is unaffected by the coming into force of the *Federal Court Act*.

Il va sans dire que, même si nous avons raison, tout droit d'appel devant la Cour suprême du Canada existant au moment où le jugement en appel a été rendu, n'est pas touché par l'entrée en vigueur de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Standard Coil Products (Canada) Limited
(Appellant)

v.

Standard Radio Corporation (Respondent)

and

The Registrar of Trade Marks

Trial Division, Cattanach J.—Ottawa, June 28, 29, 1971.

Trade Marks—Application to register word “Standard” with design for television sets, etc.—Opposition—Disclaimer by applicant of word apart from mark—Whether word capable of being distinctive—Whether confusion between two marks—Appeal from Registrar of Trade Marks—Additional evidence before Court—Trade Marks Act, secs. 6(2), 12(2), 16(1).

Standard Radio Corp. applied to register a trade mark of the word “Standard” together with a small design for use in association with television sets, radios, etc, but expressly disclaimed the right to the exclusive use of the word “Standard” apart from the mark. Standard Coil Products (Canada) Ltd opposed the application on the ground that at the date of first use alleged in the application, viz March 1960, the trade mark was not registrable by virtue of s. 16(1) of the *Trade Marks Act* because it was confusing with the trade mark “Standard” which had been used by the opponent continuously in Canada since July 1955 in association with television tuners. The Registrar of Trade Marks rejected the opposition on the ground that the evidence before him did not establish that the word “Standard” had become distinctive of the opponent’s wares. The opponent appealed. The opponent sold its television tuners to manufacturers of television receivers and also to television repairmen and had approximately 50% of the Canadian market for television tuners, its sales averaging approximately \$2,000,000 a year. No evidence of actual confusion was adduced by the opponent.

Held, the appeal should be allowed.

1. Under s. 12(2) of the *Trade Marks Act* the word “Standard” although not inherently distinctive can become distinctive if used so as actually to distinguish the user’s wares. A trade mark can be distinctive of a person’s wares even if he has a monopoly of such wares. On the material before the court, not all of which was before the Registrar, the opponent had discharged the onus of establishing that the trade mark “Standard” did actually distinguish its wares.

2. Evidence of actual confusion was not essential to a finding that the two marks were confusing within the mean-

Standard Coil Products (Canada) Limited
(Appelante)

c.

Standard Radio Corporation (Intimée)

et

The Registrar of Trade Marks

Division de première instance, le juge Cattanach—Ottawa, le 28, 29 juin 1971

Marques de commerce—Demande d’enregistrement du mot «Standard» et d’un symbole en liaison avec des appareils de télévision, etc.—Opposition—La requérante s’est désistée pour ce mot mais non pour la marque—Ce mot peut-il être distinctif?—Y a-t-il confusion entre les deux marques?—Appel d’une décision du registraire des marques de commerce—Preuve additionnelle présentée à la Cour—Loi sur les marques de commerce, art. 6(2), 12(2), 16(1).

La Standard Radio Corp. a demandé l’enregistrement à titre de marque de commerce du mot «Standard» ainsi que d’un petit symbole destinés à être employés en liaison avec des appareils de télévision, de radio, etc. et s’est expressément désistée du droit à l’emploi exclusif du mot «Standard» mais non de la marque. La Standard Coil Products (Canada) Ltd s’est opposée à la demande au motif qu’à la date de la première utilisation mentionnée dans la demande, savoir mars 1960, la marque de commerce n’était pas enregistrable en vertu de l’art. 16(1) de la *Loi sur les marques de commerce* parce qu’elle créait de la confusion avec la marque de commerce «Standard» que l’opposante avait employée au Canada de façon continue depuis juillet 1955 en liaison avec des blocs d’accord de téléviseurs. Le registraire des marques de commerce a rejeté l’opposition au motif que la preuve qui lui était apportée n’établissait pas que le mot «Standard» avait permis de distinguer les marchandises de l’opposante. L’opposante a interjeté appel. L’opposante vendait ses blocs d’accord de téléviseurs aux fabricants de postes récepteurs de télévision ainsi qu’aux réparateurs d’appareils de télévision et bénéficiait d’environ 50% du marché canadien des blocs d’accord de téléviseurs; ses ventes se chiffraient en moyenne à environ \$2,000,000 par an. L’opposante n’a apporté aucune preuve de confusion véritable.

Arrêt: L’appel est accueilli.

1. En vertu de l’art. 12(2) de la *Loi sur les marques de commerce*, le mot «Standard», même s’il n’est pas distinctif en lui-même, peut le devenir s’il est employé de façon à distinguer véritablement les marchandises de l’usager. Une marque de commerce peut distinguer les marchandises d’une personne même si elle en a le monopole. D’après les preuves présentées à la Cour, dont une certaine partie n’a pas été soumise au registraire, l’opposante s’est libérée de la charge de la preuve en établissant que la marque de commerce «Standard» distinguait véritablement ses marchandises.

2. La preuve de la confusion véritable n’était pas essentielle pour permettre de conclure que les deux marques

ing of s. 6(2) of the Act. As a matter of first impression it must be found on the evidence that use of the two marks was pregnant with possible confusion.

APPEAL from Registrar of Trade Marks.

John C. Osborne, Q.C., and Miss R. Perry, for appellant.

Malcolm S. Johnston and J. T. Wilbur, for respondent.

CATTANACH J. —This is an appeal by the appellant herein from a decision of the Registrar of Trade Marks dated May 22, 1970 rejecting the opposition of the appellant to an application by the respondent to register a trade mark of the word "Standard" together with a design, generally in the form of an inverted equilateral triangle with rounded corners in which the uppermost line of the triangle is broken to accommodate the letters SR in block print with the tail of the letter "R" extending into the triangle as the representation of a lightning bolt or electric current for use in association with radios, tape recorders, receivers, phonographs, television sets and parts thereof.

The respondent, in its application for registration, disclaimed the right to the exclusive use of the word "Standard" apart from the mark.

In my opinion, this disclaimer has no effect upon the issues to be resolved. Under the *Unfair Competition Act, 1932*, all trade marks were divided into two classes, (1) those consisting of words, and (2) those consisting of designs. This division of trade marks into two mutually exclusive classes was abolished in the *Trade Marks Act*. What the respondent applied for is a composite mark and it is the trade mark in its entirety which is to be used in comparing one mark with another to determine whether there is a likelihood of confusion between them.

In the trade mark applied for by the respondent the word "Standard" remains an integral part and the dominant feature thereof, despite the respondent's disclaimer to the right to the

créaient de la confusion au sens de l'art. 6(2) de la Loi. On doit découvrir d'après la preuve, pour une question qui relève d'une impression première, que l'emploi des deux marques regorgeait de possibilités de confusion.

APPEL d'une décision du registraire des marques de commerce.

John C. Osborne, c.r. et M^{lle} R. Perry, pour l'appelante.

Malcolm S. Johnston et J. T. Wilbur, pour l'intimée.

LE JUGE CATTANACH—Il s'agit de l'appel d'une décision du registraire des marques de commerce datée du 22 mai 1970 rejetant l'opposition de l'appelante à une demande de l'intimée visant à faire enregistrer une marque de commerce composée du mot «standard» ainsi que d'un symbole dont la forme se rapproche de celle d'un triangle équilatéral renversé; ses coins sont arrondis et son côté supérieur est formé d'une ligne brisée représentant les lettres SR en caractères moulés; l'extrémité libre de la lettre «R» se prolonge à l'intérieur du triangle pour représenter un éclair ou une décharge électrique; le tout est destiné à être utilisé en liaison avec des appareils radio, des magnétophones, des appareils récepteurs, des tourne-disques, des appareils de télévision et leurs pièces.

Dans sa demande d'enregistrement, l'intimée s'est désistée du droit à l'usage exclusif du mot «Standard» indépendamment de la marque de commerce.

A mon avis, ce désistement est sans effet sur les questions à trancher. La *Loi sur la concurrence déloyale* de 1932 répartissait les marques de commerce en deux catégories, (1) celle composée de mots et (2) celle composée de symboles. Cette répartition des marques de commerce en deux catégories s'excluant l'une l'autre a été abolie dans la *Loi sur les marques de commerce*. L'intimée a demandé une marque de commerce mixte et c'est la marque de commerce dans son entier qui doit servir de comparaison avec une autre pour établir s'il y a ressemblance ou confusion entre elles.

Le mot «Standard» demeure partie intégrante et constitue toujours la caractéristique principale de la marque de commerce demandée par l'intimée malgré son désistement au droit à l'u-

exclusive use of that word. The design portion, which is small in size in comparison with the size of the word "Standard" is dwarfed into insignificance thereby. Visually the word "Standard" overwhelms all else.

The respondent claims use of the mark in Canada since March 1960.

The appellant opposed the application for registration by the respondent before the Registrar on the ground set out in s. 37(2)(a) of the Act that,

(1) the application did not comply with the requirements of s. 29 and should have been refused by the Registrar under s. 36(1)(a)¹.

(2) on the ground set out in s. 37(2)(c) that the applicant (i.e. the respondent herein) is not the person entitled to registration of the trade mark claimed in the application having regard to s. 16(1)². The basis of this ground of objection was that as at the date of first use alleged in the application (March 1960) the trade mark claimed was confusing with the trade mark "Standard" which had been previously used by the appellant continuously in Canada since July 1955, and by its predecessor in title since 1946, in association with television tuners and components therefor and as a result of this use the trade mark actually distinguished the wares of the appellant.

Section 37(2) is reproduced hereunder as a footnote.³

In his reasons for rejecting the opposition the Registrar said in part, as follows:

The applicant denied these allegations and contended in support of its application that its trade mark differs visually from the opponent's mark in that it comprises the letters "SR" and device in combination with the word "STANDARD" whereas the opponent's mark consists solely of the word "STANDARD" which is a non-distinctive common English word, and that the wares of the parties are distinctively different.

Both parties filed affidavit evidence and written arguments which I have carefully considered and a hearing was held. It is clear from the evidence adduced that the opponent has used the trade mark STANDARD prior to the use of the applicant of its trade mark reproduced above and that

sage exclusif de ce mot. La partie symbole, dont le format est nettement inférieur à celui du mot «Standard», perd ainsi toute signification. La représentation du mot «Standard» l'emporte sur tout le reste.

L'intimée affirme employer au Canada la marque depuis mars 1960.

L'appelante s'est opposée à la demande d'enregistrement de l'intimée devant le registraire, en invoquant

(1) l'article 37(2)a) au motif que la demande ne satisfait pas aux exigences de l'art. 29 et aurait dû être refusée par le registraire en vertu de l'art. 36(1)a)¹.

(2) l'article 37(2)c) au motif que la requérante (i.e. l'intimée aux présentes) n'est pas la personne ayant droit à l'enregistrement de la marque de commerce revendiquée dans la demande vu l'art. 16(1)². Cette opposition se fondait sur le fait qu'à la date où, d'après la demande, la marque de commerce demandée a été en premier lieu employée (mars 1960), elle créait de la confusion avec la marque de commerce «Standard» qui avait été antérieurement employée au Canada par l'appelante, sans interruption depuis juillet 1955 et par son prédécesseur en titre depuis 1946, en liaison avec des blocs d'accord de téléviseurs et leurs pièces et, en raison de cet emploi, la marque de commerce caractérisait réellement les marchandises de l'appelante.

Voir l'art. 37(2) en note.³

En rejetant l'opposition, le registraire déclarait entre autres dans ses motifs:

[TRADUCTION] La requérante a rejeté ces arguments et a soutenu à l'appui de sa demande que sa marque de commerce diffère en apparence de celle de l'opposante du fait qu'elle comprend les lettres «SR» et un symbole en association avec le mot «STANDARD» tandis que la marque de commerce de l'opposante n'est composée que du mot «STANDARD» qui est un mot anglais courant ne comportant aucun caractère distinctif, et que les marchandises des parties comportent des différences claires.

Les deux parties ont apporté des preuves par voie d'affidavits et ont déposé des plaidoiries écrites que j'ai étudiées avec attention; une audition a été tenue. La preuve montre clairement que l'opposante a employé la marque de commerce STANDARD avant que la requérante n'emploie la

the wares of the parties are very closely related. Thus the only issue for determination is whether the marks are confusing within the meaning of Section 6 of the Trade Marks Act.

The word "STANDARD" possesses no inherent distinctiveness and is highly descriptive of the quality of the wares in association with which it is used by the parties. Notwithstanding the fact that the opponent has used "STANDARD" as a trade mark continuously and extensively in Canada since at least the month of July 1955, the evidence is insufficient to establish that "STANDARD" has become distinctive of the opponent's wares. In the circumstances of the case, I conclude that the grounds of opposition are not well founded.

The opposition is accordingly rejected pursuant to Section 37(8) of the Trade Marks Act.

From the foregoing reasons it is clear that the Registrar found upon the evidence adduced before him that the appellant had used the word "Standard" continuously and extensively in Canada as a trade mark well prior to the use by the respondent of its trade mark. He also concluded that the wares of the parties with which the respective trade marks are associated are very closely related.

He then poses the question to be answered by himself in the following language:

Thus the only issue for determination is whether the marks are confusing within the meaning of Section 6 of the Trade Marks Act.

He does not answer that question in specific terms but he does state that the evidence before him was insufficient to establish that the word "Standard" had become distinctive of the appellant's wares and accordingly rejected the appellant's opposition to the respondent's application for the registration of its mark.

I therefore assume that the Registrar must have had in mind that, despite the fact he said that the word "Standard" possesses no inherent distinctiveness and is highly descriptive of the quality of the wares of both parties, the long and continued use of the word "Standard" was capable of actually distinguishing the appellant's wares from the wares of others but that the evidence before him did not establish that the mark had become distinctive of the appellant's wares in fact.

marque de commerce reproduite ci-dessus et que les marchandises des parties sont étroitement liées. Ainsi, le seul point en litige est de savoir si les marques de commerce créent de la confusion au sens de l'article 6 de la *Loi sur les marques de commerce*.

En lui-même, le mot «STANDARD» n'a aucun caractère distinctif et n'est qu'une description de la qualité des marchandises en liaison avec lesquelles les parties l'emploient. Nonobstant le fait que l'opposante ait employé au Canada, de façon continue et sur une grande échelle, le mot «STANDARD» comme marque de commerce depuis au moins le mois de juillet 1955, la preuve est insuffisante pour établir que le mot «STANDARD» a permis de distinguer ses marchandises. Dans ces circonstances, je conclus que les motifs d'opposition ne sont pas bien fondés.

L'opposition est donc rejetée conformément à l'art. 37(8) de la *Loi sur les marques de commerce*.

Il ressort clairement de ces motifs que le registraire a conclu d'après la preuve qui lui a été présentée que l'appelante avait employé au Canada le mot «Standard» comme marque de commerce de façon continue et sur une grande échelle bien avant que l'intimée n'emploie la sienne. Il a conclu également que les marchandises des parties, en liaison avec lesquelles sont utilisées leurs marques de commerce respectives, sont très étroitement liées.

Il pose alors, de la façon suivante, le problème qu'il doit trancher:

[TRADUCTION] Ainsi, le seul point en litige est de savoir si les marques de commerce créent de la confusion au sens de l'article 6 de la *Loi sur les marques de commerce*.

Il ne tranche pas ce problème de façon précise; il déclare toutefois que la preuve qui lui a été présentée ne suffisait pas pour établir que le mot «Standard» avait permis de distinguer les marchandises de l'appelante; il a donc rejeté l'opposition que l'appelante avait formulée contre la demande d'enregistrement de l'intimée.

Je présume donc que le registraire a dû penser, bien qu'il ait déclaré qu'en soi le mot «Standard» ne possède aucun caractère distinctif et qu'il n'est qu'une description de la qualité des marchandises des deux parties, que l'emploi prolongé et continu du mot «Standard» pouvait permettre de distinguer véritablement les marchandises de l'appelante et celles des autres mais que la preuve qui lui avait été présentée n'a pas établi que la marque caractérisait effectivement les marchandises de l'appelante.

Having so found I assume that the Registrar must then have answered the question he posed for himself as to whether the marks were confusing in the negative for the reason that if the appellant's mark was not distinctive in fact there could be no confusion with it.

The substance of the argument on behalf of the appellant before me, as I understood it, is summarized as follows:—

(1) that the key to the appellant's case is s. 16(1)(a) of the *Trade Marks Act* in that the respondent is not entitled to registration of the mark for which it applied since at the date on which the respondent first used its mark, i.e. March 1960, that mark was confusing with the trade mark that had been previously used in Canada by the appellant;

(2) that the appellant has successfully established its case in that it has shown by affidavit evidence,

(a) that the appellant has used the word "Standard" as "use" is contemplated by s. 4(1)⁴ as a trade mark prior to the use of a similar mark for the same and similar wares by the respondent;

(b) that the word "Standard" has been used by the appellant as a trade mark within the meaning of s. 2(t)(i)⁵ and by that use the trade mark actually distinguishes the wares in association with which it is so used by the appellant from the wares of others so that the mark has become "distinctive" within the meaning of s. 2(f);⁶ and

(c) that on the issue of confusion between the two marks it is self-evident in that the appellant's mark is the word "Standard" and the respondent's mark is dominated by the word "Standard".

The principal thrust of the position taken by the respondent before me was that

(1) the appellant did not use the word "Standard" as a trade mark;

(2) that the word "Standard" as used by the appellant is not distinctive of the appellant's wares at the critical time of the first use by the

En concluant ainsi je présume que le registraire a alors dû répondre par la négative à la question qu'il se posait, à savoir si les marques de commerce créaient de la confusion, car si la marque de l'appelante n'était pas effectivement distinctive il ne pouvait y avoir de confusion.

Si j'ai bien compris, les arguments que m'a présentés l'appelante se résument en substance ainsi:

(1) la clé de l'argumentation de l'appelante repose sur l'art. 16(1)a) de la *Loi sur les marques de commerce* en ce sens que l'intimée n'a pas droit à l'enregistrement demandé de la marque de commerce puisque, à la date où l'intimée l'a en premier lieu employée, i.e. mars 1960, cette marque créait de la confusion avec la marque de commerce antérieurement employée au Canada par l'appelante;

(2) l'appelante a réussi à démontrer sa thèse en établissant par voie d'affidavits

a) que l'appelante a employé le mot «Standard», dans le sens du mot «employée» que donne l'art. 4(1)⁴, c'est-à-dire comme marque de commerce antérieurement à l'emploi d'une marque similaire par l'intimée en liaison avec des marchandises identiques et similaires;

b) que l'appelante a employé le mot «Standard» comme marque de commerce selon la définition de l'art. 2(t)(i)⁵ et que par cet emploi la marque de commerce distingue véritablement les marchandises en liaison avec lesquelles l'appelante l'emploie de celles des autres et que cette marque est devenue «distinctive» au sens de l'art. 2(f);⁶ et

c) que, sur la question de confusion entre les deux marques, il est évident en soi que la marque de commerce de l'appelante est le mot «Standard» et que celle de l'intimée a pour nom «Standard».

Le point principal de la position que l'intimée a prise devant moi était le suivant

(1) l'appelante n'a pas employé le mot «Standard» comme marque de commerce;

(2) le mot «Standard», comme l'a employé l'appelante, ne distinguait pas ses marchandises

respondent of its mark (i.e. March 1960) because

(a) the word "Standard" is a laudatory epithet and as such is incapable of being distinctive;

(b) the word "Standard" was used in association with wares produced by a person other than appellant, i.e. its parent company in the United States and accordingly there was not an exclusive use by the appellant;

(c) the appellant enjoyed a monopoly in Canada in the production and sale of television tuners prior to 1964 and accordingly the use of the word "Standard" by the appellant could not be distinctive of its wares since there were no wares of others from which to distinguish the appellant's wares;

(3) that the evidence adduced by the appellant falls short of establishing that the word "Standard" as used by the appellant does in fact actually distinguish the wares of the appellant; and

(4) that there is no possibility of confusion between the conflicting marks in any event because the wares are directed to a sophisticated market and no evidence whatsoever was adduced by the appellant directed to the likelihood of confusion.

The first contention of the respondent is that the appellant has not used the word "Standard" as a trade mark.

The Registrar in his reasons for rejecting the appellant's opposition to the respondent's application for registration said,

It is clear from the evidence adduced that the opponent has used the trade mark STANDARD . . .

and he also said,

Notwithstanding the fact that the opponent has used "STANDARD" as a trade mark continuously and extensively in Canada since at least the month of July 1955, the evidence is insufficient to establish that "STANDARD" has become distinctive of the opponent's wares . . .

I interpret the above language of the Registrar as a finding that the appellant has used the word "Standard" as a trade mark. The respondent contends that he erred in doing so.

au moment précis du premier emploi qu'en fait l'intimée (i.e. en mars 1960) parce que

a) le mot «Standard» est un qualificatif élogieux et, comme tel, il ne peut être distinctif;

b) le mot «Standard» était employé en liaison avec des marchandises produites par une personne autre que l'appelante, i.e. sa compagnie mère aux États-Unis; l'appelante n'était donc pas un usager exclusif;

c) avant 1964, l'appelante bénéficiait au Canada, d'un monopole de production et de vente de blocs d'accord de téléviseurs; l'emploi du mot «Standard» ne pouvait par conséquent distinguer ses marchandises puisque personne d'autre ne fabriquait de marchandises dont il fallait distinguer les premières;

(3) la preuve qu'a présentée l'appelante n'a pas réussi à établir que le mot «Standard» de la façon dont elle l'a employé, distingue en fait véritablement les marchandises de l'appelante; et

(4) du reste, il n'existe aucune possibilité de confusion entre les marques concurrentes parce que les marchandises sont destinées à une clientèle spéciale; l'appelante n'a produit aucune preuve quelconque démontrant la possibilité de confusion.

Selon la première prétention de l'intimée, l'appelante n'aurait pas employé le mot «Standard» comme marque de commerce.

En rejetant l'opposition formulée par l'appelante contre la demande d'enregistrement de l'intimée, le registraire déclarait:

[TRADUCTION] La preuve montre clairement que l'opposante a employé la marque de commerce STANDARD . . .

il déclarait également,

[TRADUCTION] Nonobstant le fait que l'opposante ait employé au Canada, de façon continue et sur une grande échelle, le mot «STANDARD» comme marque de commerce depuis au moins le mois de juillet 1955, la preuve est insuffisante pour établir que le mot «STANDARD» a permis de distinguer ses marchandises . . .

J'interprète ces termes du registraire comme une conclusion selon laquelle l'appelante a employé le mot «Standard» comme marque de commerce. L'intimée soutient que, ce faisant, le registraire a fait erreur.

The wares of the appellant, (i.e. television tuners) are not susceptible of having the word marked upon them.

However the packages in which they were distributed bore the words "In TV it's Standard Tuners". The words "In TV its" appear on one line in block capital letters throughout. In the middle, or second line, the word "Standard" appears alone in script printing and is underlined by a line extending fully across the carton. In the third line the word "tuners" appears in the same type as the initial words. It is true that the five words when read together constitute a legend, but the word "Standard" stands out because it is isolated on a line devoted to the word "Standard" alone, it is printed in a different and more striking type of print which emphasizes the word and the word is underlined.

The appellant inserted advertisements in trade magazines directed to the Canadian electronic trade. One such advertisement was directed to TV technicians extolling the qualities of Standard Replacement Tuners. The words "Standard Replacement Tuners" appear seven times in various parts of the text of the advertisement. In each instance the words are in larger print than the surrounding print and in each instance the word "Standard" is printed in a different style of type from the words "replacement tuner" so that the word "Standard" stands out.

On the invoices of the appellant the divisions of its business are described as, Standard tuners, Casco products, Grigby switches and Anchorlok.

The respondent contends that this is not a trade mark use of the word "Standard" because in no instance was the word "Standard" used alone but is followed invariably by the word "tuner" and that in this context the word "Standard" is used as an adjective modifying the word "tuner".

In my opinion the Registrar was right in finding that the appellant has used the word "Standard" as a trade mark. I fail to follow how the use of a generic word qualified by a distinctive word (assuming that the word "Standard" is

On ne peut inscrire ce mot sur les marchandises de l'appelante, (i.e. des blocs d'accord de téléviseurs).

Cependant, les emballages de distribution portent les mots «In TV its Standard Tuners». Les mots «In TV its» apparaissent en majuscules et lettres moulées sur une ligne. Le mot «Standard» en caractères manuscrits apparaît au centre ou deuxième ligne et il est souligné d'une ligne sur toute la largeur de l'emballage. A la troisième ligne, le mot «tuners» apparaît sous la même forme que les premiers mots. Il est exact que les cinq mots, lus ensemble, forment une inscription, mais le mot «Standard» ressort parce qu'il est isolé sur une ligne qui lui est entièrement consacrée, qu'il est imprimé en caractères différents et plus frappants qui attirent l'attention sur le mot et que celui-ci est souligné.

L'appelante fait des insertions publicitaires dans des revues commerciales destinées au secteur électronique canadien. Une de ces annonces s'adressait aux techniciens de la télévision et vantait les qualités des blocs d'accord de rechange Standard. L'expression «Blocs d'accord de rechange Standard» revient à sept reprises à divers endroits du texte de l'annonce. A chaque occasion, l'expression est imprimée en caractères plus gros que les autres et chaque fois le mot «Standard» est en caractères différents des mots «replacement tuner», de sorte que l'attention est attirée sur le mot «Standard».

Sur les factures de l'appelante, on intitule les divisions de son entreprise comme suit: [TRANSLATION] Blocs d'accord Standard, produits Casco, interrupteurs Grigby et Anchorlok.

L'intimée soutient que ceci ne constitue pas un emploi à titre de marque de commerce du mot «Standard» parce que le mot n'est jamais employé seul; il est, au contraire, suivi sans exception des mots «bloc d'accord» et dans ce contexte le mot «Standard» est employé comme adjectif qualifiant l'expression «bloc d'accord».

A mon avis, le registraire avait raison de conclure que l'appelante a employé le mot «Standard» comme marque de commerce. Je ne puis voir comment l'emploi d'un mot générique que qualifie un mot spécifique (en supposant que le mot «Standard» soit spécifique) peut

distinctive) can destroy the efficacy of the use of the distinctive word as a trade mark.

The dominant word is "Standard" both in its visual and phonetic sense and no person would be led to believe that it is merely an adjectival use of the word to modify the word "tuner".

The facts of the present appeal differ substantially from those before Cameron J. in *Standard Stoker Co. v. Registrar of Trade Marks* [1947] Ex.C.R. 437.

In my opinion the objection of the respondent on this ground must fail.

The respondent next contended that the word "Standard" is incapable of becoming distinctive.

The word "Standard" when used as a noun is defined in the Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed. as meaning "an authoritative recognized exemplar of correctness, perfection or some definite degree of quality" and as an adjective as meaning "having the prescribed or normal size, amount, power or degree of quality".

The meaning of the word was considered and commented upon in *Standard Ideal Co. v. Standard Sanitary Mfg. Co.* [1911] A.C. 78, where Lord Macnaghten said at page 84:

Now the word "standard" is a common English word. It seems to be used not unfrequently by manufacturers and merchants in connection with the goods they put upon the market. So used it has no very precise or definite meaning. But obviously it is intended to convey the notion that the goods in connection with which it is used are of high class or superior quality or acknowledged merit.

The foregoing definitions and comment lead to the inevitable conclusion that the word "Standard" is clearly descriptive of the character or quality of the wares in association with which it is used as well as being a laudatory epithet in that it is in praise of the quality.

Under s. 2(m) the *Unfair Competition Act* 1932 defining a trade mark (which was in effect immediately prior to the enactment of the *Trade*

annihiler l'efficacité de l'emploi du mot spécifique comme marque de commerce.

«Standard» est le mot prépondérant, tant du point de vue visuel que phonétique et personne ne serait porté à croire qu'il s'agit simplement d'un emploi qualificatif de ce mot pour modifier les mots «bloc d'accord».

Les faits du présent appel diffèrent considérablement de ceux présentés au juge Cameron dans l'affaire *Standard Stoker Co. c. Le registraire des marques de commerce* [1947] R.C.É. 437.

A mon avis, l'objection de l'intimée formulée contre ce motif doit être rejetée.

L'intimée a ensuite soutenu que le mot «Standard» ne peut servir de distinction.

Le Shorter Oxford English Dictionary (3^e éd.) donne au mot «Standard», lorsqu'il est employé comme substantif, le sens suivant: [TRADUCTION] «un modèle reconnu et faisant autorité d'exactitude, de perfection ou d'un degré précis de qualité» et, comme adjectif, il lui donne le sens de: [TRADUCTION] «ayant la taille, la quantité, la puissance ou le degré de qualité requis ou normal».

Le sens de ce mot a été étudié et commenté dans l'arrêt *Standard Ideal Co. v. Standard Sanitary Mfg.* [1911] A.C. 78, par Lord Macnaghten qui déclarait à la page 84:

[TRADUCTION] Le mot «standard» est devenu un mot du langage courant en anglais. Il semble fréquemment employé par les fabricants et marchands en liaison avec les marchandises qu'ils mettent sur le marché. Employé de cette façon, il n'a aucun sens précis ou défini. Mais il est sans aucun doute destiné à donner l'idée que les marchandises auxquelles on l'attribue sont de première catégorie ou de qualité supérieure ou de valeur reconnue.

Les définitions et commentaires précédents nous amènent inévitablement à conclure que le mot «Standard» donne une définition claire de la nature ou de la qualité des marchandises auxquelles on l'attribue tout en étant un qualificatif élogieux en ce sens qu'il en célèbre la qualité.

L'article 2m) de la *Loi sur la concurrence déloyale* de 1932 (en vigueur juste avant la promulgation de la *Loi sur les marques de com-*

Marks Act) it was clear that a symbol must be distinctive in order to constitute a trade mark. However provision was made for the case where a mark which was originally without distinctive capacity, but had by long and extensive use come to actually distinguish the wares of a particular trader, could be registered. There was a difference between a mark that was distinctive in fact and one that was "adapted to distinguish particular wares falling within a general category from other wares falling within the same category" (the words of s. 2(m)).

In *Joseph Crosfield & Sons Ltd's. Application*, the *Perfection* case, (1909) 26 R.P.C. 561, 854, the Court of Appeal held that "there are some words which are incapable of becoming 'so adapted' such as 'good', 'best' and 'superfine'".

The doctrine in the *Perfection* case received the approval of the Supreme Court of Canada in *Registrar of Trade Marks v. G. A. Hardy & Co.*, the *Super-Weave* case [1949] S.C.R. 483. The effect of this decision was that a word that is not adapted to distinguish in the sense of being both distinctive in fact and inherently adapted to distinguish is not registrable and cannot be regarded as a trade mark for any purpose.

By s. 2 (t)(i) of the *Trade Marks Act* "trade mark" is defined as:

(i) a mark that is used by a person for the purpose of distinguishing or so as to distinguish wares or services manufactured, sold, leased, hired or performed by him from those manufactured, sold, leased, hired or performed by others, . . .

It will be observed that in the foregoing definition a mark is a trade mark if it is used for the purpose of distinguishing and that the words "adapted to distinguish" which appeared in s. 2 (m) of the *Unfair Competition Act* do not now appear.

By virtue of s. 12(1)(b)⁷ a trade mark is not registrable if it is clearly descriptive or decep-

merce) qui définissait une marque commerce, établissait clairement que, pour constituer une marque de commerce, un symbole devait être distinctif. On prévoyait cependant le cas où une marque qui, à l'origine, ne comportait pas d'élément distinctif, mais qui par suite d'un emploi prolongé et sur une grande échelle est arrivée à distinguer réellement les marchandises d'un commerçant, pouvait être enregistrée. Il faisait une distinction entre une marque qui était distinctive en fait et une autre qui était «adaptée pour établir une distinction entre des produits particuliers qui entrent dans une catégorie générale et d'autres produits qui entrent dans la même catégorie» (extrait de l'art. 2m)).

Dans la *Demande de Joseph Crosfield & Sons Ltd* l'arrêt *Perfection*, (1909) 26 R.P.C. 561, 854, la Cour d'appel a déclaré que [TRADUCTION] «il y a certains mots qui ne peuvent «s'adapter à cette fin», comme «bon», «mieux» et «surfin»».

La Cour suprême du Canada a confirmé le principe de l'arrêt *Perfection* dans l'affaire *Le registraire des marques de commerce c. G. A. Hardy & Co.*, l'arrêt *Super-Weave* [1949] R.C.S. 483. D'après cette décision, un mot qui n'est pas adapté pour établir une distinction, en ce sens qu'il n'est à la fois ni distinctif en fait ni adapté en soi pour établir une distinction, n'est pas enregistrable et ne peut en aucune façon être considéré comme une marque de commerce.

L'article 2t)(i) de la *Loi sur les marques de commerce* définit ainsi la «marque de commerce»:

(i) une marque qui est employée par une personne aux fins ou en vue de distinguer des marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par elle, de marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou de services loués ou exécutés par d'autres . . .

On remarquera que dans la définition précédente une marque constitue une marque de commerce si elle est employée dans le but de distinguer et que les mots «adaptée pour établir une distinction» de l'art. 2m) de la *Loi sur la concurrence déloyale* ont été supprimés.

En vertu de l'art. 12(1)b)⁷ une marque de commerce n'est pas enregistrable si elle consti-

tively misdescriptive of the character or quality of the wares subject to subsec. (2) of s. 12^s which provides that a trade mark which is not registrable by reason of s. 12(1)(b) is registrable if it was used by the owner so as to have become "distinctive".

"Distinctive" in relation to a trade mark is defined in s. 2 (f) as meaning:

... a trade mark that actually distinguishes the wares or services in association with which it is used by its owner from the wares or services of others or is adapted so to distinguish them; ...

If a trade mark is a coined or invented word it is obviously adapted to distinguish but if a trade mark is *prima facie* not distinctive, as for example a laudatory epithet or descriptive of the character of quality of the wares, then it becomes a question of fact if the trade mark actually distinguishes the wares.

The concluding words in s. 2(f) "or is adapted so to distinguish them" are obviously introduced to cover the circumstances of a proposed trade mark or one that has not enjoyed a long and extensive use. The word "or", as used in this context, is disjunctive. Therefore a word which is a proposed trade mark or one that has enjoyed limited use must be inherently distinctive to be registered, whereas a trade mark that is not inherently distinctive may be registered if it is established, as a fact, that it actually distinguishes the wares of its owner. In this latter circumstance no words are precluded from registration as a trade mark and, in my opinion, the *Trade Marks Act* has changed the law as it existed under the previous statute and as enunciated in the *Perfection* case (*supra*) and in the *Super-Weave* case (*supra*).

Accordingly I do not accept the contention of the respondent that the word "Standard" is incapable of being distinctive. It is open to the appellant to establish that the word "Standard"

tue une description claire ou une description fausse et trompeuse de la nature ou de la qualité de la marchandise sous réserve du par. (2) de l'art. 12^s qui prévoit qu'une marque de commerce qui n'est pas enregistrable en raison de l'art. 12(1)(b) le devient si elle a été employée par son propriétaire de façon à être devenue «distinctive».

L'article 2f) définit «distinctive», par rapport à une marque de commerce comme étant:

... une marque de commerce qui distingue véritablement les marchandises ou services en liaison avec lesquels elle est employée par son propriétaire, des marchandises ou services d'autres propriétaires, ou qui est adaptée à les distinguer ainsi; ...

Si la marque de commerce est un mot forgé ou inventé, elle est évidemment adaptée pour établir une distinction, mais si une marque de commerce n'est pas distinctive à première vue, comme un qualificatif élogieux ou ne décrit pas la nature ou la qualité des marchandises, savoir si la marque de commerce distingue véritablement les marchandises devient alors une question de fait.

Les derniers mots de l'art. 2f) «ou qui est adaptée à les distinguer ainsi» ont évidemment été ajoutés pour couvrir le cas d'une marque de commerce projetée ou d'une marque qui n'a été employée ni de façon prolongée ni sur une grande échelle. Le mot «ou», dans ce contexte, est disjonctif. Donc, un mot qui constitue une marque de commerce projetée ou une marque qui a été peu employée doit être, en lui-même, distinctif pour être enregistré, tandis qu'une marque de commerce qui, en elle-même, n'est pas distinctive peut être enregistrée s'il est établi qu'en fait elle distingue véritablement les marchandises de son propriétaire. Dans ce dernier cas, aucun mot n'est exclu de l'enregistrement à titre de marque de commerce et, à mon avis, la *Loi sur les marques de commerce* a modifié le droit existant en vertu de la loi antérieure et établi dans les arrêts *Perfection* et *Super-Weave* (*précités*).

Je rejette donc la prétention de l'intimée selon laquelle le mot «Standard» ne peut être distinctif. Il est loisible à l'appelante d'établir qu'elle a employé le mot «Standard» de façon à distinguer véritablement ses marchandises.

has been used by it so as to actually distinguish its wares.

The respondent also contends that the appellant does not possess a distinctive mark for the reason that the appellant did not have the exclusive use thereof to distinguish its wares but that it also identified wares of the appellant's parent company.

This contention is not borne out by the evidence. Originally the television tuners were manufactured by the appellant's parent company, Standard Kollsman Industries Inc. and sold by that company in Canada and elsewhere.

On July 19, 1954, the appellant was incorporated pursuant to the laws of the Province of Ontario with head office in Mimico, Ontario. It is a wholly owned subsidiary of Standard Kollsman Industries Inc. The parent company discontinued the sale in Canada of the television tuners manufactured by it immediately upon the incorporation of the appellant.

The manufacture and sale of the television tuners in question was undertaken by the appellant in 1954. Some of the television tuners, marketed as Standard tuners, were not manufactured by the appellant but were imported from the parent company and sold in Canada exclusively by the appellant. From 1954 forward the parent company did not sell any tuners manufactured by it directly to Canadian consumers. All such sales were made by the appellant.

Accordingly such tuners were either manufactured and sold in Canada or sold (if imported) exclusively by the appellant.

Therefore the respondent's objection in this respect must also fail.

The respondent next contended that since the appellant enjoyed a monopoly in Canada in the production and sale of television tuners before 1964 the mark "Standard" could not become distinctive in that there were no wares of others from which to distinguish those of the appellant.

L'intimée prétend également que l'appelante ne possède pas de marque distinctive parce qu'elle ne l'employait pas de manière exclusive pour distinguer ses marchandises et que la marque servait aussi à identifier les marchandises de sa compagnie mère.

La preuve n'était pas cette prétention. A l'origine, les blocs d'accord de téléviseurs étaient fabriqués et vendus au Canada et à l'étranger par la compagnie mère de l'appelante, la Standard Kollsman Industries Inc.

Le 19 juillet 1954, l'appelante était constituée en corporation conformément aux lois de la province d'Ontario, son siège social se trouvant à Mimico (Ontario). C'est une filiale appartenant entièrement à la Standard Kollsman Industries Inc. Immédiatement après la constitution en corporation de l'appelante, la compagnie mère a cessé de vendre au Canada les blocs d'accord de téléviseurs qu'elle fabriquait.

L'appelante a repris la fabrication et la vente des blocs d'accord en cause en 1954. Certains de ceux-ci, connus sur le marché sous le nom de blocs d'accord Standard, n'étaient pas fabriqués par l'appelante mais importés de la compagnie mère et vendus au Canada exclusivement par l'appelante. Depuis 1954, la compagnie mère n'a vendu aucun des blocs d'accord qu'elle fabriquait directement aux clients canadiens. C'est l'appelante qui faisaient toutes ces ventes.

Par conséquent, ces blocs d'accord étaient soit fabriqués et vendus au Canada soit (s'ils étaient importés) vendus exclusivement par l'appelante.

L'objection de l'intimée sur ce point doit donc être également rejetée.

L'intimée a ensuite prétendu que puisque l'appelante bénéficiait au Canada d'un monopole de production et de vente de blocs d'accord de téléviseurs avant 1964, la marque «Standard» ne pouvait devenir distinctive en ce sens que les marchandises de l'appelante ne pouvaient se distinguer de celles d'autres fabricants.

I do not think that such argument is tenable.

Je ne crois pas qu'un tel argument soit soutenable.

The function of a trade mark has been defined in numerous cases as being "to give an indication to the purchaser or possible purchaser as to the manufacture or quality of the goods, to give an indication to his eye of the trade source from which the goods come, or the trade hands through which they pass on their way to the market". (See Bowen L.J. in *Powell's Trade Mark*, (1893) 10 R.P.C. 195 at 200).

La fonction d'une marque de commerce a été précisée dans de nombreux arrêts comme étant de [TRADUCTION] «donner à l'acheteur ou l'acheteur éventuel une indication sur la fabrication ou la qualité des marchandises, lui faire connaître visuellement la provenance commerciale des marchandises ou les intermédiaires par lesquels elles sont passées pour arriver sur le marché». (Voir l'exposé du juge Bowen, L.J., dans l'arrêt *Powell's Trade Mark*, (1893) 10 R.P.C. 195, à la page 200).

To the same effect Gwynne J. said in *Partlo v. Todd* (1888-90) 17 S.C.R. 196, at p. 212, "The right which a manufacturer has in his trade mark is the exclusive right to use it for the purpose of indicating where and by whom or at what manufactory the article to which it is attached was manufactured".

Dans le même sens, le juge Gwynne déclarait dans l'arrêt *Partlo v. Todd* (1888-90) 17 R.C.S. 196, à la p. 212, [TRADUCTION] «Le droit que détient un fabricant sur sa marque de commerce est le droit exclusif de l'employer dans le but d'indiquer où et par qui ou à quelle usine l'article auquel elle est associée a été fabriqué».

The object of a trade mark is to identify the wares of a particular trader and if a trade mark does that then I think it is immaterial whether the same article of commerce is not being put on the market by other traders. If the mark identifies the wares of a particular trader then it will automatically distinguish the wares of that trader from all others when such traders are non-existent but subsequently become existent.

Une marque de commerce a pour objet d'identifier les marchandises d'un commerçant et si une marque de commerce remplit ce rôle, je crois alors qu'il importe peu que le même article ne soit pas mis sur le marché par d'autres commerçants. Si la marque identifie les marchandises d'un commerçant elle les distinguera automatiquement de celles des autres commerçants qui ne se sont pas encore lancés sur le marché mais qui le feront plus tard.

In the present instance it was by a quirk of circumstance that the market in Canada for television tuners, an ordinary article of commerce, was not extensively invaded by rival traders. There was no impediment to their doing so if they thought it expedient.

En l'espèce, c'est une ironie du sort que le marché canadien des blocs d'accord de téléviseurs, article commercial courant, n'ait pas été envahi de concurrents. Rien ne les empêchait de le faire s'ils l'avaient cru opportun.

Counsel for the respondent relied upon the language of Fry J. in *Linoleum Mfg Co. v. Nairn* (1877-78) 7 Ch. D. 834.

L'avocat de l'intimée a invoqué les termes du juge Fry dans l'arrêt *Linoleum Mfg. Co. v. Nairn* (1877-78) 7 Ch. D. 834.

In that case the plaintiff used the word "linoleum" as part of a trade mark applicable to a floor covering manufactured by the plaintiffs under patents that had expired. Fry J. said at page 837:

Dans cette affaire, la demanderesse employait le mot «linoleum» comme partie d'une marque de commerce s'appliquant à un revêtement de plancher qu'elle fabriquait en vertu de brevets expirés. Le juge Fry déclarait à la page 837:

In my opinion, it would be extremely difficult for a person who has been by right of some monopoly the sole manufacturer of a new article, and has given a new name to the new

[TRADUCTION] A mon avis, il serait extrêmement difficile à une personne qui, ayant bénéficié d'un monopole, a été le fabricant exclusif d'un article nouveau et lui a donné un

article, meaning that new article and nothing more, to claim that the name is to be attributed to his manufacture alone after his competitors are at liberty to make the same article. It is admitted that no such case has occurred, and I believe it could not occur; because until some other person is making the same article, and is at liberty to call it by the same name, there can be no right acquired by the exclusive use of a name as shewing that the manufacture of one person is indicated by it and not the manufacture of another.

The same principle applies when the article is not protected by a patent. In *Cellular Clothing Co. v. Maxton & Murray* [1899] A.C. 326, at p. 344, Lord Davey said

But the same thing in principle must apply where a man has not taken out a patent, as in the present case, but has a virtual monopoly because other manufacturers, although they are entitled to do so, have not in fact commenced to make the article. He brings the article before the world, he gives it a name descriptive of the article: all the world may make the article, and all the world may tell the public what article it is they make, and for that purpose they may *prima facie* use the name by which the article is known in the market.

I do not read the *Linoleum* case as authority for the proposition for which the respondent cites it. The *ratio decidendi* of the *Linoleum* case was that the invented name designated the patented product as distinct from a word used to designate a product made by a particular person.

On the contrary if the word was not generic or descriptive of the product there is no reason why the trader could not adopt such a word as his trade mark even when a monopoly subsisted. Authority for the foregoing proposition is to be found in the language of Lord Russell of Killowen in the leading case on this subject *Canadian Shredded Wheat Co. v. Kellogg Co. of Canada* (1938) 55 R.P.C. 125. By virtue of patents the plaintiff had a monopoly for shredded wheat biscuits. The plaintiff obtained registration of the words "Shredded Wheat" as a trade mark. The defendant manufactured a product which it called shredded whole-wheat biscuits. In an action for infringement of trade mark the defendant contended that the words "Shredded Wheat" were descriptive. Lord Russell in delivering the recommendation of the Privy Council said at page 141:

nom nouveau désignant cet article et rien d'autre, de soutenir que ce nom doit être attribué exclusivement à l'objet qu'elle fabrique elle-même lorsqu'il est devenu loisible à ses concurrents de fabriquer le même article. Il est établi qu'une situation de ce genre ne s'est jamais présentée; je pense qu'elle ne pourrait pas se présenter car, tant que quelqu'un d'autre ne fabrique pas le même article et ne l'appelle pas par le même nom, l'usage exclusif de ce nom ne peut créer de droit indiquant que le nom désigne le produit fabriqué par une personne et non le produit fabriqué par une autre.

Le même principe s'applique lorsque l'article n'est pas protégé par un brevet. Dans l'arrêt *Cellular Clothing v. Maxton & Murray* [1899] A.C. 326, à la p. 344, Lord Davey déclarait:

[TRADUCTION] Mais le même principe doit s'appliquer lorsqu'un individu n'a pas, comme c'est le cas en l'espèce, obtenu de brevet mais détient un monopole de fait parce qu'aucun autre fabricant, bien qu'il en ait le droit, n'a entrepris de fabriquer cet article. Il lance un article sur le marché, lui donne un nom descriptif: tout le monde peut le fabriquer et dire au public de quel article il s'agit; et pour ce faire, peut *prima facie* utiliser le nom sous lequel cet article est connu sur le marché.

Je ne considère pas que l'arrêt *Linoleum* puisse servir de jurisprudence à la thèse pour laquelle l'intimée l'a cité car la *ratio decidendi* de cet arrêt établissait que le nom créé désignait le produit breveté par opposition à un mot utilisé pour désigner un produit fabriqué par un individu particulier.

Si au contraire le mot ne donnait pas au produit un caractère générique ou descriptif, il n'y a pas de raison pour que le commerçant ne pût l'adopter comme marque de commerce même lorsqu'il y avait monopole. Cette affirmation s'appuie sur les termes de Lord Russell of Killowen dans l'arrêt *Canadian Shredded Wheat Co. c. Kellogg Co. of Canada* (1938) 55 R.P.C. 125 qui fait jurisprudence en la matière. En vertu de brevets, la demanderesse détenait un monopole sur des biscuits de blé en filaments. Elle a obtenu l'enregistrement des mots «Shredded Wheat» comme marque de commerce. La défenderesse fabriquait un produit qu'elle appelait biscuits de blé entier en filaments. Dans une action en contrefaçon de marque de commerce, la défenderesse a soutenu que les mots «Shredded Wheat» étaient descriptifs. Lord Russell, en prononçant la recommandation du Conseil privé, déclarait à la page 141:

Had the Plaintiff during the currency of the Patent applied to the product manufactured by it, a distinctive trade mark duly registered, it could have effectively secured for itself a means by which, when the patent expired, the shredded wheat which it manufactured would be distinguished from the shredded wheat manufactured by others, if and when anyone chose to avail himself of the right then open to the public of manufacturing shredded wheat.

For the foregoing reasons this objection by the respondent also fails.

I turn now to the concluding contention on behalf of the respondent that there was no possibility of confusion between its mark and that of the appellant.

At the outset I indicated that in my opinion the disclaimer by the respondent of the rights to exclusive use of the word "Standard" would have no effect upon this issue, because that word forms the dominant feature and is an integral part of the respondent's composite mark.

In *Andres Wines Ltd. v. Richelieu, et cie (Exporters Ltd.)* (1971) 64 R.P.C. 258, an applicant sought to register a design, being a representation of Cardinal Richelieu, in association with brandy. The word Richelieu and all other reading matter was disclaimed by the applicant. The opponent based its opposition on its established prior use in Canada of an heraldic design featuring the word Richelieu in association with wines. The Trade Marks office had held that the word Richelieu was not registrable since it was primarily a surname.

The Registrar said that while the designs of the parties are dissimilar, in each case the trade marks prominently feature the word Richelieu and the wares would be identified by the word Richelieu in the normal course of trade. He therefore concluded that the concurrent use of the marks would be confusing and rejected the application for registration.

In my view the reasoning of the Registrar was sound and that reasoning is equally applicable to the respondent's trade mark herein. The word "Standard" remains as part of the mark even though the exclusive right to that word has been disclaimed and accordingly the inclusion of the word "Standard" in the respondent's

[TRADUCTION] Si, pendant la durée du brevet, la demanderesse avait apposé sur le produit qu'elle fabriquait une marque de commerce distinctive dûment enregistrée, elle se serait effectivement réservée un moyen permettant à l'expiration du brevet, de distinguer le blé en filaments qu'elle fabriquait du blé en filaments fabriqué par d'autres si quel-qu'un s'était prévalu du droit, alors ouvert au public, de fabriquer du blé en filaments.

Pour les motifs précédents, cette objection de l'intimée est également rejetée.

Passons maintenant à la dernière prétention de l'intimée selon laquelle il n'y avait pas possibilité de confusion entre sa marque et celle de l'appelante.

J'ai indiqué au début de mes motifs qu'à mon avis, le fait que l'intimée se soit désistée des droits à l'usage exclusif du mot «Standard» n'aurait pas d'effet sur ce point parce que ce mot constitue la caractéristique principale de la marque de commerce mixte de l'intimée et en fait partie intégrante.

Dans l'affaire *Andres Wines Ltd. c. Richelieu, et cie (Exporters Ltd.)* (1971) 64 R.P.C. 258, un requérant demandait l'enregistrement d'un symbole, soit une représentation du Cardinal Richelieu, en liaison avec du brandy. Le requérant s'est désisté pour tous les mots et expressions y compris le mot Richelieu. L'opposante a fondé son opposition sur son usage antérieur bien établi, en liaison avec des vins, d'un écusson où se détachait le mot Richelieu. Le bureau des marques de commerce avait jugé que le mot Richelieu n'était pas enregistrable parce que c'était principalement un nom de famille.

Le registraire a déclaré que, bien que les symboles des parties soient différents, les marques de commerce mettent toutes deux l'accent sur le mot Richelieu et que dans le cadre normal des affaires ce mot identifierait les marchandises. Il a donc conclu que l'usage simultané des marques créerait de la confusion et il a rejeté la demande d'enregistrement.

A mon avis, le raisonnement du registraire était juste et il s'applique également à la marque de commerce de l'intimée en l'espèce. Le mot «Standard» continue de faire partie de la marque même si on s'est désisté du droit exclusif à ce mot et ainsi, l'inclusion du mot «Standard» dans la marque de commerce de l'intimée

trade mark is a most material factor in considering the possibility of confusion within the meaning of s. 6(2)⁹ of the *Trade Marks Act*.

In the present instance the appellant uses its mark in association with television tuners. The wares in association with which the respondent uses its trade mark are, as outlined in the application for registration, radios, tape recorders, receivers, phonographs, television sets and parts thereof. Parts of television sets include television tuners so that in this respect the wares are identical and the remaining wares in association with which the respondent uses its mark, which would include television parts other than tuners, are in the same general class.

The market which the appellant enjoys for its product in Canada is two-fold. The first is the manufacturers of television receiving sets. The appellant sells its television tuners to those manufacturers who then install it in the sets manufactured by them. My recollection of the evidence is that there is only one television receiving set manufacturer in Canada who manufactured television tuners for installation in its receiving sets. All others purchased and installed tuners manufactured or sold by the appellant. The second branch of the appellant's market is television technicians or repairmen who purchase television tuners for replacement in their customers' sets.

However, even among such a sophisticated and knowledgeable purchasing public it seems self-evident to me that the use of a trade mark in which the word "Standard" is the dominant feature concurrently in the same area with the trade mark "Standard" as applied to the identical product would inevitably be likely to lead to the inference that the products associated with such trade marks are manufactured or sold by the same person.

Whether a particular mark is likely to cause confusion if used in particular circumstances is

est un facteur des plus importants si l'on tient compte de la possibilité de confusion prise au sens de l'art. 6(2)⁹ de la *Loi sur les marques de commerce*.

L'appelante en l'espèce utilise sa marque en liaison avec des blocs d'accord de téléviseurs. Les marchandises en liaison avec lesquelles l'intimée utilise sa marque de commerce, comme l'indique la demande d'enregistrement, sont des radios, des magnétophones, des postes récepteurs, des tourne-disques, des appareils de télévision et leurs pièces. Les pièces d'appareils de télévision comprennent des blocs d'accord de téléviseurs de sorte que, sur ce point, les marchandises sont identiques et que les autres marchandises en liaison avec lesquelles l'intimée utilise sa marque, comprenant des pièces de téléviseurs autres que des blocs d'accord, relèvent de la même catégorie générale.

Au Canada, l'appelante bénéficie d'un débouché double pour écouler son produit. Il y a d'abord les fabricants de postes récepteurs de télévision. L'appelante vend ses blocs d'accord de téléviseurs à ces fabricants qui les montent alors dans les appareils qu'ils fabriquent. Si ma mémoire est fidèle, on m'a apporté la preuve qu'il n'y a qu'un seul fabricant de postes récepteurs de télévision au Canada qui fabrique des blocs d'accord de téléviseurs pour les monter dans ses propres appareils. Tous les autres achètent et installent des blocs d'accord fabriqués ou vendus par l'appelante. Le second débouché de l'appelante est constitué des techniciens ou réparateurs d'appareils de télévision qui achètent des blocs d'accord de téléviseurs pour remplacer ceux des appareils de leurs clients.

Cependant, il me semble évident en soi que l'usage d'une marque, où le mot «Standard» est la caractéristique principale, dans la même région et simultanément avec la marque de commerce «Standard» telle qu'elle est apposée au produit identique, pourrait, même chez une clientèle aussi choisie et bien informée, fort bien amener à conclure que les produits reliés à ces marques sont fabriqués ou vendus par la même personne.

Savoir si une marque de commerce particulière, utilisée dans des circonstances particulières,

a question the answer to which is a matter of first impression.

Counsel for the respondent pointed out that the appellant did not adduce any direct evidence of actual deception or confusion, whereas the respondent had adduced the affidavit of one person that he would not be confused. I attach little weight to the probative value of that affidavit. All that he expressed was his own personal opinion and the evidence on which he was qualified to express that opinion was negligible.

While direct evidence of actual deception or confusion would be helpful in resolving the matter, the omission of such evidence is not fatal to the appellant's case. The inquiry is to be directed to the likelihood of a concurrent use of the trade marks leading to the inference that the wares are those of the same person. To insist upon evidence of actual confusion as a condition to finding that two marks are confusing within s. 6(2) would be tantamount to saying that there is no likelihood of confusion until confusion actually occurs and that is not what is contemplated by s. 6(2). That, in my opinion, is not the specific test.

Looking at the matter from a broad common sense point of view, I cannot escape the conclusion that in the circumstances of this particular case and as a matter of first impression that the concurrent use of the two competing marks here in question is pregnant with possible confusion.

There, therefore, remains the contention of the respondent, in contradiction to that of the appellant, that the appellant has not adduced evidence sufficient to establish that the trade mark "Standard" actually distinguishes the wares of the appellant.

This, in my view, is the crucial issue before me upon which the matter turns and I believe the issue upon which the matter turned before the Registrar.

The question before the Registrar was, therefore, whether there was sufficient evidence adduced to establish a fact, that is, did the trade mark of the appellant actually distinguish its

res est de nature à créer de la confusion c'est une question qui relève d'une impression première.

L'avocat de l'intimée a fait remarquer que l'appelante n'a apporté aucune preuve directe d'erreur ou de confusion réelle tandis que l'intimée a produit l'affidavit d'une personne déclarant qu'il n'y avait pas de confusion possible à ses yeux. J'attache peu d'importance à la force probante de cet affidavit. Le déclarant n'y exprime que son opinion personnelle et la preuve selon laquelle il était qualifié pour exprimer cette opinion était négligeable.

Bien qu'une preuve directe d'erreur ou de confusion réelle eût été utile pour résoudre la question, son absence ne porte pas préjudice à l'appelante. L'enquête doit porter sur la possibilité qu'un usage simultané des marques de commerce porte à conclure que les marchandises sont celles de la même personne. Exiger la preuve de la confusion réelle comme condition pour conclure que les deux marques créent de la confusion au sens de l'art. 6(2) reviendrait à dire qu'il n'y a pas possibilité de confusion tant qu'il n'y a pas de confusion réelle, or ce n'est pas ce qu'envisage l'art. 6(2). A mon avis, ce n'est pas là le vrai critère.

En étudiant la question en faisant preuve de bon sens, je ne puis m'empêcher de conclure que, dans les circonstances de l'espèce et vu que c'est une question qui relève d'une impression première, l'usage simultané des deux marques concurrentes en cause regorge de possibilités de confusion.

Il ne reste donc que la prétention de l'intimée opposée à celle de l'appelante, selon laquelle cette dernière n'a pas apporté de preuve suffisante pour établir que la marque de commerce «Standard» distingue véritablement ses marchandises.

C'est là, à mon avis, la question décisive sur laquelle repose devant moi, et reposait devant le registraire, toute l'affaire.

La question posée au registraire était donc de savoir si on avait apporté une preuve suffisante pour établir le fait suivant: la marque de l'appelante distinguait-elle véritablement ses marchan-

wares. There was before me new material which was not before the Registrar.

Before the Registrar the appellant established that its sales of television tuners in Canada between the years 1955 to 1966 totalled approximately \$22,366,000 which represents about 2,000,000 units and that approximately \$30,000 was expended in advertising in trade magazines.

Before me a supplementary affidavit was filed establishing the appellant's sales of television tuners during the years 1967 to 1970. These sales average approximately \$2,000,000 in each year and by my very rough calculation would represent a further 80,000 product units in that period. During these years a further amount of approximately \$20,000 was expended in advertising in trade magazines.

The appellant deals in other television parts and electronic equipment sold under trade marks other than "Standard" but 90% of its business is the manufacture and sale of television tuners under the trade mark "Standard" and it was further established before me that the appellant enjoyed approximately 50% of the market for television tuners in Canada.

As I have intimated before, the appellant's business in television tuners is divided into two branches, the first of which is sales to manufacturers of television receiving sets which is the major portion of its business in television tuners, and the second is the sale to television repairmen for replacement purposes through distributors of electronic equipment.

It is obvious that the manufacturers of television receiving sets would insist upon the tuners which are to be installed in their product meeting specifications for that purpose and would be well aware of every attribute of the product of their supplier. There is no doubt that this particular class of purchaser would also be aware of the trade mark by which the supplier designates its product. This logical inference is confirmed by an affidavit of the general manager of electronic engineering and manufacturing of the

dises. On m'a présenté des preuves dont n'a pu bénéficier le registraire.

L'appelante a établi devant le registraire que ses ventes de blocs d'accord de téléviseurs au Canada, de 1955 à 1966, se chiffraient à environ \$22,366,000, ce qui représente environ 2,000,000 unités, et qu'elle a consacré environ \$30,000 à la publicité dans des revues commerciales.

L'appelante a produit devant moi un affidavit supplémentaire apportant la preuve de ses ventes de blocs d'accord de téléviseurs, des années 1967 à 1970. Ces ventes se chiffrent en moyenne à \$2,000,000 par an ce qui, d'après mes calculs très sommaires, représenterait 80,000 autres unités au cours de cette période. Un montant additionnel d'environ \$20,000 a été consacré, au cours de ces années, à la publicité dans des revues commerciales.

L'appelante fait le commerce d'autres pièces de téléviseurs et d'équipement électronique vendus sous d'autres marques de commerce que «Standard» mais 90% de ses affaires consistent à fabriquer et vendre des blocs d'accord de téléviseurs sous la marque de commerce «Standard»; on a également établi devant moi que l'appelante bénéficiait d'environ 50% du marché des blocs d'accord de téléviseurs au Canada.

Comme je l'ai déjà mentionné, les affaires de l'appelante dans le domaine des blocs d'accord de téléviseurs se répartissent en deux catégories; en premier lieu les ventes aux fabricants de postes récepteurs de télévision, en second lieu, les ventes, par l'intermédiaire des distributeurs d'équipement électronique, aux réparateurs d'appareils de télévision dans le but de remplacer des pièces.

Il est évident que les fabricants de postes récepteurs de télévision exigeraient que les blocs d'accord qu'on doit monter dans leur produit respectent les spécifications et qu'ils connaîtraient bien chaque propriété du produit de leur fournisseur. Il n'y a pas de doute que cette catégorie particulière de clients n'ignorerait pas la marque de commerce désignant le produit du fournisseur. Cette conclusion logique est confirmée par l'affidavit du directeur général des études et de la fabrication électronique de la

electronics product division of a manufacturer of television receiving sets who swore that since 1955 his employer has purchased large quantities of television tuners manufactured or sold by the appellant for installation in television sets manufactured by his employer, that the word "Standard" has no significance as applied to television tuners from an engineering standpoint and that the only significance the word has when associated with television tuners is that it identifies the product of the appellant.

The advertising in trade magazines on which the appellant expended approximately \$50,000 over the period between 1955 and 1970 was directed to television repairmen which constitutes the second class of the appellant's customers. The appellant's product reaches these purchasers through wholesale distributors. Except for the occasional individual who, because of his hobby, training or peculiar ability, might repair or construct his own television receiving set, these persons are the second class of persons likely to deal in the appellant's product and, as I have said before, for this purpose the public is this narrow class rather than the general public.

The appellant produced affidavits from ten persons who are managers, assistant managers and salesmen of companies dealing in electronic equipment in every province or region of Canada.

All such affidavits are to the same effect, that is that the word "Standard" is used as a trade mark which actually distinguishes the appellant's television tuner.

This evidence was not before the Registrar.

It remains for me to assess the probative value of such evidence. In so doing I am conscious that the onus on a person contending that a trade mark which is descriptive or laudatory of his wares has come to actually distinguish those wares is a heavy one and that onus is increased by the adoption of a word which lacks inherent distinctiveness.

division des produits électroniques d'un fabricant de postes récepteurs de télévision qui a déclaré sous serment que depuis 1955 son employeur a acheté de grandes quantités de blocs d'accord de téléviseurs fabriqués ou vendus par l'appelante pour les monter dans les appareils de télévisions qu'ils fabriquent, que le mot «Standard», apposé sur les blocs d'accord de téléviseurs, n'a aucune signification du point de vue technique et que la seule propriété qu'il a alors est d'identifier le produit de l'appelante.

La publicité dans les revues commerciales pour laquelle l'appelante a dépensé environ \$50,000 de 1955 à 1970 s'adressait aux réparateurs de téléviseurs qui constituent la deuxième partie de sa clientèle. Le produit de l'appelante parvient à ces acheteurs par l'intermédiaire de distributeurs grossistes. A l'exception de l'individu qui à l'occasion, dans ses moments de loisirs ou par suite de sa formation ou de son habilité particulière, peut réparer ou monter son propre poste récepteur de télévision, ces personnes constituent la seconde catégorie de personnes susceptibles de se procurer le produit de l'appelante et, comme je l'ai déjà dit, en ce sens, c'est cette catégorie restreinte, et non pas le public en général, qui constitue le public de l'appelante.

L'appelante a produit les affidavits respectifs de dix personnes qui sont soit directeurs, directeurs adjoints ou vendeurs de compagnies faisant le commerce d'équipement électronique dans chaque province ou région du Canada.

Ces affidavits vont tous dans le même sens: le mot «Standard» est utilisé comme une marque de commerce qui distingue véritablement le bloc d'accord de téléviseur de l'appelante.

Ces affidavits n'ont pas été présentés au registraire.

Il me reste à apprécier la force probante de ces affidavits. Ce faisant, je suis conscient que la charge de la preuve incombant à une personne qui prétend qu'une marque de commerce décrivant ou faisant l'éloge de ses marchandises est parvenue à distinguer véritablement ces marchandises est difficile et qu'elle l'est d'avantage du fait de l'adoption d'un mot qui, en soi, ne comporte aucun caractère distinctif.

The affidavit evidence must be prepared in a fair manner so that the real facts and the real views of the affiants are disclosed.

I have no knowledge of how these affidavits were prepared or the steps leading to their preparation but I have carefully read each affidavit and while they are all to the same effect and tenor, nevertheless, each one contains a sufficient variation in language and subject matter to lead me to the conclusion that the affiants did not blindly swear to an already prepared affidavit, but rather that these affidavits represent the honest and real views of the affiants.

Under the circumstances of the case I have come to the conclusion that the appellant has been successful in discharging the onus of establishing that the trade mark "Standard" actually distinguishes its product.

Accordingly the appeal is allowed with costs and the matter is referred back to the Registrar for appropriate action.

¹ 36. (1) The Registrar shall refuse an application for the registration of a trade mark if he is satisfied that

(a) the application does not comply with the requirements of section 29;

...

² 16. (1) Any applicant who has filed an application in accordance with section 29 for registration of a trade mark that is registrable and that he or his predecessor in title has used in Canada or made known in Canada in association with wares or services is entitled, subject to section 37, to secure its registration in respect of such wares or services, unless at the date on which he or his predecessor in title first so used it or made it known it was confusing with

(a) a trade mark that had been previously used in Canada or made known in Canada by any other person;

(b) a trade mark in respect of which an application for registration had been previously filed in Canada by any other person; or

(c) a trade name that had been previously used in Canada by any other person.

...

³ 37. (2) Such opposition may be based on any of the following grounds:

(a) that the application does not comply with the requirements of section 29;

(b) that the trade mark is not registrable;

(c) that the applicant is not the person entitled to registration; or

La preuve par voie d'affidavits doit être bien élaborée, de façon à faire ressortir les faits réels et les opinions exactes des déclarants.

J'ignore comment ces affidavits ont été élaborés et quelles sont les étapes de leur rédaction, mais je les ai tous lus attentivement et, bien qu'ils aient tous la même teneur et la même portée, chacun comporte une diversité de termes et de sujets suffisante pour m'amener à conclure que les déclarants n'ont pas signé aveuglément un affidavit rédigé à l'avance mais que ces affidavits représentent au contraire les opinions sincères et exactes des déclarants.

Dans les circonstances de l'espèce, je conclus que l'appelante a réussi à établir que la marque de commerce «Standard» distingue véritablement son produit.

L'appel est donc accueilli avec dépens et l'affaire, renvoyée au registraire qui y donnera suite.

¹ 36. (1) Le registraire doit rejeter une demande d'enregistrement d'une marque de commerce s'il est convaincu que

a) la demande ne satisfait pas aux exigences de l'article 29;

...

² 16. (1) Tout requérant qui a produit une demande selon l'article 29 en vue de l'enregistrement d'une marque de commerce qui est enregistrable et que le requérant ou son prédécesseur en titre a employée ou fait connaître au Canada en liaison avec des marchandises ou services, a droit, sous réserve de l'article 37, d'en obtenir l'enregistrement à l'égard de ces marchandises ou services, à moins que, à la date où le requérant ou son prédécesseur en titre l'a en premier lieu ainsi employée ou révélée, elle ne crée de la confusion avec

a) une marque de commerce antérieurement employée ou révélée au Canada par une autre personne;

b) une marque de commerce à l'égard de laquelle une demande d'enregistrement avait été antérieurement produite au Canada par quelque autre personne; ou

c) un nom commercial qui avait été antérieurement employé au Canada par une autre personne.

...

³ 37. (2) Cette opposition peut être fondée sur l'un quelconque des motifs suivants:

a) la demande ne satisfait pas aux exigences de l'article 29;

b) la marque de commerce n'est pas enregistrable;

c) le requérant n'est pas la personne ayant droit à l'enregistrement; ou

(d) that the trade mark is not distinctive.

4. (1) A trade mark is deemed to be used in association with wares if, at the time of the transfer of the property in or possession of such wares, in the normal course of trade, it is marked on the wares themselves or on the packages in which they are distributed or it is in any other manner so associated with the wares that notice of the association is then given to the person to whom the property or possession is transferred.

2. In this Act,

(t) "trade mark" means

(i) a mark that is used by a person for the purpose of distinguishing or so as to distinguish wares or services manufactured, sold, leased, hired or performed by him from those manufactured, sold, leased, hired or performed by others,

2. In this Act,

(f) "distinctive" in relation to a trade mark means a trade mark that actually distinguishes the wares or services in association with which it is used by its owner from the wares or services of others or is adapted so to distinguish them;

12. (1) Subject to section 13, a trade mark is registrable if it is not

(b) whether depicted, written or sounded, either clearly descriptive or deceptively misdescriptive in the English or French languages of the character or quality of the wares or services in association with which it is used or proposed to be used or of the conditions of or the persons employed in their production or of their place of origin;

(2) A trade mark that is not registrable by reason of paragraph (a) or (b) of subsection (1) is registrable if it has been so used in Canada by the applicant or his predecessor in title as to have become distinctive at the date of filing an application for its registration.

6. (2) The use of a trade mark causes confusion with another trade mark if the use of both trade marks in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with such trade marks are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not such wares or services are of the same general class.

d) la marque de commerce n'est pas distinctive.

4. (1) Une marque de commerce est censée employée en liaison avec des marchandises si, lors du transfert de la propriété ou de la possession de ces marchandises, dans la pratique normale du commerce, elle est apposée sur les marchandises mêmes ou sur les colis dans lesquels ces marchandises sont distribuées ou si elle est, de quelque autre manière, liée aux marchandises au point qu'avis de liaison est alors donné à la personne à qui la propriété ou possession est transférée.

2. Dans la présente loi,

t) «une marque de commerce» signifie

(i) une marque qui est employée par une personne aux fins ou en vue de distinguer des marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par elle, de marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou de services loués ou exécutés, par d'autres,

2. Dans la présente loi,

f) «distinctive», par rapport à une marque de commerce, désigne une marque de commerce qui distingue véritablement les marchandises ou services en liaison avec lesquels elle est employée par son propriétaire, des marchandises ou services d'autres propriétaires, ou qui est adaptée à les distinguer ainsi;

12. (1) Sous réserve de l'article 13, une marque de commerce est enregistrable si elle ne constitue pas

b) peinte, écrite ou prononcée, soit une description claire, soit une description fausse et trompeuse, en langue anglaise ou française, de la nature ou de la qualité des marchandises ou services en liaison avec lesquels elle est employée, ou à l'égard desquels on projette de l'employer, ou des conditions de leur production, ou des personnes qui y sont employées, ou du lieu d'origine de ces marchandises ou services;

(2) Une marque de commerce qui n'est pas enregistrable en raison de l'alinéa (1)a) ou b) peut être enregistrée si elle a été employée au Canada par le requérant ou son prédécesseur en titre de façon à être devenue distinctive à la date de la production d'une demande d'enregistrement la concernant.

6. (2) L'emploi d'une marque de commerce crée de la confusion avec une autre marque de commerce lorsque l'emploi des deux marques de commerce dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises en liaison avec ces marques de commerce sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services en liaison avec lesdites marques sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale.



Erratum

Page 48

In the English column, 2nd paragraph, last line after the word “case”, insert the words “his universal legatee”.

Dans la version anglaise, au deuxième alinéa, à la dernière ligne après le mot «case» insérer les mots «his universal legatee».

National Indian Brotherhood, Indian-Eskimo Association, Union of Ontario Indians, and Canadian-Indian Centre of Toronto (Applicants)

v.

CTV Television Network Ltd. (Respondent)

Trial Division, Kerr J.—Toronto, July 16, 1971.

Radio and Television—Interim injunction—Application to restrain showing of film pending disposition of application for mandamus to compel CRTC to hold inquiry—Dismissal—Jurisdiction of Court—Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, secs. 3, 15, 16.

Held, dismissing an application for an interim injunction to restrain the CTV network from telecasting a film pending a decision by this Court on an application for *mandamus* directing the CRTC to hold a public inquiry into a complaint that the film was defamatory of Indians —

(1) Having regard to the broadcasting policy for Canada declared in the *Broadcasting Act* and the powers of regulation and supervision of the CRTC, it is doubtful if this Court has jurisdiction to enjoin CTV from broadcasting a film other perhaps than one legally actionable by reason of being defamatory.

(2) Moreover, the application should be dismissed on the merits, there being no *prima facie* showing that a telecast of the film will violate some legal right or that it is defamatory of any living person.

National Indian Brotherhood v. Juneau [No. 1], *supra* p. 66, referred to.

APPLICATION for interim injunction.

R. A. Best, Q.C., for applicants.

J. E. Eberle, Q.C., and H. H. Soloway, Q.C., for respondent.

KERR J.—This in substance is an application for an interim injunction restraining the respondent CTV Television Network Limited from broadcasting the movie or film known as “The Taming of the Canadian West” until the decision of the Federal Court of Canada, Trial Division, has been handed down in another pending application by way of *mandamus* to direct the Canadian Radio-Television Commission [CRTC] to hold a public inquiry into a complaint filed by the same applicants with respect to the film. That application was heard by Mr. Justice Walsh, who reserved judgment

National Indian Brotherhood, Indian-Eskimo Association, Union of Ontario Indians, et Canadian-Indian Centre of Toronto (Requérants)

c.

CTV Television Network Ltd. (Opposante)

Division de première instance, le juge Kerr—Toronto, le 16 juillet 1971.

Radio et télévision—Injonction interlocutoire—Demande dans le but d'interdire la présentation d'un film jusqu'à ce qu'on ait disposé d'une requête demandant, par voie de mandamus, de forcer le CRTC à tenir une enquête—Rejet—Compétence de la Cour—Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, c. B-11, art. 3, 15, 16.

Arrêt: rejet d'une demande visant à obtenir une injonction interlocutoire interdisant au réseau CTV de diffuser un film jusqu'à ce que cette Cour se soit prononcée sur une requête demandant, par voie de *mandamus*, d'ordonner au CRTC de tenir une enquête publique sur une plainte portant que ce film serait diffamatoire à l'endroit des Indiens —

(1) Tenant compte de la politique de radiodiffusion canadienne énoncée dans la *Loi sur la radiodiffusion* et des pouvoirs de réglementation et de surveillance accordés au CRTC, il est douteux que cette Cour ait compétence pour interdire au réseau CTV de diffuser un film sauf, peut-être, s'il est sujet à des poursuites judiciaires parce qu'il est diffamatoire.

(2) De plus, la demande doit être rejetée parce qu'il n'y a pas de commencement de preuve indiquant que la diffusion du film portera atteinte à un droit légal ou qu'il constitue une diffamation à l'endroit d'une personne vivante.

Arrêt mentionné: *National Indian Brotherhood c. Juneau* [N° 1], *précité*, p. 66.

DEMANDE d'injonction interlocutoire.

R. A. Best, c.r., pour les requérants.

J. E. Eberle, c.r., et H. H. Soloway, c.r., pour l'opposante.

LE JUGE KERR—Il s'agit d'une demande visant à obtenir une injonction interlocutoire interdisant à l'opposante, CTV Television Network Limited, de diffuser le film intitulé «The Taming of the Canadian West» jusqu'à ce que la décision de la Cour fédérale du Canada, Division de première instance, ait été rendue sur une autre requête, encore pendante, demandant par voie de *mandamus* d'ordonner au Conseil de la Radio-Télévision canadienne [CRTC] de tenir une enquête publique sur une plainte portée par les mêmes requérants au sujet de ce film. Cette requête a été entendue par l'honora-

thereon. [*National Indian Brotherhood v. Juneau* [No. 1], *supra* p. 66—Ed.]

The affidavit of Andrew Richard, filed on behalf of the applicants, says that many of the organizations representing the Canadian-Indians including the applicants became concerned about inaccuracies in the script of the film, which, in their joint opinion, was racist, historically inaccurate and slanderous to the Indian race and culture, and that requests were made to the CRTC to conduct a public inquiry on the issue as to whether the film was in fact racist, historically inaccurate and slanderous to the Indian race and culture, but the Commission refused to hold an open inquiry.

CTV proposes to broadcast the film on its network on Sunday next. It appears that a first showing of the film was broadcast on March 21, 1970.

The applicants say that damage to the Indian people of Canada will be done if the film is shown on the CTV network and that the hearing before this Court in the aforesaid matter of the applicants and the CRTC will become academic, if not altogether futile, if CTV shows the film before the Court gives its decision in that other matter.

Affidavits on file give information respecting the film and steps taken by the applicants, CTV and the CRTC to consider complaints received about the film.

CTV has referred to the broadcasting policy for Canada as outlined by the *Broadcasting Act* R.S.C. 1970, c. B-11, and says that, if the film is enjoined from being shown, grave harm will be done to the right of free expression, which is a statutory responsibility of the CTV network and a long-established tradition in Canadian broadcasting.

Section 3 of the *Broadcasting Act* declares a broadcasting policy for Canada, and reads in part as follows:

3. It is hereby declared that

(c) all persons licensed to carry on broadcasting undertakings have a responsibility for programs they broadcast but the right to freedom of expression and the right of per-

ble juge Walsh, qui a différé son jugement. [*National Indian Brotherhood v. Juneau* [N° 1], *précité* p. 66—Éd.]

L'affidavit d'Andrew Richard, qu'ont produit les requérants, déclare que de nombreux organismes représentant les Indiens du Canada, et notamment les requérants, s'inquiètent des inexactitudes du scénario du film qui, à leur avis, était raciste, historiquement inexact et diffamatoire envers la race et la culture indiennes, et qu'ils ont demandé au CRTC de tenir une enquête publique sur la question de savoir si le film était effectivement raciste, historiquement inexact et diffamatoire envers la race et la culture indiennes mais que le Conseil a refusé de tenir une telle enquête.

CTV projette de diffuser ce film sur son réseau dimanche prochain. Il est établi que le film a été diffusé une première fois le 21 mars 1970.

Les requérants déclarent que les Indiens du Canada subiront un préjudice si le film est diffusé sur le réseau CTV et que la requête opposant les requérants au CRTC, pendante devant cette Cour, deviendra purement académique, sinon vaine, si le réseau CTV le diffuse avant que la Cour ne se soit prononcée sur cette autre requête.

Les affidavits versés au dossier donnent des renseignements sur le film et les démarches faites par les requérants, CTV et le CRTC pour examiner les plaintes reçues au sujet du film.

CTV s'est référé à la politique de la radiodiffusion pour le Canada, énoncée dans la *Loi sur la radiodiffusion* S.R.C. 1970, c. B-11, et déclare que, si la diffusion du film était interdite, on porterait une atteinte grave au droit de libre expression qui incombe au réseau CTV et qui constitue une tradition bien établie dans la radiodiffusion canadienne.

L'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* énonce la politique de la radiodiffusion pour le Canada; en voici un extrait:

3. Il est, par les présentes, déclaré

c) que toutes les personnes autorisées à faire exploiter des entreprises de radiodiffusion sont responsables des émissions qu'elles diffusent, mais que le droit à la liberté d'expression et le droit des personnes de capter les émis-

sons to receive programs, subject only to generally applicable statutes and regulations, is unquestioned;

and that the objectives of the broadcasting policy for Canada enunciated in this section can best be achieved by providing for the regulation and supervision of the Canadian broadcasting system by a single independent public authority.

Pursuant thereto the CRTC was established. Its objects are set forth in s. 15 of the *Broadcasting Act* as follows:

15. Subject to this Act and the *Radio Act* and any directions to the Commission issued from time to time by the Governor in Council under the authority of this Act, the Commission shall regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system with a view to implementing the broadcasting policy enunciated in section 3 of this Act.

Section 16 of the Act gives power to the Commission to make regulations, *inter alia*, respecting standards of programs.

Under s. 19 the Commission may hold a public hearing in connection with

(c) a complaint by a person with respect to any matter within the powers of the Commission.

Having regard to the broadcasting policy for Canada declared in the *Broadcasting Act* and the provisions for regulation and supervision of the Canadian broadcasting system by the CRTC, I doubt that Parliament intended to give or has given to the Federal Court of Canada, Trial Division, jurisdiction to enjoin CTV from broadcasting a particular program or the particular film here in issue. If parties who have objections against a television program have a right to have this Court entertain an application to enjoin the broadcast of the program, other, perhaps, than one that is legally actionable by reason of being slanderous or libellous or otherwise, it would seem to me that an opportunity to frustrate, delay and interfere with broadcasting in Canada would be available to such parties and that this Court would, in effect, be exercising functions of regulation and supervision of the Canadian broadcasting system that Parliament has seen fit to entrust to the CRTC.

sions, sous la seule réserve des lois et règlements généralement applicables, est incontesté;

et que la meilleure façon d'atteindre les objectifs de la politique de la radiodiffusion pour le Canada énoncée au présent article consiste à confier la réglementation et la surveillance du système de la radiodiffusion canadienne à un seul organisme public autonome.

C'est en vertu de cet article que l'on a créé le CRTC. Ses objets sont énumérés à l'art. 15 de la *Loi sur la radiodiffusion* que voici:

15. Sous réserve de la présente loi, de la *Loi sur la radio* et des instructions à l'intention du Conseil émises, à l'occasion, par le gouverneur en conseil sous l'autorité de la présente loi, le Conseil doit réglementer et surveiller tous les aspects du système de la radiodiffusion canadienne en vue de mettre en œuvre la politique de radiodiffusion énoncée dans l'article 3 de la présente loi.

L'article 16 de la loi donne au Conseil le pouvoir d'établir des règlements concernant notamment les normes des émissions.

En vertu de l'art. 19, le Conseil peut tenir une audition publique au sujet

(c) de la plainte d'une personne relativement à toute question relevant des pouvoirs du Conseil.

Tenant compte de la politique de radiodiffusion canadienne énoncée dans la *Loi sur la radiodiffusion* et des dispositions prévoyant la réglementation et la surveillance du système de la radiodiffusion canadienne par le CRTC, je doute que le Parlement ait voulu donner ou ait donné à la Cour fédérale du Canada, Division de première instance, compétence pour interdire au réseau CTV de diffuser une émission déterminée ou le film présentement en cause. Si des parties qui ont des objections à formuler contre une émission télévisée détiennent un droit à faire examiner par cette Cour une demande visant à interdire la diffusion de l'émission, à l'exception peut-être d'une émission sujette à des poursuites judiciaires parce qu'elle est diffamatoire, calomnieuse ou autre, il me semble que cela fournirait à ces parties des moyens de frustrer et de retarder la radiodiffusion canadienne, de s'immiscer dans celle-ci et que cette Cour exercerait en conséquence des fonctions de réglementation et de surveillance du système de la radiodiffusion canadienne que le Parlement a cru bon de confier au CRTC.

But even if this Court has jurisdiction to entertain the instant application, I am not disposed to grant an injunction to restrain CTV from broadcasting the film, because

- (1) the film has already been shown as far back as March 21, 1970,
- (2) the CRTC has considered the complaints and has not indicated that it is a film that should not be broadcast,
- (3) CTV has a responsibility for the programs it broadcasts and persons licensed to carry on broadcasting undertakings have a right to freedom of expression, subject to generally applicable statutes and regulations, as set forth in section 3(c) of the *Broadcasting Act*,
- (4) the film is historical and is in respect of a long-past era and not in respect of a current situation, and, finally,
- (5) there has not, in my opinion, been a *prima facie* showing either that if the film is broadcast such broadcast will violate some legal right or commit some legal wrong that ought to be enjoined by an injunction, or that the film in fact slanders or libels any living person.

Therefore the motion for an injunction is refused, with costs.

In view of my decision to refuse an injunction for the reasons I have given, it will not be necessary for me to deal with the preliminary objections by counsel for the respondent that the applicants are not individual persons or incorporated bodies and therefore have no status to make the application, and that the application is invalid because no substantive action has been instituted.

Mais même si cette Cour avait compétence pour entendre la présente demande, je ne suis pas disposé à accorder une injonction empêchant CTV de diffuser le film parce que

- (1) le film a déjà été diffusé dès le 21 mars 1970,
- (2) après avoir examiné les plaintes, le CRTC n'a pas signalé qu'il s'agissait d'un film qui ne devait pas être diffusé,
- (3) comme l'énonce l'article 3c) de la *Loi sur la radiodiffusion*, CTV est responsable des émissions qu'il diffuse et les personnes autorisées à exploiter des entreprises de radiodiffusion ont droit à la liberté d'expression, sous réserve des lois et règlements généralement applicables,
- (4) il s'agit d'un film historique ayant trait à une époque depuis longtemps révolue, ne se rattachant donc pas à l'actualité, et enfin,
- (5) il n'y a pas, à mon avis, de commencement de preuve indiquant que si le film est diffusé cela créera une infraction ou une injustice qui doivent être empêchées au moyen d'une injonction, ni que le film constitue effectivement une calomnie ou une diffamation à l'endroit d'une personne vivante.

La demande d'injonction est donc rejetée avec dépens.

Étant donné ma décision de refuser l'injonction pour les motifs ci-dessus mentionnés, il ne me sera pas nécessaire d'examiner les objections préliminaires, soulevées par le procureur de l'intimé, selon lesquelles les requérants ne sont pas des individus ni des entités corporatives et n'ont donc pas qualité pour présenter la demande, et selon lesquelles la demande est nulle puisqu'elle ne se rattache à aucune action principale déjà engagée.

National Capital Commission (Plaintiff)

v.

Édouard Bourque & Paul Bourque (Defendants)**No. 1**

Trial Division, Noël A.C.J.—Ottawa, August 19, 23, 1971.

Practice and Procedure—Judgment against National Capital Commission as plaintiff in expropriation action—Seizures by defendants' creditors—Application by plaintiff for directions and for payment in—No jurisdiction—N.C.C. not the Crown—Federal Court Act, s. 17(3)(c)—Federal Court Rules 441, 604.

Judgment was pronounced against plaintiff, the National Capital Commission, in favour of defendants in an expropriation action in this Court. Creditors of defendants served plaintiff with seizures. Plaintiff applied under s. 17(3)(c) of the *Federal Court Act* for directions as to whom and in what amounts the balance owing on the judgment should be paid and for leave to pay that sum into court.

Held, dismissing the application, s. 17(3)(c) of the Act, and Rule 604 of the Rules are restricted to applications by the Crown and do not apply to an agency of the Crown such as plaintiff. The Rules for payment in only permit payment in by a defendant.

APPLICATION.

Mrs. Eileen Mitchell Thomas, Q.C., for plaintiff, applicant.

Austin O'Connor, Q.C., and *L. P. Carr*, for defendants, *contrâ*.

NOËL A. C. J.—Plaintiff moves for a direction, pursuant to s. 17(3)(c) of the *Federal Court Act*, as to whom and in what amounts the balance it owes on the judgment rendered by this Court and the costs should be paid.

This motion is dismissed on the basis that s. 17(3)(c) applies only to the Crown and does not apply to an agency of the Crown, such as the plaintiff which, under s. 4(4) of its Act of incorporation,¹ can be sued as an ordinary person and which has been served with a number of seizures emanating from creditors of the defendants from Ontario as well as from Quebec. It will have to deal with these matters

Commission de la Capitale nationale (Demanderesse)

c.

Édouard Bourque et Paul Bourque (Défendeurs)**N° 1**

Division de première instance, le J.C.A. Noël—Ottawa, les 19 et 23 août 1971.

Pratique et procédure—Jugement contre la Commission de la Capitale nationale, demanderesse dans une action en expropriation—Saisies émanant de créanciers des défendeurs—Requête de la demanderesse visant à obtenir des directives et à pouvoir consigner—Incompétence—La C.C.N. n'est pas la Couronne—Loi sur la Cour fédérale, art. 17(3)c—Règles 441 et 604 de la Cour fédérale.

Dans une action en expropriation devant cette Cour, un jugement a été prononcé contre la demanderesse, la Commission de la Capitale nationale, et en faveur des défendeurs. Des créanciers des défendeurs ont signifié des saisies à la demanderesse. En vertu de l'article 17(3)c) de la *Loi sur la Cour fédérale*, la demanderesse a présenté une requête afin de savoir à combien s'élève le solde qu'elle doit en raison du jugement et à qui il doit être payé, et a demandé l'autorisation de consigner ce montant à la Cour.

Arrêt: La requête est rejetée. L'article 17(3)c) de la Loi et la Règle 604 se limitent aux requêtes de la Couronne et ne s'appliquent pas à un agent de la Couronne tel que la demanderesse. Les Règles concernant la consignation ne prévoient que la consignation par un défendeur.

REQUÊTE.

M^{me} Eileen Mitchell Thomas, c.r., pour la demanderesse, requérante.

M^{es} Austin O'Connor, c.r. et *L. P. Carr*, pour les défendeurs, opposants.

LE JUGE EN CHEF ADJOINT NOËL—La demanderesse a présenté une requête en vue d'obtenir une directive, conformément à l'article 17(3)c) de la *Loi sur la Cour fédérale*, afin de savoir à combien s'élève le solde qu'elle doit à la suite du jugement rendu par cette Cour et à qui les frais doivent être payés.

Cette requête est rejetée au motif que l'article 17(3)c) s'applique seulement à la Couronne et ne s'applique pas à un agent de la Couronne, tel que la demanderesse qui, aux termes de l'article 4(4) de sa loi de constitution,¹ peut être poursuivie en justice comme un simple particulier, et à qui on a signifié un certain nombre de saisies émanant des créanciers des défendeurs, de l'Ontario ainsi que du Québec. Il faudra traiter

under whatever provincial laws are applicable. It cannot avail itself either of Rule 604 of the Rules of this Court (which corresponds to s. 24 of the *Exchequer Court Act*, now repealed) which also is specifically restricted to the Crown.

Counsel also requested that it be authorized to pay into this Court the amount of its indebtedness under the judgment of this Court. There is a further difficulty here in that although the position of the plaintiff in an expropriation action is tantamount to that of a defendant in the sense that it says I owe some money but it should be restricted to what I believe is the value of the defendant's property, our Rules for the payment of money into Court² provide only for defendants and not for any other party.

Motion is therefore dismissed without costs.

¹ *National Capital Act*, R.S.C. 1970, c. N-3.

² Rules 441 to 445—ÉD.

ces affaires conformément aux lois provinciales, quelles que soient celles qui s'appliquent. Elle ne peut pas non plus se prévaloir de la Règle 604 des Règles de cette Cour (qui correspond à l'article 24 de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, maintenant abrogée) qui concerne aussi spécifiquement la Couronne.

En outre, l'avocat a demandé de pouvoir consigner à la Cour le montant de sa dette fixé dans le jugement de cette dernière. Il y a une autre difficulté dans le cas présent, du fait que, bien que la position de la demanderesse dans une affaire d'expropriation revienne à celle d'un défendeur dans la mesure où elle dit: je dois une somme d'argent mais elle doit être limitée à ce que je crois être la valeur de la propriété du défendeur, nos Règles concernant la consignation de l'argent à la Cour² ne prévoient que le cas des défendeurs et pas celui d'autres parties.

Par conséquent, la requête est rejetée sans frais.

¹ *Loi sur la Capitale nationale*, R.C.S. 1970, c. N-3.

² Règles 441 à 445—ÉD.

National Capital Commission (Plaintiff)

v.

Édouard Bourque & Paul Bourque (Defendants)**No. 2**

Trial Division, Noël A.C.J.—Ottawa, August 19, 23, 1971.

Practice—Costs—Federal Court tariff applies to costs in Exchequer Court not previously taxed—Solicitor and client costs—Jurisdiction—Federal Court Act, s. 17(3)(c).

On June 9, 1970, the Exchequer Court gave judgment for defendants in an expropriation action. Following the coming into force of the *Federal Court Act* (on June 1, 1971) defendants applied to this Court for orders (1) that defendants' party and party costs be taxed on the Exchequer Court scale, and (2), under s. 17(3)(c) of the *Federal Court Act*, that defendants' solicitor and client costs be paid directly to defendants' solicitor.

Held, the motion must be rejected.

1. The Federal Court tariff applies to costs not previously taxed which were incurred before those tariffs came into force.

2. The Court has no jurisdiction under s. 17(3)(c) to deal with the motion, plaintiff not being the Crown; and more-over costs in a trial are party costs and belong to the party and not the solicitor.

APPLICATION.

Austin O'Connor, Q.C., and *L. P. Carr*, for defendants, applicants.

Mrs. Eileen Mitchell Thomas, Q.C., for plaintiff, *contrâ*.

NOËL A.C.J.—The application on behalf of the defendants for an order directing that the defendants' party and party costs including fees to expert witnesses be taxed on the scale of fees allowed in the Exchequer Court of Canada on June 9, 1970, when judgment was pronounced in favour of the defendants for \$142,000, is dismissed.

In my view it is clear that the new tariffs under the *Federal Court Act* shall apply to costs incurred before, as well as after they came into

Commission de la Capitale nationale (Demanderesse)

c.

Édouard Bourque et Paul Bourque (Défendeurs)**N° 2**

Division de première instance, le J.C.A. Noël—Ottawa, les 19 et 23 août 1971.

Pratique—Dépens—Le tarif de la Cour fédérale s'applique aux dépens encourus devant la Cour de l'Échiquier s'ils n'ont pas été taxés antérieurement à son entrée en vigueur—Frais entre clients et procureurs—Compétence—Loi sur la Cour fédérale, art. 17(3)c.

Le 9 juin 1970, la Cour de l'Échiquier rendait un jugement en faveur des défendeurs dans une action en expropriation. Après l'entrée en vigueur de la *Loi sur la Cour fédérale* (le 1^{er} juin 1971) les défendeurs ont demandé des ordonnances portant (1) que les dépens entre parties des défendeurs soient taxés suivant le tarif de la Cour de l'Échiquier et (2) que les frais entre procureur et client des défendeurs soient payés directement au procureur des défendeurs selon l'art. 17(3)c) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Arrêt: La requête doit être rejetée.

1. Le tarif de la Cour fédérale s'applique aux dépens qui n'ont pas été taxés et qui ont été encourus avant son entrée en vigueur.

2. L'article 17(3)c) n'accorde pas à la Cour compétence pour disposer de la requête car la demanderesse n'est pas la Couronne; et en outre, les dépens d'un procès sont des dépens entre parties, et appartiennent à la partie et non au procureur.

REQUÊTE.

M^{es} Austin O'Connor, c.r., et *L. P. Carr*, pour les défendeurs, requérants.

M^{me} Eileen Mitchell Thomas, c.r., pour la demanderesse, opposante.

LE JUGE EN CHEF ADJOINT NOËL—La demande faite au nom des défendeurs dans le but d'obtenir une ordonnance prescrivant que les frais entre parties du défendeur, y compris l'indemnité versée aux témoins experts, soient taxés selon l'échelle des indemnités autorisées à la Cour de l'Échiquier du Canada le 9 juin 1970, lorsque le jugement fut rendu en faveur des défendeurs pour la somme de \$142,000, est rejetée.

A mon avis, il est évident que les nouveaux tarifs aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale* s'appliqueront tant aux frais encourus avant

force, when they have not been taxed before they came into force. Section 62(6) reads as follows:

62. (6) All provisions of law and rules and orders regulating the practice and procedure in the Exchequer Court of Canada existing and in force at the coming into force of this Act shall, to the extent that they are not inconsistent with the provisions of this Act, remain in force until altered or rescinded or otherwise determined.

There is, I understand, some inconsistency between the old tariff and the new one, particularly with regard to the amounts to be paid to expert witnesses, and counsel for the applicants stated that the difference in this case may be substantial. This may be the case. However, the section in my view is quite clear and is retrospective in so far as there is any inconsistency with the new tariff adopted by virtue of s. 46 of the *Federal Court Act*.

This does not mean, however, that applicants must be content with the new tariff. It is indeed possible, as provided under s. 3 of Tariff B, to have the amounts of the tariff increased by direction of the Court in the judgment for costs or under Rule 344(7) which deals with an application to the Court "to make any special direction concerning costs contemplated by this rule including any direction contemplated by Tariff B and to decide any question as to the application of any of the provisions in Rule 346".

Taxation of the applicants' costs should, therefore, be referred to the officer of the registry designated for this purpose pursuant to Rule 346(2)(b) following which the applicants, or their opponent, may then, if they so desire, appeal such taxation to the Trial Division of this Court pursuant to Rule 346(2)(b) of the Rules of this Court.

Counsel for the applicants further applies for directions pursuant to s. 17(3)(c) of the *Federal Court Act*, that the solicitor and client costs of the defendants, to be taxed in an amount which he says is estimated at \$11,000, be paid directly to the solicitor for the defendants.

qu'à ceux encourus après leur entrée en vigueur, quand ils n'ont pas été taxés avant cette dernière. Voici l'article 62(6):

62. (6) Toutes les dispositions existantes du droit et des règles et ordonnances réglementant la pratique et la procédure devant la Cour de l'Échiquier du Canada et qui sont en vigueur à l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent en vigueur, dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la présente loi, jusqu'à ce qu'elles soient modifiées, annulées ou qu'il en ait été autrement réglé.

Il existe, si j'ai bien compris, une certaine incompatibilité entre l'ancien tarif et le nouveau, en particulier en ce qui concerne les sommes versées aux témoins experts, et l'avocat de la demanderesse a déclaré que dans le cas présent la différence peut être importante. C'est possible. Cependant, l'article est, à mon avis, très clair: il est rétroactif dans la mesure où il y a une incompatibilité quelconque avec le nouveau tarif adopté en vertu de l'art. 46 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Toutefois, ceci ne signifie pas que la demanderesse doive se contenter du nouveau tarif. En effet il est possible, comme le prévoit l'art. 3 du Tarif B, d'obtenir une augmentation sur instructions données par la Cour dans le jugement relatif aux dépens ou en vertu de la Règle 344(7) qui porte sur la demande faite à la Cour «de donner, au sujet des dépens, des directives spéciales aux termes de la présente règle, y compris une directive visée au Tarif B, et de statuer sur tout point relatif à l'application de toute ou partie des dispositions de la Règle 346».

Par conséquent, la taxation des frais de la demanderesse devrait être renvoyée à l'officier du greffe désigné à cette fin conformément à la Règle 346(2)(b), après quoi la demanderesse ou la partie adverse peut, si elle le désire, interjeter appel de cette taxation devant la Division de première instance conformément à la Règle 346(2)(b) des Règles de la Cour.

En outre l'avocat de la demanderesse demande que la Cour donne des directives conformément à l'art. 17(3)(c) de la *Loi sur la Cour fédérale*, pour que les frais entre procureur et client des défendeurs qui doivent être taxés et dont le montant s'élève selon lui, à \$11,000,

I fail to see how s. 17(3)(c) of the *Federal Court Act*, which reads as follows,

17. (3) The Trial Division has exclusive original jurisdiction to hear and determine the following matters:

(c) proceedings to determine disputes where the Crown is or may be under an obligation, in respect of which there are or may be conflicting claims.

is relevant to the present demand as the plaintiff herein, who will be called upon to pay these costs, is not the Crown, although it is an agency of the Crown. The above section, in my view, is quite clear and does not apply to an agency of the Crown such as the National Capital Commission, governed by c. N-3 of the Revised Statutes of Canada 1970.

There is also a further obstacle to granting applicants' request in that in so far as I can see, costs in a trial are party costs and belong to the party and not the solicitor. There is indeed nothing in the *Federal Court Act*, or in our Rules, which states that a condemnation to costs involves distraction in favour of the solicitor or attorney of the party to whom they are awarded, such as exists in art. 479 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, which reads as follows:

479. Every condemnation to costs involves, by operation of law, distraction in favour of the attorney of the party to whom they are awarded . . .

A number of seizures emanating from creditors in Ontario and Quebec have caused seizures of execution to be served on the National Capital Commission and there is a motion before me by the latter which is dealt with in another decision. Because of these seizures, all moneys belonging to the defendants, including the costs, are impounded and must be dealt with under whatever provincial laws apply.

The National Capital Commission, under s.4(4) of the statute which created it (R.S.C. 1970, c. N-3) may indeed be sued as an ordinary individual and that is why a number of seizures have now been served with regard to

soient payés directement au procureur des défendeurs.

Je n'arrive pas à comprendre comment l'art. 17(3)c) de la *Loi sur la Cour fédérale* qui est ainsi rédigé:

17. (3) La Division de première instance a compétence exclusive pour entendre et juger en première instance les questions suivantes:

c) les procédures aux fins de juger les contestations dans lesquelles la Couronne a ou peut avoir une obligation qui est ou peut être l'objet de demandes contradictoires.

est approprié dans la présente demande puisque la demanderesse aux présentes, à qui on demandera de payer les frais, n'est pas la Couronne, bien que ce soit un agent de la Couronne. A mon avis, l'article susmentionné est bien clair et ne s'applique pas à un agent de la Couronne tel que la Commission de la Capitale nationale, régie par le c. N-3 des Statuts révisés du Canada 1970.

Un autre obstacle empêche aussi d'accéder à la requête des requérantes, dans la mesure où, à mon avis, les frais dans un procès sont des frais entre parties et appartiennent à la partie et non au procureur. En effet, rien dans la *Loi sur la Cour fédérale* ni dans nos Règles ne spécifie qu'une condamnation aux dépens emporte distraction en faveur du procureur ou de l'avocat de la partie à qui ils sont accordés, comme c'est le cas à l'art. 479 du *Code de procédure civile* du Québec, qui est rédigé ainsi:

479. La condamnation aux dépens emporte de plein droit distraction en faveur du procureur de la partie à laquelle ils sont accordés . . .

Un certain nombre de saisies émanant de créanciers de l'Ontario et du Québec ont été signifiées à la Commission de la Capitale nationale et une requête a été déposée devant moi, requête dont il est traité dans une autre décision. A cause de ces saisies, tous les fonds appartenant aux défendeurs, y compris les frais, sont retenus et doivent être traités conformément aux lois provinciales, quelque soient celles qui s'appliquent.

Aux termes de l'art. 4(4) de la loi qui la créa (S.R.C. 1970, c. N-3), la Commission de la Capitale nationale peut en effet être poursuivie comme un simple particulier et ceci explique qu'un certain nombre de saisies ont été alors

the amount which remains to be paid to the defendants as a result of the judgment rendered by this Court. It therefore follows that no authorization can be given by this Court with regard to the payment of either the balance of the amount of the judgment to be paid or the amount of the solicitor and client costs to be established by taxation.

Subject to a reference of the taxation to the designated officer of the Court, the motions are dismissed without costs.

signifiées concernant le montant qui reste à payer aux défendeurs par suite du jugement rendu par cette Cour. Par conséquent, il s'ensuit que cette Cour ne peut accorder aucune autorisation concernant le paiement soit du solde du montant accordé par jugement qui reste à payer, soit du montant des frais entre procureur et client qui doivent être établis par taxation.

Sous réserve du renvoi pour taxation à l'officier désigné de la Cour, les requêtes sont rejetées sans frais.

Maple Leaf Mills Limited (Suppliant)

v.

The Queen (Respondent)

Trial Division, Pratte J.—Montreal, June 22; Ottawa, September 1, 1971.

Customs Tariff—Dumping duty—U.S. goods purchased by U.S. subsidiary company—Sale by subsidiary to parent company in Canada at higher price—Assessment assumes subsidiary acted as agent of parent—Onus of proof—Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, s. 248.

In 1964 the suppliant purchased goods of a class or kind not made in Canada from its United States subsidiary at a price much less than the price paid by the subsidiary to the Florida manufacturer of the goods. Dumping duty was imposed under s. 6 of the *Customs Tariff*, R.S.C. 1952, c. 60, on the ground that the actual selling price of the goods to the suppliant was less than the fair market value. The assessment was based on the assumption that the suppliant's subsidiary acted as agent for the suppliant in the purchase of the goods.

Held, dismissing an action for recovery of the duty, in the absence of evidence that the subsidiary was acting for itself in making the purchase, the suppliant failed to meet the burden of proof imposed by s. 248 of the *Customs Act*.

Rainham Chemical Works Ltd. v. Belvedere Fish Guano Co. [1921] 2 A.C. 465, applied.

PETITION of right.

Julian C. Chipman for suppliant.

Robert Cousineau and *Denis Bouffard* for respondent.

PRATTE J.—The suppliant is a Canadian company having its principal place of business in Montreal. In 1964, it imported from the United States substantial quantities of phosphate for use in the production of animal and poultry feeds. These goods entered Canada duty-free under item 633i of the *Customs Tariff*; however, the Department of National Revenue (Customs and Excise) required the suppliant to pay the special or dumping duty then imposed by s. 6 of the *Customs Tariff*, R.S.C. 1952, c. 60. Thus, the suppliant paid under protest a sum of \$18,529.29 which, by its petition of right, it now seeks to recover on the ground that s. 6 of the *Customs Tariff* was not applicable to these importations.

Maple Leaf Mills Limited (Requérante)

c.

La Reine (Intimée)

Division de première instance; le juge Pratte—Montréal, le 22 juin; Ottawa, le 1^{er} septembre 1971.

Tarif des douanes—Droit anti-dumping—Marchandises américaines achetées par une filiale américaine—Vente par la filiale à sa compagnie-mère au Canada à un prix plus élevé—La cotisation prend pour acquis que la filiale agissait en qualité de représentante de sa compagnie-mère—Fardeau de la preuve—Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, c. C-40, art. 248.

En 1964 la requérante a acheté des marchandises, d'une classe ou d'une espèce non fabriquée au Canada, à sa filiale américaine pour un prix de beaucoup inférieur au prix versé par la filiale au fabricant en Floride. En vertu de l'art. 6 du *Tarif des douanes*, S.R.C. 1952, c. 60, on a imposé un droit anti-dumping au motif que le prix réel de vente des marchandises à la requérante était inférieur à leur juste valeur marchande. Pour établir la cotisation, on a estimé que la filiale de la requérante avait acheté les marchandises en qualité de représentante de la requérante.

Arrêt: rejet de l'action en recouvrement du droit. Faute de preuve selon laquelle la filiale agissait pour elle-même au moment de l'achat, la requérante ne s'est pas déchargée du fardeau de la preuve qui lui incombait en vertu de l'art. 248 de la *Loi sur les douanes*.

Arrêt suivi: *Rainham Chemical Works Ltd. c. Belvedere Fish Guano Co.* [1921] 2 A.C. 465.

PETITION de droit.

Julian C. Chipman pour la requérante.

Robert Cousineau et *Denis Bouffard* pour l'intimée.

LE JUGE PRATTE—La requérante est une compagnie canadienne dont le principal établissement se trouve à Montréal. En 1964, elle a importé des États-Unis d'importantes quantités de phosphate destiné à la fabrication d'aliments pour le bétail et la volaille. Ces marchandises sont entrées au Canada en franchise en vertu du n° 633i du *Tarif des douanes*; toutefois, le ministère du Revenu national (Douanes et Accise) a exigé que la requérante paie le droit spécial ou anti-dumping qui était alors imposé par l'art. 6 du *Tarif des douanes* S.R.C. 1952, c. 60. La requérante a donc payé sous protêt une somme de \$18,529.29 que, par sa pétition de droit, elle essaie maintenant de recouvrer, pré-

The charging provisions of s. 6 was subsec. (1) which read as follows:

6. (1) In the case of goods exported to Canada of a class or kind made or produced in Canada, if the export or actual selling price to an importer in Canada is less than the fair market value or the value for duty of the goods as determined under the provisions of the *Customs Act*, there shall, in addition to the duties otherwise established, be levied, collected and paid on such goods, on their importation into Canada, a special or dumping duty, equal to the difference between the said selling price of the goods for export and the said value for duty thereof; and such special or dumping duty shall be levied, collected and paid on such goods although not otherwise dutiable.

The position taken on behalf of the suppliant is that no special duty was payable under s. 6 because:

(1) the phosphate in question was not "of a class or kind made or produced in Canada";

(2) the suppliant had paid for these goods a price which was not "less than the fair market value for duty of the goods as determined under the provisions of the *Customs Act*".

Before examining the merits of these two contentions, it is necessary to recall the provisions of s. 248 of the *Customs Act*, R.S.C. 1952, c. 58, which reads, in part, as follows:

248. (1) In any proceedings instituted . . . for the recovery of any duty under this Act, or any other law relating to the Customs . . . in case of any question . . . relating to . . . the doing of . . . anything by which such . . . liability for duty would be incurred or avoided, the burden of proof shall lie upon the owner or claimant of the goods or the person whose duty it was to comply with this Act or in whose possession the goods were found, and not upon Her Majesty or upon the person representing Her Majesty.

(2) Similarly, in any proceedings instituted against Her Majesty or any officer for the recovery of any goods seized or money deposited under this Act or any other such law, if any such question arises the burden of proof shall lie upon the claimant of the goods seized or money deposited, and not upon Her Majesty or upon the person representing Her Majesty.

tendant que l'art. 6 du *Tarif des douanes* ne s'appliquait pas à ces importations.

C'était le par. (1) de l'art. 6 qui prescrivait la perception d'un droit; il se lisait comme suit:

6. (1) Dans le cas de marchandises exportées au Canada d'une classe ou d'une espèce fabriquée ou produite au Canada, si le prix d'exportation ou le prix réel de vente à un importateur au Canada est inférieur à la juste valeur marchande ou à la valeur imposable des marchandises établie sous le régime des dispositions de la *Loi sur les douanes*, il doit, en sus des droits autrement établis, être prélevé, perçu et payé sur lesdites marchandises à leur importation au Canada, un droit spécial ou anti-dumping égal à la différence entre ledit prix de vente des marchandises pour l'exportation et leur dite valeur imposable; et ce droit spécial ou anti-dumping doit être prélevé, perçu et payé sur ces marchandises lors même que ces dernières ne seraient pas imposables par ailleurs.

On a prétendu au nom de la requérante qu'aucun droit spécial n'était dû en vertu de l'art. 6 car:

(1) le phosphate en question n'était pas «d'une classe ou d'une espèce fabriquée ou produite au Canada»;

(2) la requérante avait payé pour ces marchandises un prix qui n'était pas «inférieur à la juste valeur marchande ou à la valeur imposable des marchandises établie sous le régime des dispositions de la *Loi sur les douanes*».

Avant d'examiner la valeur de ces deux prétentions, il est nécessaire de rappeler les dispositions de l'art. 248 de la *Loi sur les douanes* S.R.C. 1952, c. 58, dont voici des extraits:

248. (1) Dans toutes procédures intentées . . . pour recouvrer un droit sous l'autorité de la présente loi ou de toute autre loi concernant les douanes . . . s'il se présente une contestation . . . concernant . . . l'exécution de . . . quelque chose par laquelle cette . . . responsabilité des droits serait encourue ou évitée, le fardeau de la preuve incombe au propriétaire ou au réclamant des effets ou à celui dont le devoir était de se conformer à la présente loi ou en la possession de qui les effets ont été trouvés, et non à Sa Majesté ou à la personne représentant Sa Majesté.

(2) De la même manière, si des procédures sont intentées contre Sa Majesté ou contre un préposé pour recouvrer des marchandises saisies ou de l'argent déposé sous l'autorité de la présente loi ou de quelque autre semblable loi, si une telle contestation se présente, le fardeau de la preuve incombe à celui qui réclame ces marchandises saisies ou cet argent déposé, et non à Sa Majesté ou au représentant de Sa Majesté.

In the present case, s. 248 casts upon the suppliant the burden of proving facts leading to the conclusion that the duties that it paid were not due. More precisely, the suppliant, in order to succeed, had to prove either that the goods that it imported into Canada were so different from their Canadian counterpart that they could not be considered "of a class or kind made or produced in Canada", or that the price that the suppliant had paid for these goods was not less than their value for duty. It is in the light of this rule that the suppliant's contentions must now be examined.

I. *Were the goods imported by the suppliant of "a class or kind made or produced in Canada"?*

On this point, no admissible evidence was put before the Court at the hearing. True, counsel for the suppliant filed as ex. S-2 a report made in 1962 by one Edmund Cox, which purported to state and explain the differences between the phosphate imported by the suppliant and its Canadian counterpart; but counsel for the respondent objected strongly to the production of this paper mainly for the reason that its author was not available for cross-examination. I then reserved my decision on this objection, after having warned counsel for the suppliant that it would probably be maintained. Time has not modified my first impression. Under our rules of practice, an affidavit prepared by an expert cannot become part of the evidence if its author is not available at the trial for cross-examination. There is no reason why a different rule should apply to the production of a document prepared in unknown circumstances by an unknown person long before the commencement of the action. I therefore rule that the document filed as ex. S-2 is not admissible evidence and shall not be considered as being part of the record.

No other evidence having been put before the Court on this point, one has to refer to the pleadings and to the admissions that they con-

Dans cette cause-ci, l'art. 248 met à la charge de la requérante la preuve des faits qui permettraient de conclure que les droits qu'elle a acquittés n'étaient pas dus. Plus précisément, la requérante devait prouver, pour obtenir gain de cause, soit que les marchandises qu'elle a importées au Canada étaient à ce point différentes de leur équivalent canadien qu'on ne pouvait pas les considérer comme faisant partie «d'une classe ou d'une espèce fabriquée ou produite au Canada», soit que le prix payé par la requérante pour ces marchandises n'était pas inférieur à leur valeur imposable. C'est à la lumière de cette règle que les prétentions de la requérante doivent maintenant être examinées.

I. *Les marchandises importées par la requérante étaient-elles «d'une classe ou d'une espèce fabriquée ou produite au Canada»?*

Sur ce point, aucune preuve recevable n'a été présentée à la Cour à l'audience. Il est vrai que l'avocat de la requérante a produit sous la cote S-2 un rapport rédigé en 1962 par un certain Edmund Cox, qui, censément, exposait et expliquait les différences entre le phosphate importé par la requérante et son équivalent canadien; mais l'avocat de l'intimée s'est opposé vigoureusement à la production de ce document, principalement parce que son auteur, absent lors de l'instruction, ne pouvait être soumis à un contre-interrogatoire. J'ai alors reporté à plus tard ma décision sur cette objection, après avoir avverti l'avocat de la requérante que j'y ferais probablement droit. Ma première impression ne s'est pas modifiée avec le temps. Suivant nos règles de pratique, l'affidavit d'un expert ne peut faire partie de la preuve à moins que son auteur ne soit présent lors de l'instruction de sorte qu'il puisse être soumis à un contre-interrogatoire. Il n'y a aucune raison pour qu'une règle différente s'applique à la production d'un document préparé dans des circonstances inconnues par une personne inconnue, bien avant que l'action ne soit intentée. Je décide donc que le document produit sous la cote S-2 est une preuve irrecevable et qu'il ne doit pas être considéré comme faisant partie du dossier.

Aucune autre preuve n'ayant été présentée sur ce point, il faut s'en reporter aux actes de procédure et aux faits qui y sont reconnus pour

tain in order to find out whether or not the imported goods were of "a class or kind made or produced in Canada". A careful reading of the pleadings shows that both parties are in agreement on the following facts:

- (a) The suppliant imported into Canada from the United States some phosphate for use in the production of animal and poultry feeds;
- (b) When these goods were imported, phosphate for use in the production of animal and poultry feeds was also manufactured in Canada;
- (c) Both the American and the Canadian products originated from the same basic raw material, "phosphate rock", which was mined, washed, refined and purified;
- (d) The American and the Canadian phosphates were however manufactured by different processes;
- (e) Both the imported and the Canadian products and their respective methods of manufacture are covered by separate patents;
- (f) The chemical composition and properties of the two products are partially different.

These facts lead inevitably to the conclusion that the two products were not identical. This, however, does not mean that the imported phosphate was not "of a class or kind made or produced in Canada" since various goods, though not identical, may be of the same class or kind provided that they be similar. On the basis of the admission contained in the pleadings, it is impossible to say whether or not the differences between the imported and the Canadian products were so important and significant that these goods should not be considered as being of the same class or kind. Therefore, the suppliant has not proved facts showing that the imported phosphate was not "of a class or kind made or produced in Canada". Now, as under s. 248 of the *Customs Act*, the onus rested with the suppliant, I conclude that it must be deemed to have imported "goods of a class or kind made or produced in Canada".

déterminer si les marchandises importées étaient «d'une classe ou d'une espèce fabriquée ou produite au Canada». Il ressort d'une lecture attentive des procédures que les deux parties s'accordent sur les faits suivants:

- a) La requérante a importé, des États-Unis au Canada, une certaine quantité de phosphate destiné à la fabrication d'aliments pour le bétail et la volaille;
- b) A l'époque où ces marchandises ont été importées, on fabriquait aussi au Canada du phosphate destiné à la production d'aliments pour le bétail et la volaille;
- c) Les produits américain et canadien étaient dérivés de la même matière première, la «roche phosphatée», qui était extraite, lavée, raffinée et purifiée;
- d) Les phosphates américain et canadien étaient toutefois fabriqués par des procédés différents;
- e) Le produit canadien comme le produit importé et leurs procédés de fabrication respectifs sont couverts par des brevets distincts;
- f) La composition chimique et les propriétés des deux produits sont partiellement différentes.

Ces faits conduisent inévitablement à la conclusion que les deux produits n'étaient pas identiques. Cela ne signifie cependant pas que le phosphate importé n'était pas «d'une classe ou d'une espèce fabriquée ou produite au Canada» car des marchandises qui ne sont pas identiques, peuvent être de la même classe ou espèce, pourvu qu'elles soient similaires. Il est impossible de dire, en se fondant sur les faits admis dans les actes de procédures, si les différences entre le produit importé et le produit canadien étaient telles qu'on ne devrait pas considérer ces marchandises comme faisant partie de la même classe ou de la même espèce. Par conséquent, la requérante n'a pas établi que les phosphates importées n'étaient pas «d'une classe ou d'une espèce fabriquée ou produite au Canada». Or, étant donné qu'en vertu de l'art. 248 de la *Loi sur les douanes*, la charge de la preuve incombait à la requérante, j'en conclus qu'elle doit être réputée avoir importé «des marchandises d'une classe ou d'une espèce fabriquée ou produite au Canada».

Let us now turn to suppliant's second contention, namely that it had paid for the phosphate a price which was not less than its value for duty.

II. *Did the suppliant pay for the phosphate that it imported into Canada a price which was less than its value for duty?*

This is a proper question since, according to the very terms of s. 6 of the *Customs Tariff*, the special or dumping duty was payable only "if the export or actual selling price to an importer in Canada is less than the fair market value or the value for duty of the goods".

When goods exported to Canada were of a class or kind made or produced in Canada, it was therefore necessary, in order to know whether or not the special duty was payable, to determine both the selling price to the importer in Canada and the value for duty of the goods.

In calculating the export or selling price to the importer, subsec.(4) of s. 6 had to be taken into consideration. According to this subsec. (4)

"export price" or "selling price" means the exporter's price for the goods, exclusive of all charges thereon after their shipment from the place whence exported direct to Canada.

As to the value for duty of the goods, s. 6(1) specifically provided that it was to be "determined under the provisions of the *Customs Act*". And for the purposes of this case, it is sufficient to mention that, according to the pertinent sections of the *Customs Act*, R.S.C. 1952, c. 58, s. 35 and foll. as amended in 1958 by c. 26, the value for duty of goods imported into Canada is their "fair market value at the time when and place from which the goods were shipped directly to Canada".

In the present case, the circumstances in which the importations were made were such that the parties disagree on the selling price to the suppliant.

The imported goods were manufactured at Coronet, Florida, by Smith-Douglass Company Inc. However, the suppliant did not purchase

Passons maintenant à la seconde prétention de la requérante, selon laquelle elle a payé pour les phosphates un prix qui n'était pas inférieur à sa valeur imposable.

II. *La requérante a-t-elle payé pour le phosphate qu'elle a importé au Canada un prix qui était inférieur à sa valeur imposable?*

C'est une question pertinente puisque, selon les termes mêmes de l'art. 6 du *Tarif des douanes*, le droit spécial ou anti-dumping n'était payable que «si le prix d'exportation ou le prix réel de vente à un importateur au Canada est inférieur à la juste valeur marchande ou à la valeur imposable des marchandises».

Lorsque des marchandises exportées vers le Canada étaient d'une classe ou d'une espèce fabriquée ou produite au Canada, il était par conséquent nécessaire, pour savoir si le droit spécial était dû ou non, de déterminer à la fois le prix de vente à l'importateur au Canada et la valeur imposable des marchandises.

Dans le calcul du prix d'exportation ou du prix de vente à l'importateur, il fallait tenir compte du par. (4) de l'art. 6. Aux termes de ce par. (4)

«prix d'exportation» ou «prix de vente» signifie le prix de l'exportateur demandé pour les marchandises, à l'exclusion de tous les frais s'y rattachant après leur expédition de l'endroit d'où ces marchandises sont exportées directement au Canada.

Quant à la valeur imposable des marchandises, l'art. 6(1) spécifiait qu'elle devait être «établie sous le régime des dispositions de la *Loi sur les douanes*». Et il suffit de noter ici que, suivant les articles pertinents de la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1952, c. 58, art. 35 et s., tels que modifiés en 1958 par c. 26, la valeur imposable des marchandises importées au Canada est leur «juste valeur marchande au moment où les effets ont été directement expédiés vers le Canada et à l'endroit d'où ils l'ont été».

Dans ce cas-ci, l'importation a eu lieu dans des circonstances telles que les parties ne s'accordent pas sur le prix de vente à la requérante.

Les marchandises importées ont été fabriquées à Coronet (Floride) par Smith-Douglass Company Inc. Toutefois, la requérante n'a pas

directly from this company; apparently, it purchased its supplies of phosphate from a subsidiary, Normont Inc., an American company. And it is the latter which allegedly purchased F.O.B. Philadelphia the phosphate from Smith-Douglass Company Inc. (at a price substantially lower than the one that it received from its parent company). The suppliant admitted in its petition of right (par. 17) that Normont Inc. paid Smith-Douglass Company Inc. prices below the fair market value prevailing at Coronet, Florida; moreover, it was admitted by counsel for the respondent at the hearing that the price allegedly paid by the suppliant to its subsidiary Normont Inc., was not less than the fair market value prevailing at Philadelphia, the place from which Normont allegedly shipped the goods to the suppliant.

As already mentioned the parties disagree on the determination of the export or selling price to the suppliant. According to the suppliant, the selling price was that allegedly paid by the suppliant to its subsidiary Normont Inc.; according to the respondent, the selling price was that at which the phosphate was sold by Smith-Douglass Company Inc. to Normont Inc.

At first sight, one might be inclined to say that the price paid by the suppliant to its American subsidiary was the price that it paid for the imported phosphate, since the suppliant and its subsidiary were indeed two distinct entities and since it was proved at the trial that the phosphate imported by the suppliant was ordered by it from Normont Inc., which, in turn, got it from Smith-Douglass Company Inc. If, however, the respondent took the position that the price at which the phosphate was sold by Smith-Douglass Company Inc. was to be deemed the selling price to the suppliant, it is because it was considered, as alleged in the statement of defence, that Normont was "a corporation under the complete direction and control of the suppliant" and that "in fact and for all practical purposes, the two corporations were merged" (par. 27); that Normont Inc. was only acting as an intermediary between the suppliant and Smith-Douglass Company Inc. (par. 28); that the alleged purchase of the product by Normont from Smith-Douglass Company Inc., and the resale to the suppliant was not "a commercial

acheté directement à cette compagnie; il semble qu'elle ait acheté son phosphate à une filiale, Normont Inc., compagnie américaine. C'est cette dernière qui aurait acheté le phosphate à Smith-Douglass Company Inc., f. à b. à Philadelphie (à un prix bien inférieur à celui que lui payait sa compagnie mère). La requérante a admis dans sa pétition de droit (al. 17) que la Normont Inc. a payé à la Smith-Douglass Company Inc. des prix inférieurs aux justes prix du marché pratiqués à Coronet (Floride); de plus, l'avocat de l'intimée a admis à l'audience que le prix qu'aurait payé la requérante à sa filiale, la Normont Inc., n'était pas inférieur au juste prix du marché pratiqué à Philadelphie, d'où la Normont aurait expédié la marchandise à la requérante.

Comme on l'a déjà noté, les parties ne s'accordent pas sur la détermination du prix d'exportation ou de vente à la requérante. Aux dires de la requérante, ce prix de vente serait celui qu'elle a payé à sa filiale, la Normont Inc.; selon l'intimée, ce prix de vente serait celui auquel le phosphate a été vendu à Normont Inc. par Smith-Douglass Company Inc.

A première vue, on serait tenté de dire que le prix payé par la requérante pour les phosphates importés était le prix qu'elle avait payé à sa filiale américaine, puisque la requérante et sa filiale étaient en réalité deux entités distinctes et puisqu'il a été prouvé lors du procès que la requérante avait commandé le phosphate importé à la Normont Inc. qui, à son tour, se l'était procuré à la Smith-Douglass Company Inc. Si toutefois l'intimée a prétendu que le prix auquel le phosphate avait été vendu par Smith-Douglass Company Inc. devait être réputé le prix de vente à la requérante, c'est parce qu'elle a tenu compte du fait, ainsi qu'il ressort de sa défense, que la Normont était une [TRADUCTION] «corporation entièrement sous la direction et le contrôle de la requérante» et que [TRADUCTION] «en fait et à toutes fins pratiques, les deux corporations étaient fusionnées» (al. 27); que la Normont Inc. n'agissait qu'en qualité d'intermédiaire entre la requérante et la Smith-Douglass Company Inc. (al. 28); que le prétendu achat du produit par la Normont à la Smith-Douglass Company Inc. et sa revente à la

operation", the true character of the operation being a sale from Smith-Douglass Company Inc. to the suppliant (par. 29). Briefly, the respondent assumed that Normont Inc. was only a sham and had been acting all along as the agent of the suppliant. This assumption was known by the suppliant since it alleged in its petition of right (par. 22) that "the said officers (of the respondent) appear to have ignored the corporate existence of Normont, Inc. and its interposition in the import transactions here in question on the basis presumably that Normont, Inc. is a subsidiary of the Suppliant (an irrelevant fact, the Suppliant contends) or possibly on the basis of some agency relationship between the Suppliant and Normont, Inc. (a basis erroneous in fact)."

It is true that Normont Inc. and the suppliant were two separate legal entities. But Normont Inc. might have acted as a mere agent on behalf of its parent company and, in such a case, it seems clear that the price at which the phosphate was sold by Smith-Douglass Company Inc. to Normont Inc. should be considered as the price at which it was sold to the suppliant. In *Rainham Chemical Works, Ltd. v. Belvedere Fish Guano Co.* [1921] 2 A.C. 465 at p. 475, Lord Buckmaster said:

A company, therefore, which is duly incorporated, cannot be disregarded on the ground that it is a sham, although it may be established by evidence that in its operations it does not act on its own behalf as an independent trading unit, but simply for and on behalf of the people by whom it has been called into existence.

The department, in assessing the suppliant as it did, assumed that Normont Inc. had acted as the suppliant's agent. As already mentioned, s. 248 of the *Customs Act* casts upon the suppliant the onus of proving that this assumption was wrong. Now, if the evidence does not show clearly that Normont Inc. was acting on behalf of the suppliant, it does not even suggest that Normont Inc. was acting "on its own behalf as an independent trading unit". I therefore cannot help but say that Normont Inc. was acting as the suppliant's agent and that the officers of the

requérante n'était pas [TRADUCTION] «une opération commerciale», le véritable caractère de cette opération étant celui d'une vente de la Smith-Douglass Company Inc. à la requérante (al. 29). En bref, l'intimée a supposé que la Normont Inc. n'était qu'une compagnie fictive et qu'elle avait toujours agi comme mandataire de la requérante. Cette dernière n'ignorait pas cette prétention puisqu'elle a allégué dans sa pétition de droit (al. 22) que [TRADUCTION] «les-dits fonctionnaires (de l'intimée) semblent avoir ignoré l'existence juridique de la Normont Inc. et son intervention dans les opérations d'importation en litige, en se fondant vraisemblablement sur le fait que la Normont Inc. est une filiale de la requérante (fait non pertinent affirme la requérante) ou éventuellement sur l'existence de quelque lien de représentation entre la requérante et la Normont Inc. (fondement infirmé par les faits).»

Il est vrai que la Normont Inc. et la requérante sont deux personnes juridiques distinctes. Mais la Normont Inc. a pu agir au nom de sa compagnie mère en qualité de simple représentant et, si tel est le cas, il semble évident que le prix auquel le phosphate a été vendu par la Smith-Douglass Company Inc. à la Normont Inc. devrait être considéré comme le prix auquel il a été vendu à la requérante. Dans l'affaire *Rainham Chemical Works, Ltd. c. Belvedere Fish Guano Co.* [1921] 2 A.C. 465 à la p. 475, Lord Buckmaster déclarait:

[TRADUCTION] Par conséquent, il n'est pas possible d'ignorer une compagnie dûment incorporée au motif qu'elle n'est qu'une compagnie fictive, bien que l'on puisse faire la preuve qu'elle n'agit pas dans ses opérations en son propre nom, comme une entité commerciale indépendante, mais simplement pour le compte et au nom de ceux qui l'ont créée.

Le ministère, en établissant la cotisation de la requérante comme il l'a fait, a supposé que la Normont Inc. avait agi en qualité de représentant de la requérante. Ainsi qu'on l'a déjà noté, l'art. 248 de la *Loi sur les douanes* met à la charge de la requérante la réfutation de cette prétention. Or, si la preuve n'établit pas clairement que la Normont Inc. agissait au nom de la requérante, elle ne révèle rien qui puisse même suggérer que Normont Inc. agissait [TRADUCTION] «en son nom propre comme une entité commerciale indépendante». Je ne puis par con-

respondent were right in considering that the price at which the goods had been sold to Normont Inc. was the price at which they had been sold to the suppliant.

Before concluding, I must consider another point that I have not yet mentioned. Counsel for the suppliant contended that if Normont Inc. was merely an agent acting on behalf of the suppliant, then the suppliant should be considered as having acquired the phosphate by purchase made in the United States and as having later exported it to itself in Canada; he argued that s. 6 of the *Customs Tariff* would not then be applicable since there would be no export price and no selling price to an importer in Canada. A similar argument was discussed and found groundless by President Jackett (as he then was) in the case of *The Queen v. Singer Mfg. Co.* [1968] 1 Ex.C.R. 129. For the reasons given in that case by the now Chief Justice of this Court, I am of the opinion that the goods here in question were exported to Canada by Smith-Douglass Company Inc., and that the price at which it sold these goods to the suppliant's agent was "the export or actual selling price to an importer in Canada".

The suppliant's petition of right will be dismissed with costs.

séquent éviter de dire que la Normont Inc. agissait en qualité de représentant de la requérante et que les fonctionnaires de l'intimée ont estimé à bon droit que le prix auquel les marchandises ont été vendues à la requérante était le prix auquel elles avaient été vendues à la Normont Inc.

Avant de conclure, je dois examiner un autre point que je n'ai pas encore mentionné. L'avocat de la requérante a prétendu que si La Normont Inc. n'était qu'un simple représentant agissant au nom de la requérante, il faudrait alors dire que cette dernière a conclu l'achat du phosphate aux États-Unis et qu'elle l'a par la suite exporté pour elle-même au Canada; il a soutenu que, alors, l'art. 6 du *Tarif des douanes* ne s'appliquerait pas puisqu'il n'y aurait ni prix d'exportation ni prix de vente à un importateur au Canada. Le président Jackett (tel était alors son titre), dans l'affaire *La Reine c. Singer Mfg. Co.* [1968] 1 R.C.É. 129, a étudié une pareille prétention et l'a jugée dépourvue de fondement. Pour les motifs qui ont été exposés dans cette affaire par l'actuel juge en chef de cette cour, je suis d'avis que les marchandises en question ont été exportées au Canada par la Smith-Douglass Company Inc. et que le prix auquel elle a vendu ces marchandises au représentant de la requérante était «le prix d'exportation ou le prix réel de vente à un importateur au Canada».

La pétition de droit de la requérante sera rejetée avec dépens.

Koffler Stores Limited (Plaintiff)

v.

Ronald Turner, Hurst Dispensaries Ltd. (formerly Shoppers Drug Mart Ltd.) and Turner Dispensaries Limited (Defendants)

Trial Division, Pratte J.—Edmonton, July 12; Ottawa, September 2, 1971.

Injunction—Trade Marks—Motion to commit for contempt for breach of injunction—Bad faith not shown—Terms of injunction open to defendants' interpretation.

An injunction was granted by this Court restraining the defendants, T and Shoppers Drug Mart Ltd., from infringing plaintiff's registered trade mark "Shoppers Drug Mart" and from so using defendant company's name as to infringe plaintiff's registered trade mark. Thereafter defendant company's name was changed but the defendants began using the name "Shoppers Drug World".

Held, that the motion to show cause why the defendants should not be fined or committed for contempt is dismissed. The defendants complied with the injunction when they changed the company's name, even if, later, advertising contained the words "Shoppers Drug World". The words, although similar to those used in the prohibited name, are descriptive of every drugstore business and since the order was drafted in very general terms that simply restrained the infringement of the plaintiff's trade mark, bad faith of the defendants was not proved. They "ought not to be punished for having in good faith given a possibly wrong but not unreasonable interpretation" of the Court's order.

MOTION.

G. Henderson, Q.C. for plaintiff.

D. R. Bereskin for defendants.

PRATTE J.—The parties appeared before me following the issuance, on the application of the plaintiff, of a show cause order directing the defendants to appear before the Court and show cause why they should not be committed to jail or fined for their contempt of the injunction of this Court, dated January 27, 1971, restraining the defendants from infringing the trade mark of the plaintiff.

Koffler Stores Limited (Demanderesse)

c.

Ronald Turner, Hurst Dispensaries Ltd. (ci-devant Shoppers Drug Mart Ltd.) et Turner Dispensaries Limited (Défendeurs)

Division de première instance, le juge Pratte—Edmonton, le 12 juillet; Ottawa, le 2 septembre 1971.

Injunction—Marques de commerce—Requête demandant une condamnation pour outrage au tribunal au motif que l'injonction n'a pas été respectée—La mauvaise foi n'a pas été prouvée—Les termes de l'injonction donnaient lieu à interprétation de la part des défendeurs.

Cette Cour avait pris une injonction interdisant aux défendeurs, T et Shoppers Drug Mart Ltd., de violer la marque de commerce enregistrée de la demanderesse «Shoppers Drug Mart» et d'employer le nom corporatif de la compagnie défenderesse en violant la marque de commerce enregistrée de la demanderesse. Par la suite, on a modifié le nom corporatif de la compagnie défenderesse mais les défendeurs ont commencé à se servir de l'expression «Shoppers Drug World».

Arrêt: Rejet de la requête enjoignant aux défendeurs d'exposer des raisons valables pour lesquelles ils ne devraient pas être condamnés à la prison ou à l'amende. Les défendeurs se sont conformés à l'injonction en modifiant le nom de la compagnie, même si, plus tard, la publicité comportait les mots «Shoppers Drug World». Ces mots, bien que semblables à ceux utilisés dans le nom interdit, décrivent toute entreprise de pharmacie, et puisque l'ordonnance était rédigée en termes très généraux, empêchant seulement la violation de la marque de commerce de la demanderesse, on n'a pas prouvé la mauvaise foi des défendeurs. Ils «ne devraient pas être punis pour avoir, de bonne foi, donné» à l'ordonnance de la Cour «une interprétation peut-être fautive mais non déraisonnable.»

REQUÊTE.

G. Henderson, c.r. pour la demanderesse.

D. R. Bereskin pour les défendeurs.

LE JUGE PRATTE—Les parties ont comparu devant moi après qu'eut été émise, sur requête de la demanderesse, une ordonnance enjoignant aux défendeurs de comparaître devant la Cour et d'exposer les raisons pour lesquelles ils ne devraient pas être condamnés à l'emprisonnement ou à l'amende pour s'être rendus coupables d'outrage au tribunal en désobéissant à l'injonction de cette Cour émise le 27 janvier 1971, injonction qui leur interdisait de violer la marque de commerce de la demanderesse.

For many years, the plaintiff has carried on the business, under the mark "Shoppers Drug Mart", of providing certain services to operators of drugstores. In rendering its services to its clients, the plaintiff has always required that their stores have uniform appearance and pursue uniform business policies; it further required that its clients feature the trade mark "Shoppers Drug Mart" in their store locations and on all their promotional material. Moreover, since 1969, the plaintiff has also caused the trade mark "Shoppers Drug Mart" to be applied to various pharmaceuticals subsequently sold by its clients.

On January 24, 1969, the defendant Ronald P. Turner wrote to Mr. Philip W. Goldman, a director and vice-president of the plaintiff company, and advised him that he (the defendant) had caused a new company to be incorporated under the name "Shoppers Drug Mart Ltd." and that, utilizing some of the plaintiff's ideas, he had opened a new store in Edmonton which was operated under that name.

On June 27, 1969, the plaintiff, which was not then doing business in Alberta, was granted Canadian trade mark registration no. 163615 covering the trade mark "Shoppers Drug Mart". In June 1970, the plaintiff took action against Ronald Turner and his company, Shoppers Drug Mart Ltd., claiming, among other remedies, an injunction restraining the defendants from infringing the trade mark "Shoppers Drug Mart". The defendants did not file any statement of defence and, upon the application of the plaintiff for judgment by default, the Court, on January 27, 1971, pronounced an order (which is the one allegedly infringed by the defendants) reading in part as follows:

With the consent of counsel for the defendants, there shall be an injunction restraining the defendant, Ronald Turner, from infringing the plaintiff's registered trade mark and an injunction restraining the defendant, Shoppers Drug Mart Limited, from infringing the plaintiff's registered trade mark and from using its corporate name in such a manner as may constitute an infringement of the plaintiff's registered trade mark.

Depuis plusieurs années, la demanderesse fait un commerce sous la marque «Shoppers Drug Mart», qui consiste à fournir certains services à ceux qui exploitent des pharmacies. En rendant ses services à ses clients, elle a toujours exigé que leurs magasins aient un aspect uniforme et qu'ils poursuivent une même politique commerciale; elle exigeait également qu'ils arborent la marque de commerce «Shoppers Drug Mart» dans leurs établissements commerciaux et qu'ils l'utilisent dans leur publicité. De plus, la demanderesse a, depuis 1969, fait apposer la marque de commerce «Shoppers Drug Mart» sur divers produits pharmaceutiques vendus ensuite par ses clients.

Le 24 janvier 1969, le défendeur Ronald P. Turner écrivait à M. Philip W. Goldman, administrateur et vice-président de la compagnie demanderesse, pour lui annoncer qu'il (le défendeur) avait fait constituer une nouvelle compagnie nommée «Shoppers Drug Mart Ltd.» et qu'empruntant certaines idées de la demanderesse, il avait ouvert à Edmonton un nouveau magasin qui était exploité sous cette raison sociale.

Le 27 juin 1969, alors qu'elle ne faisait pas affaire en Alberta, la demanderesse obtint l'enregistrement au Canada, sous le n° 163615, de la marque de commerce «Shoppers Drug Mart». En juin 1970, la demanderesse intentait une action contre Ronald Turner et sa compagnie, Shoppers Drug Mart Ltd., concluant, entre autres, à l'émission d'une injonction interdisant aux défendeurs de violer la marque de commerce «Shoppers Drug Mart». Les défendeurs ne produisirent aucune défense et, sur requête de la demanderesse pour jugement par défaut, la Cour prononça, le 27 janvier 1971, l'ordonnance à laquelle les défendeurs ne se seraient pas conformés. Cette ordonnance se lit en partie comme suit:

[TRADUCTION] Avec le consentement du procureur des défendeurs, une injonction est prononcée interdisant au défendeur, Ronald Turner, de violer la marque de commerce enregistrée de la demanderesse et est aussi prononcée une injonction interdisant à la défenderesse, Shoppers Drug Mart Limited, de violer la marque de commerce enregistrée de la demanderesse et d'employer son nom corporatif de telle façon qu'il y ait violation de la marque de commerce enregistrée de la demanderesse.

After the issuance of this order, the corporate name of the defendant company was changed from Shoppers Drug Mart Ltd. to Hurst Dispensaries Ltd. and the defendants ceased to use the trade mark "Shoppers Drug Mart". However, the two defendants, in connection with at least three stores under their control, caused to be displayed signs and advertisements containing the words "Shoppers Drug World". On May 19, 1971, plaintiff's solicitors wrote the two defendants advising them that they were infringing the trade mark of the plaintiff and contravening the injunction previously granted against them, and that, unless they immediately desist from this practice, the plaintiff would ask for the Court's intervention to enforce its order. A letter to the same effect was sent on the same day to the defendants' solicitors who replied a few days later that their clients took the position that the use of "Shoppers Drug World" was neither an infringement of plaintiff's trade mark nor a violation of the injunction. The plaintiff then applied for the show cause order which brought the parties before me.

The only question that I have to decide is whether or not the defendants should be punished for their contempt of the injunction of this Court dated January 27, 1971.

It is important to note that this injunction was drafted in very general terms: it merely restrained the defendants "from infringing the plaintiff's registered trade mark". If, after the pronouncement of the injunction, the defendants had continued to do the very thing on which the judgment was founded, namely, to use the plaintiff's trade mark "Shoppers Drug Mart", they would certainly have then violated the order of the Court. But that is not what the defendants did. After the injunction had been granted, they ceased to use the plaintiff's trade mark and used, instead, the words "Shoppers Drug World". It is certainly possible to argue, as plaintiff's counsel very ably did, that the two marks are confusing: their similarity is obvious. But it is also possible to find, as counsel for the defendants did, serious arguments supporting the contrary proposition; particularly if one

A la suite de cette ordonnance, le nom de la compagnie défenderesse, Shoppers Drug Mart Ltd., fut changé et remplacé par le nom Hurst Dispensaries Ltd.; d'autre part les défendeurs cessèrent d'employer la marque de commerce «Shoppers Drug Mart». Toutefois, les deux défendeurs ont, dans au moins trois magasins sous leur direction, fait apposer des enseignes et utilisent des annonces comportant les mots «Shoppers Drug World». Le 19 mai 1971, les procureurs de la demanderesse écrivirent aux deux défendeurs les avisant qu'ils violaient la marque de commerce de la demanderesse et contrevenaient à l'injonction déjà prononcée contre eux, et que, s'ils ne mettaient pas fin immédiatement à cette manière d'agir, la demanderesse demanderait à la Cour d'intervenir pour faire respecter son ordonnance. Le même jour, une lettre similaire était expédiée aux procureurs des défendeurs qui répondaient quelques jours plus tard que l'utilisation de l'expression «Shoppers Drug World» ne constituait, selon leurs clients, ni une violation de la marque de commerce de la demanderesse ni une contravention à l'injonction. La demanderesse a alors demandé l'émission de l'ordonnance qui a amené les parties à comparaître devant moi.

La seule question que j'ai à trancher est de savoir si on doit punir les défendeurs pour avoir passé outre à l'injonction prononcée par cette Cour le 27 janvier 1971.

Il est important de signaler que cette injonction est rédigée en termes très généraux: elle interdit simplement aux défendeurs «de violer la marque de commerce enregistrée de la demanderesse». Si, après l'injonction, les défendeurs avaient continué à poser les actes mêmes qui avaient motivé le jugement, c'est-à-dire s'ils avaient continué à employer la marque de commerce «Shoppers Drug Mart», alors ils auraient certainement contrevenu à l'ordonnance de la Cour. Mais ce n'est pas ce qu'ont fait les défendeurs. Après l'injonction ils ont cessé d'employer la marque de commerce de la demanderesse pour employer l'expression «Shoppers Drug World». Il est sûrement possible de soutenir, comme l'a très habilement fait le procureur de la demanderesse, que les deux marques créent de la confusion: leur ressemblance est évidente. Mais il est également possible de trou-

considers, first, that the plaintiff's trade mark consists of words in common use which are clearly descriptive of the business of every drugstore operator and, second, that the evidence put before the Court does not show in what way or ways the plaintiff uses his trade mark. In fact, the question of whether or not these two marks are confusing is not an easy one to answer. In these circumstances, as the bad faith of the defendants is not proved, if I were to accede to the plaintiff's request, I would in fact punish the defendants for having, in good faith, given a possibly wrong but not unreasonable interpretation to an order of this Court. This, in my opinion, I cannot do, because I would then penalize a conduct which does not amount to contempt of the Court.

Therefore no order will be made against the defendants. The plaintiff shall pay the costs of these proceedings.

ver, comme l'a fait le procureur de la défense, des arguments sérieux à l'effet contraire; en particulier si l'on tient compte, en premier lieu, que la marque de commerce de la demanderesse est composée de mots, tirés du langage courant, qui sont clairement descriptifs de tous les commerces de vente au détail de produits pharmaceutiques, et, en second lieu, que la preuve présentée à la Cour n'indique pas de quelle façon la demanderesse utilise sa marque de commerce. En fait, la question de savoir si ces deux marques créent de la confusion n'est pas facile à résoudre. Dans les circonstances, étant donné qu'on n'a pas prouvé la mauvaise foi des défendeurs, si je me rendais à la requête de la demanderesse, je punirais les défendeurs pour avoir, de bonne foi, donné à une ordonnance de cette Cour une interprétation peut-être fautive mais non déraisonnable. A mon avis, je ne peux agir ainsi, car ce serait sanctionner une conduite qui ne constitue pas un outrage au tribunal.

Il ne sera donc rendu aucune ordonnance contre les défendeurs. La demanderesse devra payer les dépens.

**Northern and Central Gas Corporation Limited,
Union Gas Company of Canada Limited and
Consumers' Gas Company (Plaintiffs)**

v.

**National Energy Board and Trans-Canada Pipe
Lines Limited (Defendants)**

and

Attorney General of Canada (Intervenant)

Trial Division, Gibson J.—Ottawa, May 25, 26,
27, 28, June 11, 1971.

National Energy Board—Constitutional Law—Inter-provincial pipe line—Distributor selling gas in one Province—Power of National Energy Board to fix pipe line transmission tolls—Whether interference with property and civil rights in Province—Whether regulatory power retrospective—B.N.A. Act, s. 91(2), (29), 92(10)(a)—National Energy Board Act, 1959 (Can.), c. 46, secs. 50, 51.

Plaintiffs purchased natural gas from a pipe line company under contracts made in 1956 and subsequently. The gas was transmitted by the pipe line company through its pipe lines from Alberta and delivered to plaintiffs in Ontario, and was sold and delivered by plaintiffs to their customers in Ontario. The price paid by plaintiffs to the pipe line company for the gas was not broken down between a transmission charge and a price for the gas. In August 1969 the pipe line company applied to the National Energy Board under s. 97(1) of the *National Energy Board Act* to make Part IV of the Act (secs. 50 to 61) apply to the pipe line company, and, under secs. 50 and 53, to fix tolls for gas sold by it in Canada. On October 30, 1969, the Board by order made the Act applicable to all persons operating pipe lines when the Act came into force (Nov. 2, 1959). On Nov. 5, 1970, the pipe line company applied to the Board for an order fixing interim tolls.

Held: (1) Although the power to regulate a pipe line operator's transmission charges affected plaintiffs' property and civil rights, the federal legislation was *intra vires* as being a valid exercise of Parliament's legislative jurisdiction with respect to trade and commerce (s. 91(2) *B.N.A. Act*) and with respect to inter-provincial works and undertakings (s. 91(29) and 92(10)(a)).

(2) The Board's power under s. 50 of the *National Energy Board Act* to set the selling price of gas was not limited to contracts executed after October 30, 1969, the date on which the Act became applicable to the pipe line company, but extended to contracts executed before that date.

ACTION for declaration.

**Northern and Central Gas Corporation, Union
Gas Company of Canada Limited and Consumers'
Gas Company (Demandereses)**

c.

**L'Office national de l'énergie et Trans-Canada
Pipe Lines Limited (Défendeurs)**

et

Le procureur général du Canada (Intervenant)

Division de première instance, le juge Gibson—
Ottawa, les 25, 26, 27, 28 mai et le 11 juin
1971.

Office national de l'énergie—Droit constitutionnel—Pipe-line inter-provincial—Distributeurs vendant du gaz dans une seule province—Pouvoir de l'Office national de l'énergie d'établir les droits de transmission par pipe-line—Y a-t-il ingérence dans les droits de propriété et les droits civils de la province?—Le pouvoir réglementaire est-il rétroactif?—A.A.N.B., art. 91(2), (29), 92(10)(a)—Loi sur l'Office national de l'énergie, 1959 (Can.), c. 46, art. 50, 51.

Les demandereses achetaient du gaz naturel à une compagnie de pipe-line en vertu d'un contrat conclu en 1956 et de contrats subséquents. La compagnie de pipe-line, au moyen de ses installations, transportait le gaz d'Alberta en Ontario où les demandereses le vendaient et le livraient à leurs clients. Le prix du gaz versé par les demandereses à la compagnie de pipe-line comprenait les frais de transport. En août 1969, la compagnie de pipe-line a déposé auprès de l'Office national de l'énergie, en vertu de l'art. 97(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, une demande visant à ce que la Partie IV de la Loi (art. 50 à 61) s'applique à la compagnie de pipe-line et demandant, en vertu des art. 50 et 53, de fixer les droits sur le gaz qu'elle vendait au Canada. Le 30 octobre 1969, l'Office émettait une ordonnance rendant la Loi applicable à quiconque exploitait un pipe-line à l'entrée en vigueur de la Loi (le 2 novembre 1959). Le 5 novembre 1970, la compagnie de pipe-line demandait à l'Office d'émettre une ordonnance fixant des droits temporaires.

Arrêt: (1) Bien que le pouvoir de réglementer les tarifs de transmission d'un exploitant de pipe-line affecte les droits de propriété et les droits civils des demandereses, la Loi fédérale est *intra vires* puisqu'elle constitue un exercice valable de la compétence du Parlement en matière de trafic et de commerce (A.A.N.B. art. 91(2)), et de travaux et d'entreprises inter-provinciaux (art. 91(29) et 92(10)(a)).

(2) Le pouvoir de fixer le prix de vente du gaz que confère à l'Office l'art. 50 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* ne se limite pas aux contrats conclus après le 30 octobre 1969, date où la Loi s'est appliquée à la compagnie de pipe-line, mais couvre aussi les contrats antérieurs.

ACTION en déclaration.

C. L. Drouin, Q. C., for Union Gas Co. of Canada Ltd. and Northern and Central Gas Corp., plaintiffs.

H. Soloway, Q.C., F. Lamar and M. J. O'Grady for National Energy Board, defendant.

G. D. Finlayson, Q.C. and J. H. Francis for Trans-Canada Pipe Lines Ltd., defendant.

B. J. MacKinnon, Q.C., and *J. E. Sexton* for Consumers' Gas Co., plaintiff.

C. R. O. Munro, Q.C., for Attorney General of Canada, intervenant.

GIBSON J.—These six actions were tried together. In three of the actions the defendant is the Attorney General of Canada and in the other three actions the defendants are the National Energy Board and Trans-Canada Pipe Lines Limited and the Attorney General of Canada is a party as intervenor.

The plaintiffs in the actions in which the Attorney General of Canada is the defendant alone, seek a declaration that:

... Sections 50, 51, 52, 53, 54, 61 and 97(1) of the *National Energy Board Act* are *ultra vires* the Federal Parliament insofar as they purport to regulate or grant the power to regulate the price of natural gas sold and delivered exclusively within a province.

The plaintiffs in the other three actions claim:

A declaration that the National Energy Board has no jurisdiction to interfere in any respect with the prices and rates presently in force in the contracts between the plaintiff and the defendant, Trans-Canada Pipe Lines, and that there is no tariff affecting the plaintiff within the meaning of the Act, and that it cannot establish such prices under its governing Act for the future; (and)

A declaration that sections 50, 51, 52, 53, 54, 61 and 97(1) of the *National Energy Board Act* and Order MO-62-69 of the Board, dated the 30th day of October, 1969, do not have retrospective effect and do not affect the prices fixed by the contracts aforesaid;

The plaintiffs in these latter actions also claimed other relief which was not asked for at this trial.

C. L. Drouin, c.r., pour Union Gas Co. of Canada Ltd. et Northern and Central Gas Corp., demanderesse;

H. Soloway, c.r., F. Lamar et M. J. O'Grady pour l'Office national de l'énergie, défendeur;

G. D. Finlayson, c.r., et *J. H. Francis* pour Trans-Canada Pipe Lines Ltd., défenderesse;

B. J. Mackinnon, c.r. et J. E. Sexton pour Consumers' Gas Co., demanderesse;

C. R. O. Munro, c.r., pour le procureur général du Canada, défendeur.

LE JUGE GIBSON—Il s'agit en l'espèce de six actions qui ont été jugées ensemble. Dans trois des actions, le défendeur est le procureur général du Canada et dans les trois autres, les défendeurs sont l'Office national de l'énergie et Trans-Canada Pipe Lines Limited, le procureur général du Canada étant partie en qualité d'intervenant.

Les demanderesse aux actions dans lesquelles le procureur général du Canada est seul défendeur cherchent à obtenir une décision selon laquelle:

... Les articles 50, 51, 52, 53, 54, 61 et 97(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* sont *ultra vires* du Parlement fédéral, dans la mesure où elles tendent à réglementer ou à donner le pouvoir de réglementer le prix du gaz naturel vendu et livré exclusivement à l'intérieur d'une province.

Dans les trois autres actions, les demanderesse requièrent la Cour de déclarer:

Que l'Office national de l'énergie n'a aucune compétence pour intervenir de quelque manière que ce soit dans la fixation des prix et des taux actuellement en vigueur dans les contrats entre la demanderesse et la défenderesse, Trans-Canada Pipe Lines, qu'il n'y a aucun tarif touchant la demanderesse au sens de la Loi et que l'Office ne peut pas fixer dans l'avenir ces prix en vertu de la Loi en vigueur; (et)

De déclarer que les articles 50, 51, 52, 53, 54, 61 et 97(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* et l'ordonnance MO-62-69 de l'Office, en date du 30 octobre 1969, ne peuvent avoir d'effet rétroactif et ne peuvent influencer sur les prix fixés dans les contrats susmentionnés;

Dans ces dernières actions, les demanderesse requéraient aussi d'autres réparations qui n'ont pas été demandées dans la présente instance.

The parties agreed as to certain facts for the purpose of this trial.

In summary, this agreement was as follows:

1. The plaintiff, Northern and Central Gas Corp. Ltd., is a company incorporated under the laws of the Dominion of Canada with its head office at Toronto, Ontario, and the plaintiff, the Consumers' Gas Co. and the plaintiff, Union Gas Co. of Canada Ltd., are Ontario companies having their respective head offices at Toronto and Chatham, Ontario.

2. The defendant Trans-Canada Pipe Lines Ltd. was incorporated by special Act of the Parliament of Canada 15 Geo VI, c. 92, as amended by special Act 2-3 Eliz. II, c. 80, and special Act 16-17 Eliz. II, c. 46.

3. The defendant National Energy Board was established by Part I of the *National Energy Board Act*, S. of C. 1959, c. 46, as amended.

4. In or about the year 1956 the Consumers' Gas Co., in or about the year 1957 Northern and Central Gas Corp. Ltd., and in or about the year 1959 Union Gas Co. of Canada Ltd. respectively commenced purchasing from Trans-Canada Pipe Lines Ltd. large quantities of natural gas owned by Trans-Canada Pipe Lines Ltd. under several contracts.

5. All of the plaintiffs take delivery of their natural gas purchases from the defendant Trans-Canada Pipe Lines Ltd. in various places in Ontario and they sell and deliver the natural gas to their respective customers in Ontario. (There is one exception, in the case of the Consumers' Gas Co. which sells some gas to an associated company of it in Hull, Quebec.) (It is specifically provided in these several contracts that title to the gas does not pass from Trans-Canada Pipe Lines Ltd. until it is delivered to the plaintiffs; and all of such places of delivery are solely within the Province of Ontario.)

6. On August 14, 1969, the defendant Trans-Canada Pipe Lines Ltd. made an application for

Les parties se sont mises d'accord sur certains faits pour les besoins de la présente instance.

En résumé, cet accord porte sur les points suivants:

1. La demanderesse, Northern and Central Gas Corp. Ltd., est une compagnie constituée selon les lois fédérales du Canada, dont le siège social est à Toronto (Ontario), et les demandereses, The Consumers' Gas Co. et Union Gas Co. of Canada Ltd. sont des compagnies constituées selon les lois de l'Ontario, ayant leurs sièges sociaux respectifs à Toronto et à Chatham (Ontario).

2. La défenderesse, Trans-Canada Pipe Lines Ltd., a été constituée par une loi spéciale du Parlement du Canada, 15 Geo VI, c. 92, modifiée par des lois spéciales, 2-3 Elizabeth II, c. 80 et 16-17 Elizabeth II, c. 46.

3. Le défendeur, l'Office national de l'énergie, a été institué par la Partie I de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, Statuts du Canada, 1959, c. 46, modifiée.

4. La Consumers' Gas Co., en 1956, ou vers cette époque ainsi que la Northern and Central Gas Corp. Ltd. en 1957 ou vers cette époque et l'Union Gas Co. of Canada Ltd. en 1959 ou vers cette époque commencèrent respectivement, aux termes de plusieurs contrats, à acheter à Trans-Canada Pipe Lines Ltd. de grandes quantités de gaz naturel qui appartenaient à cette dernière.

5. Toutes les demandereses prennent livraison de leurs achats de gaz naturel à la défenderesse Trans-Canada Pipe Lines Ltd. dans différents endroits en Ontario et elles vendent et livrent le gaz naturel à leurs clients respectifs en Ontario. (Il y a une exception dans le cas de la Consumers' Gas Co. qui vend une partie du gaz à une compagnie associée à Hull, (Québec).) (Il est expressément prévu dans ces différents contrats que le droit de propriété du gaz ne passe pas de Trans-Canada Pipe Lines Ltd. aux demandereses tant qu'il n'est pas livré; et l'ensemble des lieux de livraison est uniquement situé à l'intérieur de la province de l'Ontario.)

6. Le 14 août 1969, la défenderesse Trans-Canada Pipe Lines Ltd. a formulé une demande

an order under s. 97(1) of the *National Energy Board Act* (hereinafter called the Act) to have Part IV of the Act apply to it. In addition, it sought orders from the Board to fix "the just and reasonable rates or tolls" which it could charge with respect to gas sold by it in Canada, and "disallow any existing tariff or tolls or portion thereof which were inconsistent with the just and reasonable rates or tolls so fixed". The application was brought under secs. 50 and 53 of the Act.

7. On October 30, 1969, the National Energy Board by Board Order No. MO-62-69 declared Part IV of the Act applied to "every person who on the day the Act came into force was operating a pipe line". Trans-Canada Pipe Lines Ltd. was so operating on November 2, 1959, the date the Act came into force.

8. On November 5, 1970, the defendant Trans-Canada Pipe Lines Ltd. applied to the Board for an order fixing interim tolls.

9. The plaintiffs have delivered and filed submissions and interventions to both of the said applications by the said defendant.

10. Section 61 of the Act was repealed and a new s. 61 substituted therefor by chapter 52, S. of C. 1960-61 which received Royal Assent and came into force July 13, 1961.

11. Section 51 of the Act was amended and a new subsec. (2) added thereto by chapter 65, S. of C. 1969-70 which received Royal Assent and came into force June 26, 1970.

12. The hearings on both applications commenced on February 9, 1971, and are still proceeding.

13. The defendant Trans-Canada Pipe Lines Ltd. filed with the defendant Board copies of the several contracts as between it and the several plaintiffs referred to above on or about the following dates¹.

afin d'obtenir une ordonnance en vertu de l'art. 97(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* (appelée ci-après Loi) pour que la Partie IV lui soit appliquée. En outre, elle requérait des ordonnances de l'Office pour fixer «les taux ou droits justes et raisonnables» qu'elle pouvait demander pour le gaz qu'elle vendait au Canada, et «pour rejeter tout tarif ou droits ou partie de ceux-ci qui existaient et qui étaient incompatibles avec les taux ou droits justes et raisonnables ainsi fixés». La demande a été présentée en vertu des art. 50 et 51 de la Loi.

7. Le 30 octobre 1969, l'Office national de l'énergie, par une ordonnance n° MO-62-69 a déclaré que la Partie IV de la Loi s'appliquait à «toute personne qui, le jour de la mise en vigueur de la Loi, exploitait un pipe-line». La Trans-Canada Pipe Lines Ltd. en exploitait un le 2 novembre 1959, date à laquelle la Loi est entrée en vigueur.

8. Le 5 novembre 1970, la défenderesse Trans-Canada Pipe Lines Ltd. a demandé à l'Office qu'il fixe par ordonnance des droits provisoires.

9. Les demanderesses ont déposé et versé au dossier des plaidoiries et des interventions à l'encontre des deux dites demandes de ladite défenderesse.

10. L'article 61 de la Loi a été abrogé et un nouvel art. 61 l'a remplacé au chapitre 52 des Statuts du Canada 1960-61, qui a reçu l'assentiment royal et est entré en vigueur le 13 juillet 1961.

11. L'article 51 de la Loi a été modifié et un nouveau par. (2) y a été ajouté au chapitre 65 des Statuts du Canada 1969-70 qui a reçu l'assentiment royal et est entré en vigueur le 26 juin 1970.

12. Les débats sur les deux demandes commencèrent le 9 février 1971 et sont toujours pendants.

13. La défenderesse Trans-Canada Pipe Lines Ltd. ainsi que l'Office, également défendeur, ont versé au dossier des copies des différents contrats susmentionnés passés entre elle et les différentes demanderesses aux dates ou vers les dates suivantes.¹

In the Province of Alberta, there is and was at all material times a Board called the Alberta Gas and Oil Conservation Board. Among other things, it issues permits for the export of gas from Alberta after a determination that such gas is surplus to Alberta's present and future needs.

Since 1964, there has been established also in the Province of Ontario a Board called the Ontario Energy Board. At s. 19 of the Act establishing that Board, namely, the *Ontario Energy Board Act*, 1964, (Ont.), c. 74 as amended, that Board is given power "Subject to the regulations, . . . (to) make orders approving or fixing just and reasonable rates and other charges for the sale of gas by transmitters, distributors and storage companies, and for the transmission, distribution and storage of gas".

The following sections of the *National Energy Board Act* are relevant in this case, namely:

2. In this Act

(a) "Board" means the National Energy Board;

. . . .

(c) "company" means a person having authority under a Special Act to construct or operate pipe lines;

. . . .

(g) "import" means, with reference to gas or oil, to bring into Canada through pipe lines, by railway tank car, by tank truck or by tanker;

. . . .

(m) "pipe line" means a line for the transmission of gas or oil connecting a province with any other or others of the provinces, or extending beyond the limits of a province, and includes all branches, extensions, tanks, reservoirs, storage facilities, pumps, racks, compressors, loading facilities, interstation systems of communication by telephone, telegraph or radio, and real and personal property and works connected therewith;

. . . .

(q) "Special Act" means

(i) an Act of the Parliament of Canada that authorizes a person named in the Act to construct or operate a pipe line or that is enacted with special reference to a pipe line that a person is by such an Act authorized to construct or operate, and

(ii) letters patent issued under section 5A or 5D of the *Canada Corporations Act*, except for the purpose of paragraph (b) of section 80;

Dans la province de l'Alberta, il y a et il y a toujours eu à toutes les époques en cause un office appelé Office de la conservation du gaz et du pétrole de l'Alberta. Il délivre entre autres choses des permis d'exportation du gaz de l'Alberta après avoir déterminé si ce gaz constitue un excédent par rapport aux besoins présents et futurs de l'Alberta.

Depuis 1964, il existe aussi dans la province de l'Ontario un office appelé Office de l'énergie de l'Ontario. L'article 19 de la Loi créant cet office, à savoir la Loi sur l'Office de l'énergie de l'Ontario, 1964 (Ont.), c. 74 modifié, donne à cet Office le pouvoir «sous réserve des règlements, . . . de rendre des ordonnances approuvant ou fixant des taux ou autres droits justes et raisonnables sur la vente du gaz par transmetteurs, distributeurs et compagnies d'emmagasinage, et pour la transmission, la distribution et l'emmagasinage du gaz».

Les articles suivants de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* se rapportent à la présente affaire:

2. Dans la présente loi,

a) «Office» désigne l'Office national de l'énergie;

. . . .

c) «compagnie» désigne une personne autorisée, en vertu d'une loi spéciale, à construire ou à exploiter des pipe-lines;

. . . .

g) «importation» signifie, à l'égard du gaz ou du pétrole, le fait d'introduire au Canada par pipe-lines, wagons-citernes, camions-citernes ou navires-citernes;

. . . .

m) «Pipe-line» signifie une canalisation pour la transmission du gaz ou du pétrole, reliant une province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites d'une province, et comprend tous les branchements, extensions, citernes, réservoirs, installations d'emmagasinage, pompes, rampes de chargement, compresseurs, moyens de chargement, systèmes de communication entre stations par téléphone, télégraphe ou radio, ainsi que les biens immeubles ou meubles et les ouvrages connexes;

. . . .

q) «loi spéciale» signifie

(i) une loi du Parlement du Canada qui autorise une personne y nommée à construire ou exploiter un pipe-line ou qui est édictée en fonction spéciale d'un pipe-line qu'une personne est autorisée, par une telle loi, à construire ou à exploiter, et

(ii) des lettres patentes délivrées en vertu de l'article 5A ou de l'article 5D de la *Loi sur les corporations canadiennes*, sauf aux fins de l'alinéa b) de l'article 80;

(r) "toll" includes any toll, rate, charge or allowance charged or made for the shipment, transportation, transmission, care, handling or delivery of hydrocarbons, or for storage or demurrage or the like.

...

97. (1) Part IV of this Act does not apply to any person who, on the day this Act comes into force, is operating a pipe line, until the Board so orders.

(As appears in the agreement as to facts, the Board ordered that Part IV applied to Trans-Canada Pipe Lines Ltd. on October 30, 1969.)

91. The Board shall within three months after the 31st day of December in each year submit to the Minister a report on the activities of the Board under this Act for that year, and the Minister shall cause the report to be laid before Parliament within fifteen days after the receipt thereof or, if Parliament is not then sitting, on any of the first fifteen days next thereafter that Parliament is sitting.

(This Act came into force on November 2, 1959.)

(Part IV of the Act which is entitled "Traffic, Tolls and Tariffs" contains secs. 50 to 61.)

50. The Board may make orders with respect to all matters relating to traffic, tolls or tariffs.

51. (1) A company shall not charge any tolls except tolls specified in a tariff that has been filed with the Board and is in effect.

(2) Where the gas transmitted by a company through its pipe line is the property of the company, the company shall file with the Board, upon the making thereof, true copies of all the contracts it may make for the sale of gas and amendments from time to time made thereto, and the true copies so filed shall be deemed, for the purposes of this Part, to constitute a tariff pursuant to subsection (1).

(Section 51(2) of the Act came into force on June 26, 1970.)

52. All tolls shall be just and reasonable, and shall always, under substantially similar circumstances and conditions with respect to all traffic of the same description carried over the same route, be charged equally to all persons at the same rate.

53. The Board may disallow any tariff or any portion thereof that it considers to be contrary to any of the provisions of this Act or to any order of the Board, and may require a company, within a prescribed time, to substitute a tariff satisfactory to the Board in lieu thereof, or may

r) «droit» comprend tout droit, taux ou prix ou tous frais exigés ou établis pour l'expédition, le transport, la transmission, la garde, la manutention ou la livraison d'hydrocarbures, ou pour l'emmagasinage, les surestaries ou choses analogues.

...

97. (1) La Partie IV de la présente loi ne s'applique pas à une personne qui, le jour de l'entrée en vigueur de la présente loi, exploite un pipe-line, à moins que l'Office ne l'ordonne.

(Comme il ressort de l'accord sur les faits, l'Office a ordonné que le 30 octobre 1969, la Partie IV s'appliquerait à la Trans-Canada Pipe Lines Ltd.)

91. L'Office doit, dans les trois mois qui suivent le 31 décembre de chaque année, soumettre au Ministre un rapport sur l'activité de l'Office aux termes de la présente loi pour ladite année, et le Ministre doit faire présenter le rapport au Parlement dans un délai de quinze jours après qu'il a été reçu ou, si le Parlement n'est pas alors en session, l'un quelconque des quinze premiers jours où le Parlement siège par la suite.

(Cette loi est entrée en vigueur le 2 novembre 1959.)

(La Partie IV de la Loi qui a pour titre «Mouvement, droits et tarifs» comprend les art. 50 à 61.)

50. L'Office peut rendre des ordonnances sur tous les sujets relatifs au mouvement, aux droits ou tarifs.

51. (1) Une compagnie ne doit pas imposer de droits, sauf les droits que spécifie un tarif produit auprès de l'Office et en vigueur.

(2) Si le gaz que transmet une compagnie par son pipe-line lui appartient, elle doit, lors de l'établissement de tous les contrats de vente de gaz qu'elle peut conclure et des modifications y apportées à l'occasion, en fournir copie conforme à l'Office, et les copies conformes ainsi fournies sont censées, aux fins de la présente Partie, constituer un tarif produit en conformité du paragraphe (1).

(L'article 51(2) de la Loi est entré en vigueur le 26 juin 1970.)

52. Tous les droits doivent être justes et raisonnables, et ils doivent toujours, dans des circonstances et conditions fondamentalement semblables, à l'égard de tout le mouvement d'une même nature opéré sur le même parcours, être imposés également à toutes personnes, au même taux.

53. L'Office peut rejeter tout tarif ou une partie d'un tarif qu'il estime contraire à une disposition quelconque de la présente loi ou à une ordonnance de l'Office, et il peut exiger qu'une compagnie y substitue, dans un délai prescrit,

prescribe other tariffs in lieu of the tariff or portion thereof so disallowed.

un tarif qu'il juge satisfaisant, ou il peut prescrire d'autres tarifs au lieu du tarif ainsi rejeté en totalité ou en partie.

55. A company shall not make any unjust discrimination in tolls, service or facilities against any person or locality.

55. Une compagnie ne doit faire, à l'égard d'une personne ou d'une localité, aucune différenciation injuste dans les droits, le service ou les aménagements.

60. Where the Board finds such action necessary or desirable in the public interest, it may direct a company operating a pipe line for the transmission of gas to extend or improve its transmission facilities to provide facilities for the junction of its pipe line with any facilities of, and sell gas to, any person or municipality engaged or legally authorized to engage in the local distribution of gas to the public, and for such purposes to construct branch lines to communities immediately adjacent to its pipe line, if the Board finds that no undue burden will be placed upon the company thereby, but the Board has no power to compel a company to sell gas to additional customers if to do so would impair its ability to render adequate service to its existing customers.

60. Lorsque l'Office juge une telle action nécessaire ou désirable dans l'intérêt public, il peut ordonner à une compagnie exploitant un pipe-line pour la transmission du gaz d'étendre ou améliorer ses moyens de transmission, en vue de faciliter le raccordement de son pipe-line à tous aménagements établis par une personne ou une municipalité quelconque pratiquant, ou légalement autorisée à pratiquer, la distribution locale du gaz au public, et de vendre du gaz à ladite personne ou municipalité et, pour ces objets, de construire des canalisations secondaires jusqu'aux agglomérations immédiatement adjacentes à son pipe-line, si l'Office estime qu'il n'en résultera, pour la compagnie, aucun fardeau injustifié. Cependant, l'Office n'a nullement le pouvoir de forcer une compagnie à vendre du gaz à des clients additionnels lorsque le fait d'agir ainsi diminuerait sa capacité de fournir un service suffisant à ses clients déjà inscrits.

61. Where the gas transmitted by a company through its pipe line is the property of the company, the differential between the cost to the company of the gas at the point where it enters its pipe line and the amount for which the gas is sold by the company shall, for the purposes of this Part, be deemed to be a toll charged by the company to the purchaser for the transmission thereof.

61. Si le gaz que transmet une compagnie, par son pipe-line, appartient à la compagnie, la différence entre ce qu'il en coûte à la compagnie pour le gaz au point où celui-ci pénètre dans son pipe-line et le montant pour lequel la compagnie vend le gaz, est réputée, aux fins de la présente Partie, un droit imposé par la compagnie, à l'acheteur pour la transmission de ce gaz.

(Section 61 came into force in its present form on July 13, 1961.)

(L'article 61 est entré en vigueur dans sa forme actuelle le 13 juillet 1961.)

(In connection with this latter section, none of the several contracts above referred to and filed at this trial show the cost of the transmission of the gas, that is the differential between the cost to Trans-Canada Pipe Lines Ltd. of the gas at the point where it enters its pipe line and the amount for which the gas is sold by it to the several plaintiffs.)

(Au sujet de ce dernier article, aucun des différents contrats susmentionnés et versés au présent procès n'indique le coût de la transmission du gaz, c'est-à-dire la différence entre ce qu'il en coûte à la Trans-Canada Pipe Lines Ltd. pour le gaz au point où celui-ci pénètre dans son pipe-line et le montant pour lequel elle vend le gaz aux différentes demanderesse.)

62. (1) A company may, for the purposes of its undertaking, subject to the provisions of this Act and its Special Act,

62. (1) Sous réserve des dispositions de la présente loi et de sa loi spéciale, une compagnie, aux fins de son entreprise, peut:

(h) transmit hydrocarbons by pipe line and regulate the time and manner in which hydrocarbons shall be transmitted, and the tolls to be charged therefor; and

h) transmettre des hydrocarbures au moyen d'un pipe-line et réglementer le temps et la manière dont s'opérera la transmission des hydrocarbures, ainsi que les droits à percevoir en l'espèce; et

In addition, and relevant in this case, Part I of the Schedule to the *National Energy Board Rules of Practice and Procedure*, which prescribes the information required to be filed by

En outre, et cela s'applique à la présente affaire, la Partie I de l'annexe aux *Règles de pratiques et de procédures de l'Office national de l'énergie* qui indique à l'al. 11 (ii) les rensei-

an applicant for a certificate in respect of a gas pipe line, at paragraph 11 (ii) requires the applicant to file a proforma statement of estimated revenues and expenses for the applicant's pipe line system for the first, third and fifth years following the issuance of the proposed certificate indicating among other things the "purchase cost of the gas".

Also, s. 2(2) of the *Gas Pipe Line Uniform Accounting Regulations* established by P.C. 1969-1792 under the authority of the *National Energy Board Act* requires "every gas pipe line company that is subject to the jurisdiction of the Board . . . unless otherwise authorized, (to) follow the accounting instructions set out in these Regulations". These regulations are very detailed.

The plaintiffs' witnesses at this trial were George W. Carpenter, executive vice-president and general manager of the Consumers' Gas Co.; Robert Glenn Caughey, Director of Gas Supply Union Gas Supply Co. of Canada; and Mr. R. Johnson, rate supervisor of Northern and Central Gas Corp. Ltd.

The Attorney General of Canada adduced no evidence.

The National Energy Board filed as Ex. 10 the transcript of the first day of evidence before the National Energy Board on February 9, 1971, as Ex. 11 a copy of an order of the National Energy Board dated June 18, 1970, and as Ex. 12 a copy of an order of the National Energy Board dated December 17, 1970.

Trans-Canada Pipe Lines Ltd.'s only witness was Mr. Vernon Hortie, president of that company.

The evidence established that Trans-Canada Pipe Lines Ltd. owns the pipe lines as shown on Ex. 5. There are pipe lines for the transmission of gas from Alberta through Saskatchewan, Manitoba, Ontario and Quebec and into the State of Vermont, U.S.A. Through their pipe lines also, at Emerson, Manitoba, Trans-Canada Pipe Lines Ltd. delivers gas to a pipe line

gnements que doit fournir un requérant pour obtenir un certificat en ce qui concerne un pipe-line de gaz, exige que le requérant remplisse une déclaration proforma des revenus estimés et des dépenses prévues pour son système de pipe-line, ceci pour les première, troisième et cinquième années suivant la délivrance dudit certificat, en indiquant entre autres le «coût d'achat du gaz».

De même, l'art. 2(2) des *Règlements de normalisation de la comptabilité des oléoducs*, établi par C.P. 1969-1792 sous l'autorité de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, exige que «toute compagnie d'oléoducs qui est soumise à la compétence de l'Office . . . sauf autorisation contraire, doit suivre les prescriptions concernant la comptabilité édictées dans ces règlements». Ces règlements sont très détaillés.

Dans sa présente instance, les témoins des demandereses étaient MM. George W. Carpenter, vice-président exécutif et directeur technique de la Consumers' Gas Co.; Robert Glenn Caughey, administrateur de la Gas Supply Union Gas Supply Co. of Canada; et R. Johnson, responsable des tarifs de la Northern and Central Gas Corp. Ltd.

Le procureur général du Canada n'a produit aucune preuve.

L'Office national de l'énergie a versé au dossier sous la classification de pièce 10 la transcription du premier jour des dépositions devant l'Office national de l'énergie le 9 février 1971, de pièce 11 une copie d'une ordonnance de l'Office national de l'énergie en date du 18 juin 1970 et de pièce 12 une copie de l'ordonnance de l'Office national de l'énergie en date du 17 décembre 1970.

Le seul témoin de la Trans-Canada Pipe Lines Ltd. était M. Vernon Hortie, président de cette compagnie.

La preuve a établi que la Trans-Canada Pipe Lines Ltd. possède les pipe-lines, comme l'indique la pièce 5. Ces pipe-lines permettent la transmission du gaz de l'Alberta à travers la Saskatchewan, le Manitoba, l'Ontario et le Québec dans l'état du Vermont (U.S.A.). C'est aussi grâce à ses pipe-lines, à Emerson (Manitoba), que la Trans-Canada Pipe Lines Ltd. livre

company associated with it by the name of Great Lakes Transmission Gas Co. That company transmits the gas through its pipe lines through the States of Minnesota, Wisconsin and Michigan and into Ontario, connecting at the town of Dawn in Ontario with the pipe line owned by the plaintiff the Union Gas Co. of Canada Ltd.

The evidence also established that Trans-Canada Pipe Lines Ltd. buys its gas in the Province of Alberta, the purchase of which is as yet not subject to any order of any board, either provincial or federal; that it takes delivery of such gas into its pipe line at a point on the Alberta-Saskatchewan border; that it delivers all its gas through its own pipe line system; that it sells the gas it so delivers at various points in the Provinces of Saskatchewan, Manitoba and Ontario and in the State of Vermont, U.S.A.; that the plaintiff purchasers by the said several contracts which have been filed at this trial and with the Board, pay Trans-Canada Pipe Lines Ltd. for the transmission of the gas as a carrier and for the gas in one sum, and that there is no breakdown in such sum as between the charge for transmission of the gas and the charge for the gas itself.

As stated, Trans-Canada Pipe Lines Ltd. in its said application to the National Energy Board seeks orders from that Board to fix "the just and reasonable rates or tolls" which it can charge with respect to gas sold by it in Canada, and also to "disallow any existing tariff or tolls or portion thereof which were inconsistent with the just and reasonable rates or tolls so fixed".

The National Energy Board by s. 50 of the *National Energy Board Act* is empowered to "make orders with respect to all matters relating to traffic, tolls or tariffs". Presumably, a tariff for the purpose of that section is a list of tolls.

A toll is defined, as referred to above, in s. 2(r) of the Act and includes "any toll, rate, charge or allowance charged or made for the . . . transmission, care, handling or delivery of

du gaz à une compagnie de pipe-lines associée ayant pour raison sociale Great Lakes Transmission Gas Co. Cette compagnie transmet le gaz grâce à ses pipe-lines à travers les états du Minnesota, du Wisconsin et du Michigan et en Ontario qui, dans la ville de Dawn en Ontario, se raccorde avec le pipe-line que possède la demanderesse, Union Gas Co. of Canada Ltd.

La preuve a établi aussi que la Trans-Canada Pipe Lines Ltd. achète son gaz dans la province de l'Alberta, achat qui n'a, jusqu'à maintenant, pas encore été soumis aux ordonnances d'un office, tant provincial que fédéral; qu'elle prend livraison de ce gaz dans son pipe-line à un endroit donné de la frontière entre l'Alberta et la Saskatchewan; qu'elle livre tout ce gaz par son propre système de pipe-lines; qu'elle vend le gaz qu'elle livre ainsi à différents endroits dans les provinces de la Saskatchewan, du Manitoba, de l'Ontario et dans l'état du Vermont (U.S.A.); que les acheteurs de la demanderesse en vertu desdits contrats, déposés au dossier de la présente instance et à l'Office, payent à la Trans-Canada Pipe Lines Ltd. le prix de la transmission du gaz en qualité de transporteur et le prix du gaz en une somme unique et qu'il n'y a aucune répartition de cette somme entre le prix de la transmission du gaz et le prix du gaz lui-même.

Comme il est dit plus haut, la Trans-Canada Pipe Lines Ltd., dans ladite requête déposée à l'Office national de l'énergie, demande que l'Office rende des ordonnances pour fixer «des taux ou des droits justes et raisonnables» qu'elle peut exiger pour le gaz qu'elle vend au Canada, ainsi que pour «rejeter tout tarif ou droit ou portion de tarif en vigueur qui sont incompatibles avec les taux ou les droits justes et raisonnables ainsi fixés».

L'article 50 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* autorise l'Office national de l'énergie à «rendre des ordonnances sur tous les sujets relatifs au mouvement, aux droits ou aux tarifs». Probablement, un tarif aux fins de cet article est une liste des droits.

Comme on l'a mentionné ci-dessus, un droit est défini par l'art. 2(r) de la Loi et comprend «tout droit, tout prix ou tous frais exigés ou établis pour . . . la transmission, la garde, la

hydrocarbons, or for storage or demurrage or the like"; and an extended definition of toll is contained in s. 61 where it is provided that "the differential between the cost to the company of the gas at the point where it enters its pipe line and the amount for which the gas is sold by the company shall, for the purposes of this Part, (i.e. Part IV) be deemed to be a toll charged by the company to the purchaser for the transmission thereof".

By reason of s. 51(1), every company subject to the Act, as is Trans-Canada Pipe Lines Ltd., is prohibited from charging "any tolls except tolls specified in a tariff that has been filed with the Board and is in effect".

Then by reason of s. 51(2) of the Act which came into force June 26, 1970, there is this provision which applies to all companies like Trans-Canada Pipe Lines Ltd. who in addition to providing transmission or carrier services, also own the gas and sell the gas which they transmit through their own pipe lines to wit,

51. (1) . . .

(2) Where the gas transmitted by a company through its pipe line is the property of the company, the company shall file with the Board, upon the making thereof, true copies of all the contracts it may make for the sale of gas and amendments from time to time made thereto, and the true copies so filed shall be deemed, for the purposes of this Part, to constitute a tariff pursuant to subsection (1).

Most of the contracts the plaintiffs have entered into with Trans-Canada Pipe Lines as above noted, were entered into prior to June 26, 1970. These contracts may or may not be contracts within the meaning of s. 51(2) of the Act.

Then at s. 52, it is provided that toll charges must be just and reasonable without discrimination to any consumer; and then it is provided in s. 53 of the Act that the Board "may disallow any tariff or any portion thereof that it considers to be contrary to any of the provisions of this Act or to any order of the Board" and in addition, it may after disallowance "require a company, within a prescribed time, to substitute a tariff satisfactory to the Board in lieu thereof,

manutention ou la livraison d'hydrocarbures, ou pour l'emmagasinage, les surestaries ou choses analogues»; et l'art. 61 contient une définition plus large des droits, dans laquelle il est prévu que «la différence entre ce qu'il en coûte à la compagnie pour le gaz au point où celui-ci pénètre dans son pipe-line et le montant pour lequel la compagnie vend le gaz, est réputée, aux fins de la présente Partie, (c'est-à-dire la Partie IV), un droit imposé par la compagnie à l'acheteur, pour la transmission de ce gaz».

En raison de l'art. 51(1), aucune compagnie soumise à la Loi, comme la Trans-Canada Pipe Lines Ltd., ne peut imposer «de droits, sauf les droits que spécifie un tarif produit auprès de l'Office et en vigueur».

En raison de l'art. 51(2) de la Loi qui est entrée en vigueur le 26 juin 1970, cette disposition s'applique à toutes les compagnies comme la Trans-Canada Pipe Lines Ltd. qui, outre qu'elles fournissent les services de transmission ou de transport, possèdent aussi et vendent le gaz qu'elles transmettent par leurs propres pipe-lines, c'est-à-dire:

51. (1) . . .

(2) Si le gaz que transmet une compagnie par son pipe-line lui appartient, elle doit, lors de l'établissement de tous les contrats de vente de gaz qu'elle peut conclure et des modifications y apportées à l'occasion, en fournir copie conforme à l'Office, et les copies conformes ainsi fournies sont censées aux fins de la présente Partie, constituer un tarif produit en conformité du paragraphe (1).

La plupart des contrats que les demandereses ont passés avec la Trans-Canada Pipe Lines, comme on l'a indiqué ci-dessus, ont été passés avant le 26 juin 1970. Ces contrats peuvent être ou ne pas être des contrats entrant dans l'acceptation de l'art. 51(2) de la Loi.

L'article 52 prévoit aussi que le droit imposé doit être juste et raisonnable sans aucune différenciation envers un quelconque consommateur; et l'art. 53 de la Loi prévoit aussi que l'Office «peut rejeter tout tarif ou une partie d'un tarif qu'il estime contraire à une disposition quelconque de la présente loi ou à une ordonnance de l'Office», et qu'en outre il peut, après le rejet, «exiger qu'une compagnie y substitue, dans un délai prescrit, un tarif qu'il juge satisfaisant, ou il peut prescrire d'autres tarifs

or may prescribe other tariffs in lieu of the tariff or portion thereof so disallowed”.

The Court had the benefit of exhaustive submissions by all parties.

The plaintiffs' positions in brief were as follows:

1. The sale of gas in Ontario made pursuant to contracts entered into by them with Trans-Canada Pipe Lines in Ontario was a matter of property and civil rights within the Province and a matter of local or private nature in the Province and that as a consequence, in their view, “the attempted application of the legislation and/or its terms to the (plaintiffs) . . . and Trans-Canada Pipe Lines Ltd., present and future, is an interference with property and civil rights within the Province and matters local and provincial”. (Section 92(13) and (16) of the *B.N.A. Act.*)

A

(i) *Caloil Inc. v. A.G. Can.* (1971) 15 D.L.R. (3d) 164, Jackett P. at pp. 172-73, 175-76; (ii) *Caloil Inc. v. A.G. Can.* (May 10, 1971) S.C.R.; (iii) *A.G. B.C. v. A.G. Can.* [1937] A.C. 377 Lord Atkin at pp. 386-87; (iv) *The King v. Eastern Terminal Elevator Co.* [1925] S.C.R. 434, Duff J. at pp. 446-48; (v) *Re: Farm Products Marketing Act* [1957] S.C.R. 198; Kerwin C.J. at p. 204; Rand J. at pp. 203, 212-13; Fauteux J. (as he then was) at p. 256; (vi) *Carnation Co. v. Que. Agricultural Marketing Bd.* [1968] S.C.R. 238 Martland J. (for the Court) at pp. 253-54; (vii) *Home Oil Distributors Ltd. v. A.G. B.C.* [1940] S.C.R. 444 Crocket J. at p. 448, Davis J. at p. 451, Hudson J. at p. 455.

B

(i) *Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock* [1954] S.C.R. 207 (see now s. 79 of the *National Energy Board Act*); (ii) *Montreal v. Montreal Street Rly.* [1912] A.C. 333 at p. 346; (iii) *Re: Radio Communications* [1932] A.C. 304, Lord Dunedin at p. 315.

2. In any event, the *National Energy Board Act* should not be given retrospective effect so as to permit interference with contractual or other existing rights.

au lieu du tarif ainsi rejeté en totalité ou en partie».

La Cour a eu à sa disposition des exposés de toutes les parties épuisant la question.

En bref, les positions des demandresses étaient les suivantes:

1. La vente du gaz en Ontario, faite conformément aux contrats qu'elles ont passés avec la Trans-Canada Pipe Lines en Ontario, était une question de propriété et de droits civils dans la province et une matière d'une nature purement locale ou privée dans la province et en conséquence, à leur avis, [TRADUCTION] «la tentative d'application de la législation actuelle et future et/ou de ses clauses aux (demandresses) . . . et à la Trans-Canada Pipe Lines Ltd. est une ingérence dans la propriété et les droits civils dans la province et dans des matières d'une nature purement locale ou privée dans la province». (Article 92(13) et (16) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique).

A

(i) *Caloil Inc. c. Procureur général du Can.* (1971) 15 D.L.R. (3^e) 164, le président Jackett, aux pp. 172-73, 175-76; (ii) *Caloil Inc. c. Procureur général du Can.* (10 mai 1971) R.C.S.; (iii) *Procureur général de la C.-B. c. Procureur général du Can.* [1937] A.C. 377, Lord Atkin aux pp. 386-87; (iv) *Le Roi c. Eastern Terminal Elevator Co.* [1925] R.C.S. 434, le juge Duff aux pp. 446-48; (v) *Re: Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles* [1957] R.C.S. 198; le juge en chef Kerwin, à la p. 204; le juge Rand, aux pp. 203, 212-13; le juge Fauteux (alors juge-puîné), à la p. 256; (vi) *Carnation Co. c. Régie des marchés agricoles du Qué.* [1968] R.C.S. 238, le juge Martland (pour la cour) aux pp. 253-54; (vii) *Home Oil Distributors Ltd. c. Procureur général de la C.-B.* [1940] R.C.S. 444, le juge Crocket, à la p. 448, le juge Davis, à la p. 451, le juge Hudson, à la p. 455.

B

(i) *Campbell-Bennett Ltd. c. Comstock* [1954] R.C.S. 207 (voir maintenant l'art. 79 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*); (ii) *Montréal c. Tramways de Montréal* [1912] A.C. 333, à la p. 346; (iii) *Re: Radio Communications* [1932] A.C. 304, Lord Dunedin, à la p. 315.

2. Quoi qu'il en soit, la *Loi sur l'Office national de l'énergie* ne doit pas produire d'effet rétroactif qui permette un ingérence dans des droits préexistants contractuels ou autres.

(i) Maxwell on the Interpretation of Statutes 11th ed., pp. 204-06; 12th ed., pp. 215-16; (ii) Craies on Statute Law, 5th ed., pp. 357-58, 360-61, 369; (iii) *Schmidt v. Ritz* (1901) 31 S.C.R. 602, Strong J. at pp. 605-06; (iv) *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Bd.* [1933] S.C.R. 629, Duff C.J. at p. 638; (v) *In Re Athlumney* [1898] 2 Q.B. 547, Wright J. at p. 551; (vi) *Pitcher v. Shoebottom* [1971] 1 O.R. 106, Lieff J. at p. 113; (vii) *Queen v. Walker* (1970) 11 D.L.R. (3d) 173, Martland J. at p. 186; (viii) *Gloucester v. Ottawa* [1940] O.W.N. 524 (C.A.) at p. 529; (ix) *West v. Gwynne* [1911] 2 Ch. 1 at 10.

3. A proper interpretation of secs. 50, 51, 60, 61 and 97 of the *National Energy Board Act* will establish that these sections, and in fact all of the sections of the whole Act, by their very terms, do not deal with the sale of gas, but instead deal with the transmission of gas and other hydrocarbons and therefore the National Energy Board, among other things, is empowered only to deal with carrier charges for such transmission for this inter-provincial company Trans-Canada Pipe Lines Ltd., and nowhere in any of the sections of the Act is it empowered to deal with the price to be paid for the sale of gas.

Counsel for the Attorney General of Canada did not rely, for the validity of the *National Energy Board Act*, on the federal commerce power. (Section 91(2) of the *B.N.A. Act*.) Instead, he relied on the subject-matter of the legislation being in relation to a federal work or undertaking. (Section 91(29) and s. 92(10) of the *B.N.A. Act*.)

The submission was that this legislation was directed solely to charges for the transmission of gas and other hydrocarbons through inter-provincial pipe lines; that these transmission charges are imposed in two ways, namely, firstly in the situation where the gas carried in the pipe line is owned by the pipe line owner and secondly in the situation where the gas in the pipe line is owned by some other person than the pipe line owner; that because Trans-Canada Pipe Lines Ltd. was in the former category, the Board in setting a charge for the transmission of

(i) On the Interpretation of Statutes, de Maxwell, 11^e éd. pp. 204-06; 12^e éd. pp. 215-16; (ii) On Statute Law, de Craies, 5^e éd. pp. 357-58, 360-61, 369; (iii) *Schmidt c. Ritz* (1901) 31 R.C.S. 602, le juge Strong, aux pp. 605-06; (iv) *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board* [1933] R.C.S. 629, le juge en chef Duff, à la p. 638; (v) *In re: Athlumney* [1898] 2 B.R. 547, le juge Wright, à la p. 551; (vi) *Pitcher c. Shoebottom* [1971] 1 O.R. 196, le juge Lieff, à la p. 113; (vii) *La Reine c. Walker* (1970) 11 D.L.R. (3^e) 173, le juge Martland, à la p. 186; (viii) *Gloucester c. Ottawa*, [1940] O.W.N. 524 (C.A.), à la p. 529; (ix) *West c. Gwynne* [1911] 2 Ch. 1 à 10.

3. Une interprétation convenable des art. 50, 51, 60, 61 et 97 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* établira que ces articles, et en fait tous les articles de la Loi prise dans son ensemble, ne traitent pas dans leurs termes mêmes de la vente du gaz, mais traitent de la transmission du gaz et d'autres hydrocarbures et que par conséquent, l'Office national de l'énergie est seulement habilité, entre autres, à prendre à l'égard de la Trans-Canada Pipe Lines Ltd., compagnie inter-provinciale, des mesures en ce qui concerne des tarifs de transport relatives à ces transmissions et n'est en aucun cas habilité par un article quelconque de la Loi à prendre des mesures en ce qui concerne le prix qui doit être payé pour la vente du gaz.

Pour démontrer la validité de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, l'avocat du procureur général du Canada ne s'est pas appuyé sur les pouvoirs fédéraux en matière de commerce. (Article 91(2) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.) Au lieu de cela, il s'est appuyé sur la catégorie de sujet visée par la législation comme se rapportant à des travaux ou entreprises d'une nature fédérale. (Article 91(29) et article 92(10) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.)

Selon cette thèse, cette législation visait seulement les prix de transmission du gaz et des autres hydrocarbures par des pipe-lines inter-provinciaux; ces prix de transmission sont imposés de deux manières, à savoir: premièrement, dans le cas où le gaz et le pipe-line qui sert à le transporter ont le même propriétaire et deuxièmement, dans le cas où le propriétaire du gaz n'est pas celui du pipe-line; parce que la Trans-Canada Pipe Lines Ltd. appartient à la première catégorie, l'Office, en fixant un prix de transmission du gaz, doit y inclure le prix de

gas must include in any such charge the selling price of the gas and the only person that this charge can be imposed upon in the subject case is the purchaser of the gas; or in other words, the power of the Board to fix tolls or charges in this situation affects the price of gas but that the fact that it affects it does not make the enabling legislation *ultra vires* the federal government so long as the legislation is within a matter of valid federal jurisdiction.

In sum, the submission was that the Board's jurisdiction in respect to the matter of the said application before it by Trans-Canada Pipe Lines Ltd. was a matter in relation to an inter-provincial undertaking within the meaning of head (10)(a) of s. 92 and s. 91(29) of the *British North America Act* and not a matter of property and civil rights in the Province or of a merely private or local matter in the Province within the meaning of heads (13) and (16) of s. 92 of the *British North America Act*.

1. *Caloil Inc. v. A.G. Can.* Supreme Court of Canada (unreported);
2. *The Queen v. Board of Transport Com'rs.* [1968] S.C.R. 118;
3. *Campbell-Bennett v. Trans Mountain Oil Pipe Line Co.* [1954] S.C.R. 207;
4. *Gold Seal Ltd. v. A.G. Alta.* 62 S.C.R. 424;
5. *Toronto v. Bell Telephone Co.* [1905] A.C. 52;
6. *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.* [1954] A.C. 541.

Counsel for the National Energy Board, among other things, submitted that there were tariffs and tolls in existence as of October 30, 1969, within the meaning of Part IV of the *National Energy Board Act*, and in particular s. 53 thereof, but even if there were none, the National Energy Board still had power to exercise jurisdiction in respect to the same under s. 51(2) of the Act; that the Act does not purport to give the Board power to regulate the sale of gas but only power to make orders with respect to all matters "relating to traffic, tolls or tariffs"; that the fact that the exercise of such regulatory powers may affect certain contracts between the plaintiffs and Trans-Canada Pipe Lines Ltd. which have been entered into before Part IV of the Act was declared in force by the Board (pursuant to its enabling powers in s. 97(1) of the Act), is not material to the issue; that s. 51(2) of the Act is purely administrative and gives sanction to the practice of the Board

vente du gaz, et la seule personne qui puisse supporter ce prix dans le cas présent est l'acheteur du gaz; en d'autres termes, le pouvoir de l'Office de fixer les droits ou les prix dans cette situation influence le prix du gaz, mais le fait qu'il l'influence ne rend pas la législation qui l'habilite *ultra vires* du gouvernement fédéral tant que cette législation reste dans les limites de la compétence fédérale.

En somme, selon cette thèse, la compétence de l'Office à l'égard de l'objet de ladite requête, présentée par la Trans-Canada Pipe Lines Ltd., était une question se rapportant à une entreprise inter-provinciale dans l'acceptation de l'art. 92, al. (10)a) et de l'art. 91(29) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, et non une question de propriété et de droits civils dans la province ou une matière d'une nature purement locale ou privée dans la province, dans l'acceptation de l'art. 92, par. (13) et (16) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

1. *Caloil Inc. c. Procureur général du Can.* Cour suprême du Canada (non rapporté);
2. *La Reine c. Com'n des transports* [1968] R.C.S. 118;
3. *Campbell-Bennett c. Trans Mountain Oil Pipe Line Co.* [1954] R.C.S. 207;
4. *Gold Seal Ltd. c. Procureur général de l'Alta.* 62 R.C.S. 424;
5. *Toronto c. Bell Telephone Co.* [1905] A.C. 52;
6. *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd.* [1954] A.C. 541.

L'avocat de l'Office national de l'énergie, entre autres choses, soutenait que des droits et des tarifs étaient en vigueur au 30 octobre 1969 selon l'acceptation de la Partie IV de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, et en particulier selon l'art. 53 et que même s'il n'y en avait pas, l'Office national de l'énergie était encore habilité à exercer sa compétence à cette fin en vertu de l'art. 51(2) de la Loi; que le but de la Loi n'est pas de donner à l'Office le pouvoir de réglementer la vente du gaz, mais seulement celui de prendre des ordonnances sur tous les sujets «relatifs au mouvement, aux droits ou aux tarifs»; que le fait que l'exercice de tels pouvoirs de réglementation puisse influencer certains contrats passés entre les demandereses et la Trans-Canada Pipe Lines Ltd. avant la date de l'entrée en vigueur de la Partie IV de la Loi, fixée par l'Office, (conformément aux pouvoirs que lui donnait à cet effet l'art. 97(1) de la Loi), n'est pas essentiel dans cette affaire; que

up to the time of the passing of that subsection; and that "rate fixing contracts between private parties, even when entered into prior to the enactment of public utility legislation, cannot prevail against the legislation when it comes into force";

Ottawa Electric Rly. v. Ottawa and Canada Atlantic Rly. [1906] S.C.R. 354; *Grand Trunk Rly. and C.P.R. v. Toronto* [1909] S.C.R. 613; *Maritime Electric Co. v. General Dairies Ltd.* [1937] A.C. 610, 1 All E.R. 748; *Union Dry Goods Co. v. Georgia Public Service Corp.* (1919) 248 U.S. 372; *Washington v. Public Service Com'n* (1921) 129 N.E. 459; *Producers Transportation Co. v. Rr. Com'n of Cal.* (1919) 251 U.S. 228; *Re: Highland Telephone Corp.* (1921) PUR 162; *Market Street Rly. v. Pacific Gas and Electric Co.* [1926] A. 509;

that on a proper interpretation of the *National Energy Board Act* it is remedial legislation establishing a comprehensive regulatory scheme, and Parliament must have intended to bring existing contractual arrangements within its scope.

Sections 97(2); 58(1); 52; 53; 54; 55; 56; 61; and most importantly s. 51(1); Maxwell on Statutes, 12th ed. 1959, pp. 215 ff, middle p. 216; *Interpretation Act*, 1967-68, c. 7, s. 11; *West v. Gwynne* [1911] 2 Ch. 1; 80 L.J. Ch. 578; *Acme Village v. Steele-Smith* [1933] S.C.R. 47; *Tomashavsky v. Nichols* (1955) 16 W.W.R. 598; *A.G. Can. v. Compagnie de Publication La Presse Ltée.* (1966) 63 D.L.R. (2d) 396; *Grand Trunk Rly. v. Hepworth Silica Pressed Brick Co.* (1919) 51 S.C.R. 81, per Davies J. at p. 85; *B.C. Elec. Rly. v. Public Utilities Com'n of B.C.* [1960] S.C.R. 837; *Edmonton v. Northwestern Utilities Ltd.* [1961] S.C.R. 392; *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Bd.* [1933] S.C.R. 629.

Counsel for Trans-Canada Pipe Lines Ltd. as to the submission in respect to the constitutional issues relating to the validity of the *National Energy Board Act*, submitted that the Act could be upheld under the federal commerce power (s. 91(2) of the *B.N.A. Act*) and also as the exercise of the power over an inter-provincial work or undertaking (s. 91(29) and s. 92(10)(a) of the *B.N.A. Act*).

l'art. 51(2) de la Loi est purement administratif et sanctionne les pratiques suivies par l'Office jusqu'au moment où ce paragraphe a été passé; et que «le taux fixant les contrats entre les parties privées, même s'ils ont été passés avant la mise en vigueur de la législation d'utilité publique, ne peut pas l'emporter sur la législation quand elle entrera en vigueur»;

Ottawa Electric Rly. Co. c. Ottawa et Canada Atlantic Rly. Co. [1906] R.C.S. 354; *Grand Trunk Rly. et Compagnie de chemins de fer Pacifique-Canadien c. Toronto* [1909] R.C.S. 613; *Maritime Electric Co. c. General Dairies Ltd.* [1937] A.C. 610, 1 All E.R. 748; *Union Dry Goods Co. c. Georgia Public Service Corp.* (1919) 248 U.S. 372; *Washington c. Public Service Com'n* (1921) 129 N.E. 459; *Producers Transportation Co. c. Rr. Com'n of Cal.* (1919) 251 U.S. 228; *Re: Highland Telephone Corp.* (1921) PUR 162; *Market Street Rly. c. Pacific Gas and Electric Co.* [1926] A. 509;

que selon une interprétation correcte de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, c'est une législation supplétive créant un système complet de règlements, et le Parlement doit avoir eu l'intention de faire rentrer les dispositions contractuelles présentes dans son cadre.

Articles 97(2); 58(1); 52; 53; 54; 55; 56; 61 et le plus important art. 51(1); On Statutes de Maxwell, 12^e éd., 1959, aux pp. 215 et suivantes, milieu de la p. 216; *Loi d'interprétation*, 1967-68, c. 7, art. 11; *West c. Gwynne* [1911] 2 Ch. 1; 80 L.J. Ch. 578; *Acme Village c. Steele-Smith* [1933] R.C.S. 47; *Tomashavsky c. Nichols* (1955) 16 W.W.R. 598; *Procureur général du Can. c. Compagnie de publication La Presse Ltée.* (1966) 63 D.L.R. (2^e) 396; *Grand Trunk Rly. c. Hepworth Silica Pressed Brick Co.* (1919) 51 R.C.S. 81, par le juge Davies, à la p. 85; *B.C. Elec. Rly. c. Public Utilities Com'n of B.C.* [1960] R.C.S. 837; *Edmonton c. Northwestern Utilities Ltd.* [1961] R.C.S. 392; *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Bd.* [1933] R.C.S. 629.

En ce qui concerne la théorie sur les questions constitutionnelles afférentes à la validité de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, l'avocat de la Trans-Canada Pipe Lines Ltd. alléguait que la Loi pouvait être confirmée en vertu des pouvoirs fédéraux en matière de commerce (art. 91(2) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*) et aussi en tant qu'exercice du pouvoir sur un ouvrage ou une entreprise inter-provinciaux (art. 91(29) et art. 92(10)a de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*).

Re: the exercise of power over an inter-provincial work or undertaking: (Section 91(29) as read with s. 92(10)(a) of the *B.N.A. Act.*)

Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Mid-western Ltd. [1954] S.C.R. 297 and particularly Kerwin J. speaking for himself and Fauteux J. (as he then was) at p. 211; also Rand J. speaking for himself, Kellock, Locke and Cartwright J.J. at p. 214; *Grand Trunk Rly. v. A.G. Can.* [1907] A.C. 65; *Toronto v. Bell Telephone Co.* [1905] A.C. 52 and particularly at p. 59; *Re: Regulation of Radio* [1932] A.C. 304 and particularly at p. 315; *A.G. Ont. v. Winner* [1954] A.C. 541 and particularly at pp. 580-83; *MacDonald v. Riordon* (1899) 8 Que. Q.B. 555 affirmed (1899) 30 S.C.R. 619 and particularly the decision of Mr. Justice Wurtele of the Quebec Court of Queen's Bench at pp. 573-74; *Re: Industrial Relations and Disputes Investigation Act* [1955] 3 D.L.R. 721 and particularly Kellock J. at p. 749; *The Queen v. Bd. of Transport Com'rs* (1968) 65 D.L.R. (2nd) at p. 425, a decision of the Supreme Court of Canada and particularly at pp. 432-34.

Re: Federal Commerce power: (Section 91(2) of the *B.N.A. Act.*)

Citizens Ins. Co. v. Parsons (1881) 7 App. Cas. 96, and particularly Sir Montague Smith at pp. 112-13; *Re: Natural Products Marketing Act* [1936] S.C.R. 398 as affirmed by the Privy Council in [1937] A.C. 327; *Re: Section 5(a) Dairy Industry Act* [1949] S.C.R. 1; *P.E.I. Potato Marketing Bd. v. H.B. Willis Inc.* [1952] 2 S.C.R. 392; *Murphy v. C.P.R.* [1958] S.C.R. 626; *Re: Farm Products Marketing Act* [1957] S.C.R. 198; 7 D.L.R. (2d) 257 particularly with reference to Rand J. at pp. 271-72, Kerwin C.J. at p. 264 and again at pp. 264-65 and 266; *A.G. Can. v. C.P.R.* [1958] S.C.R. 285; *G.W. Saddlery Co. v. The King* [1921] 2 A.C. 91; *The Queen v. Klassen* (1959) 20 D.L.R. (2d) 406; *Krickard v. A.G. B.C.* (1958) 14 D.L.R. (2d) 58; *Public Utilities Com'n v. Victoria Cablevision Ltd.* (1965) 51 D.L.R. (2d) 716; *Re: Radio Communication* [1932] A.C. 304; *Carnation Co. Ltd. v. Que. Agricultural Marketing Bd.* [1968] S.C.R. 238.

As to the sufficiency of the *National Energy Board Act* to confer jurisdiction upon the National Energy Board, counsel for Trans-Canada Pipe Lines Ltd. submitted the following authorities:

Maxwell on Interpretation of Statutes 11th ed. at p. 206; *West v. Gwynne* [1911] 2 Ch. p. 1 and particularly

Re: l'exercice du pouvoir sur une entreprise ou un ouvrage inter-provinciaux: (Article 91(29) rapproché de l'art. 92(10)a de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique.*)

Campbell-Bennett Ltd. c. Comstock Mid-western Ltd. [1954] R.C.S. 297 et en particulier le juge Kerwin dans l'opinion qu'il exprimait tant pour lui-même que pour le juge Fauteux (alors juge puîné) à la p. 211; ainsi que le juge Rand dans l'opinion qu'il exprimait tant pour lui-même que pour les juges Kellock, Locke et Cartwright à la p. 214; *Grand Trunk Rly. c. Procureur général du Can.* [1907] A.C. 65; *Toronto c. Bell Telephone Co.* [1905] A.C. 52 et en particulier à la p. 59; *Re: Regulation of Radio* [1932] A.C. 304 et en particulier p. 315; *Procureur général de l'Ont. c. Winner* [1954] A.C. 541 et en particulier aux pp. 580-83; *MacDonald c. Riordon* (1899) 8 Qué. B.R. 555 confirmé par (1899) 30 R.C.S. 619 et en particulier la décision du juge Wurtele de la Cour du Banc de la Reine de Québec aux pp. 573-74; *Re: Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail* [1955] 3 D.L.R. 721 et en particulier le juge Kellock à la p. 749; *La Reine c. Com'n des transports* (1968) D.L.R. vol. 65 à la p. 425. Une décision de la Cour suprême du Canada et en particulier aux pp. 432-34;

Re: pouvoirs fédéraux en matière de commerce: (Article 91(2) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique.*)

Citizens Ins. Co. c. Parsons (1881) 7 App. cas. 96 et en particulier l'exposé de Sir Montague Smith aux pp. 112-13; *Re: Loi sur l'organisation du marché des produits naturels* [1936] R.C.S. 398, confirmé par le Conseil privé en [1937] A.C. 327; *Re: Article 5a) Loi de l'industrie laitière* [1949] R.C.S. 1; *P.E.I. Potato Marketing Bd. c. H.B. Willis Inc.* [1952] 2 R.C.S. 392; *Murphy c. Compagnie de chemins de fer Pacifique-Canadien* [1958] R.C.S. 626; *Re: Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles* [1957] R.C.S. 198; 7 D.L.R. (2^e) 257, en particulier en ce qui concerne les exposés du juge Rand aux pp. 271-72, du juge en chef Kerwin à la p. 264 et aussi aux pp. 264-65 et 266; *Procureur général du Can. c. C.P.R.* [1958] R.C.S. 285; *G.W. Saddlery Co. v. The King* [1921] 2 A.C. 91; *La Reine c. Klassen* (1959) 20 D.L.R. (2^e) 406; *Krickard c. Procureur général de la C.-B.* (1958) 14 D.L.R. (2^e) 58; *Com'n des entreprises d'utilité publique c. Victoria Cablevision Ltd.* (1965) 51 D.L.R. (2^e) 716; *Re: Radio Communication* [1932] A.C. 304; *Carnation Co. c. La régie des marchés agricoles du Qué.* [1968] R.C.S. 238.

En ce qui concerne la capacité de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* à accorder compétence à l'Office national de l'énergie, l'avocat de Trans-Canada Pipe Lines Ltd. a fait appel à la jurisprudence suivante:

On Interpretation of Statutes de Maxwell 11^e éd. à la p. 206; *West c. Gwynne* [1911] 2 Ch. p. 1 et en particulier

Buckley L.J. at p. 11; *G.T.R. and C.P.R. v. Toronto* [1910] 42 S.C.R. 613 and particularly Davies J. at p. 627; *Montreal Street Rly. v. Montreal Terminal Rly.* (1905) 36 S.C.R. 369; *Ottawa Elec. Rly. v. Ottawa* (1906) 37 S.C.R. 354 and particularly Davies J. at p. 359; *B.C. Elec. Rly. v. Public Utilities Com'n of B.C.* [1960] S.C.R. 837; *Munn v. Illinois* (1877) 94 U.S. 113; *Railroad Com'n v. Permian Basin Pipeline* 302 S.W. (2d) 238-54 also cited in H.R. Williams' edition *Oil and Gas* at Vol. 4, 1962, p. 802; *Re: Northwestern Utilities Ltd. v. Northwestern Utilities Ltd.* (1960) 25 D.L.R. (2d) 262 as affirmed in the Supreme Court of Canada [1961] S.C.R. 392; *B.C. Elec. Rly. v. Public Utilities Com'n of B.C.* [1960] S.C.R. 837 and particularly Martland J. at p. 853 and Locke J. at p. 843; *Bluefield Water Works Co. v. West Virginia Public Service Com'n* (1923) 262 U.S. 679 at p. 690; *Bd. of Public Utility Com'rs v. New York Tel. Co.* (1925) 271 U.S. p. 23 at 31; *Re: Northwestern Utilities Ltd. v. Northwestern Utilities Ltd.* (1961) 25 D.L.R. (2d) 262 as affirmed (1961) S.C.R. 392 and particularly Locke J. at p. 402; *Edmonton v. Northern Alberta Natural Gas Development Co.* (1920) 50 D.L.R. 506 which proceeded to the Supreme Court of Canada and is reported as *Northern Alberta Natural Gas Development Co. v. A.G. Alta.*, 61 S.C.R. at p. 213; *Gloucester v. Ottawa* [1941] 1 D.L.R. 483 and as reported in the Supreme Court of Canada under the name *Ottawa v. Eastview* [1941] S.C.R. 448 at p. 459, Rinfret J. at p. 465.

As to the effect of the various clauses in the several contracts which state in various ways that the prices set out in the contracts are subject to regulation:

Oil and Gas Law, Vol. 4 p. 802 "The significance of these clauses etc.", edited by H.R. Williams and C.J. Meyers; *United States District Court—Brooklyn* decision, *Public Utilities Reports* (1927) A. 200.

The regulation of rates is within the police power of the State and such a power cannot be limited or impaired by contract.

Alabama Supreme Court—Salter v. Georgia—Alabama Utilities decision, *Public Utilities Reports* (1932) E. 333.

Rates prescribed by contract prior to the enactment of the Public Utility Act are nevertheless subject to the reasonable exercise of the police power of the State.

Florida Supreme Court—Southern Division, *Public Utilities Reports* (1924) C. 428.

Contracts must be understood as made in reference to the possible exercise of the rightful authority of

l'exposé de Lord Buckley à la p. 11; *G. T. Rly. et Compagnie de chemins de fer Pacifique-Canadien c. Toronto* [1910] 42 R.C.S. 613 et en particulier l'exposé du juge Davies, à la p. 627; *Tramways de Montréal c. Montreal Terminal Railway* (1905) 36 R.C.S. 369; *Ottawa Elec. Rly. c. Ottawa* (1906) 37 R.C.S. 354 et en particulier l'exposé du juge Davies à la p. 359; *B.C. Elec. Rly. c. Public Utilities Com'n of B.C.* [1960] R.C.S. 837; *Munn c. Illinois* (1877) 94 U.S. 113; *Railroad Com'n c. Permian Basin Pipeline* 302 S.W. (2^e) 238-54, aussi cité dans l'édition de H. R. Williams de *Oil and Gas* au vol. 4, 1962, p. 802; *Re: Northwestern Utilities Ltd. c. Northwestern Utilities Ltd.* (1960) 25 D.L.R. (2^e) 262, confirmé par la Cour suprême du Canada [1961] R.C.S. 392; *B.C. Elec. Rly. c. Public Utilities Com'n of B.C.* [1960] R.C.S. 837, et en particulier les exposés des juges Martland à la p. 853 et Locke à la p. 843; *Bluefield Water Works Co. c. West Virginia Public Service Com'n* (1923) 262 U.S. 679 à la p. 690; *Bd. of Public Utility Com'rs c. New York Tele. Co.* (1925) 271 U.S., p. 23 à 31; *Re: l'affaire Northwestern Utilities Ltd. c. Northwestern Utilities Ltd.* (1961) 25 D.L.R. (2^e) 262, confirmé (1961) R.C.S. 392, et en particulier l'exposé du juge Locke à la p. 402; *Edmonton c. Northern Alberta Natural Gas Development Co.* (1920) 50 D.L.R. 506, qui fut porté devant la Cour suprême du Canada et est rapporté sous le nom de *Northern Alberta Natural Gas Development Co. c. Procureur général de l'Alta*, 61 R.C.S. à la p. 213; *Gloucester c. Ottawa* [1941] 1 D.L.R. 483, rapporté à la Cour suprême du Canada sous le nom de *Ottawa c. Eastview* [1941] R.C.S. 448, à la p. 459, le juge Rinfret à la p. 465.

En ce qui concerne l'effet des dispositions diverses contenues dans les différents contrats qui déclarent que les différentes méthodes de fixation des prix dans ces contrats sont soumises à réglementation:

Oil and Gas Law, vol. 4 p. 802 [TRADUCTION] «La signification de ces clauses etc.» publié par MM. H. R. Williams et C. J. Meyers; *United States District Court—décision de Brooklyn*, *Public Utilities Reports* (1927) A. 200.

Les règlements concernant les taux font partie des pouvoirs réglementaires de l'État et de tels pouvoirs ne peuvent être ni limités ni altérés par un contrat.

Alabama Supreme Court—Salter c. Georgia—décision concernant les entreprises d'intérêt public de l'Alabama, *Public Utilities Reports* (1932) E. 333.

Les taux fixés par un contrat antérieur à la mise en vigueur du Public Utility Act n'en sont pas moins soumis à l'exercice raisonnable des pouvoirs réglementaires de l'État.

Florida Supreme Court—Division sud, *Public Utilities Reports* (1924) C. 428.

Il faut sous-entendre que les contrats ont été conclus en se référant à l'exercice éventuel de l'autorité légi-

the government, and no obligation of the contract can extend to defeat the legitimate governmental authority.

Indiana Supreme Court—Washington v. Public Service Commission, Public Utilities Reports (1921) C. 459.

The mere fact that the legislature has not made regulations which prevent a rate contract from being valid at the time it is made will not enable the parties, by their private contract, to curtail or limit the future exercise of such power of the legislature, the contract will be deemed to have been made subject to whatever future regulations might be imposed by law.

Indiana Supreme Court—Public Service Commission v. Girton, Public Utilities Reports (1921) B. 16.

Parties entering into contracts, prior to the exercise of the regulatory power of the State, are charged with knowledge of the fact that at some future time the State may, if it sees fit to exercise the right, affect the contract by its regulation.

Michigan Supreme Court—Highland Telephone Company, Public Utilities Reports, (1921) C. 162.

No two or more individuals, associations, or corporation, or any combination of them can make a valid contract fixing rates and thus oust the state of its jurisdiction to control rates.

United States District Court—Market Street Railway Co. v. Pacific G and E, Public Utilities Reports, (1926) A. 509.

The State has power to annul and supersede rates previously established by contracts between utilities and their customers.

Keremos Land Co. v. MacTavish [1925] 1 D.L.R. 897 and particularly Morrison J. at p. 900; *Maritime Electric Co. v. General Dairies Ltd.* [1937] A.C. 610 and particularly Lord Maugham at p. 620.

As to the right of a Canadian court to look at American decisions, specific reference was made to:

The King v. Rideout [1949] 4 D.L.R. 612 and particularly at p. 618; *B.C. Elec. Rly. v. Public Utilities Com'n of B.C.* [1960] S.C.R. 837 particularly the judgment of Locke J. at p. 844.

So much for the submission of counsel for the parties.

In reaching the conclusion that I do in this matter, I have accepted the following premises: (1) that the making of the several contracts between the plaintiffs and the defendant Trans-

time du gouvernement, et qu'aucune obligation née du contrat ne peut aller jusqu'à détruire l'autorité légitime gouvernementale.

Indiana Supreme Court—Washington c. Public Service Commission, Public Utilities Reports (1921) C. 459.

Le simple fait que la législature n'a pas édicté de règlements qui empêchent le taux fixé par un contrat d'être valable au moment où il est conclu, ne permet pas aux parties, par contrat entre particuliers, de limiter ou de diminuer l'exercice futur de ce pouvoir de la législature; le contrat est réputé rester soumis aux règlements quels qu'ils soient qui seront imposés par la Loi dans l'avenir.

Indiana Supreme Court—Public Service Commission c. Girton, Public Utilities Reports (1921) B. 16.

Lors de la conclusion des contrats, antérieurs à l'exercice des pouvoirs réglementaires de l'État, les parties sont censées être au courant du fait que dans l'avenir, l'État peut, s'il juge à propos d'exercer ce droit, toucher le contrat par ses règlements.

Michigan Supreme Court—Highland Telephone Company, Public Utilities Reports, (1921) C. 162.

En aucun cas, deux ou plusieurs particuliers, associations ou corporations, ou toute combinaison de ceux-ci ne peuvent conclure un contrat valable fixant des taux et ainsi déposséder l'État de son droit de contrôle des taux.

United States District Court—Market Street Railway Co. c. Pacific G and E, Public Utilities Reports (1926) A. 509.

L'État a le pouvoir d'annuler ou de remplacer les taux fixés auparavant par des contrats entre les entreprises publiques et leurs clients.

Keremos Land Co. c. MacTavish [1925] 1 D.L.R. 897 et en particulier l'exposé du juge Morrison à la p. 900; *Maritime Electric Co. c. General Dairies Ltd.* [1937] A.C. 610 et en particulier l'exposé de Lord Maugham à la p. 620.

En ce qui concerne le droit qu'a un tribunal canadien de prendre en considération des décisions américaines, il est fait un renvoi précis aux arrêts suivants:

Le Roi c. Rideout [1949] 4 D.L.R. 612 et en particulier la p. 618; *B.C. Elec. Rly. c. Public Utilities Com'n of B.C.* [1960] R.C.S. 837, en particulier le jugement du juge Locke à la p. 844.

Voilà ce qui a été soumis par les avocats des parties.

Pour parvenir à la conclusion à laquelle je suis arrivé dans cette affaire, j'ai accepté les principes suivants: (1) la conclusion des différents contrats entre les demandereses et la

Canada Pipe Lines Ltd. which were filed in evidence, is a matter which, generally speaking, comes within the classes of subjects assigned to the legislatures of the provinces under s. 92(13) and (16) of the *B.N.A. Act*; (2) that the majority of the said several contracts were entered into prior to the coming into force of Part IV of the *National Energy Board Act*, i.e., October 30, 1969; and (3) that title to the gas referred to in the said several contracts passes from Trans-Canada Pipe Lines Ltd. to the plaintiffs at delivery points which are all within the Province of Ontario.

The full title of the Act under consideration in this case is *An Act to provide for the establishment of a National Energy Board*. On a reading of the whole of the Act and especially the provisions which have been quoted at the beginning of these reasons, it is probable that the matter in relation to which this Act was enacted was to regulate pipe line charges for the transmission and associated services of gas and all hydrocarbons.

It is a new type of legislation made necessary because of economic change in Canada which came about after the finding of enormous quantities of gas in the Provinces of Alberta and Saskatchewan, the existence of which had not been heretofore known.

The subject-matter of this legislation in the sense which I have stated does not come within any classes of subject which by s. 92 of the *B.N.A. Act* were assigned exclusively to the legislatures of the Provinces.

Instead, the subject-matter of the *National Energy Board Act* is a subject-matter within both the federal commerce power (see s. 91(2) of the *B.N.A. Act*) and also within the federal power to legislate in relation to inter-provincial works or undertakings (see s. 91(29) and s. 92(10)(a) of the *B.N.A. Act*).

In relation to it being a matter within the federal commerce power, the *National Energy Board Act* gives to the National Energy Board, among other things, the power to regulate the charges to be levied by a pipe line common

défenderesse Trans-Canada Pipe Lines Ltd. qui ont été apportés en preuve, est un sujet qui, en général, entre dans les catégories de sujets attribués aux législatures des provinces en vertu de l'art. 92(13) et (16) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*; (2) la majorité desdits contrats ont été conclus avant l'entrée en vigueur de la Partie IV de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, soit avant le 30 octobre 1969; et (3) le droit au gaz, mentionné dans ces divers contrats, passe de la Trans-Canada Pipe Lines Ltd. aux demanderesse, à des points de livraison qui sont tous à l'intérieur de la province de l'Ontario.

Le titre complet de la Loi que nous étudions dans cette affaire est *Loi pourvoyant à l'établissement d'un Office national de l'énergie*. A la lecture de l'ensemble de la Loi et en particulier des dispositions citées au début des présents motifs, il est probable que la raison pour laquelle cette Loi a été passée, était de régler les tarifs des pipe-lines destinés à la transmission du gaz et tous les services annexes concernant le gaz et tous les hydrocarbures.

C'est un nouveau genre de législation rendu nécessaire par les changements économiques qui se produisirent au Canada après la découverte d'énormes quantités de gaz dont l'existence était jusqu'alors inconnue, dans la province de l'Alberta et de la Saskatchewan.

L'objet de cette législation, au sens où je l'ai exposée, n'entre dans aucune des catégories de sujets qui étaient attribuées exclusivement aux législatures des provinces par l'art. 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

Au contraire, l'objet de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* entre à la fois dans les pouvoirs fédéraux en matière de commerce (voir art. 91(2) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*) et aussi dans les pouvoirs fédéraux en matière de législation sur les ouvrages et entreprises inter-provinciaux (voir art. 91(29) et art. 92(10)(a) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*).

Étant donné qu'elle entre dans les pouvoirs fédéraux en matière de commerce, la *Loi sur l'Office national de l'énergie* donne entre autres à l'Office national de l'énergie le pouvoir de réglementer les prix que peut percevoir le trans-

carrier for the transmission of gas connecting a province with any other or others of the provinces or existing beyond the limits of a province. In addition, in the situation where such a pipe line common carrier as part of its business and inextricably connected with it also sells gas, power is also thereby given to the Board, in regulating such transmission charges, and in so far as the selling price of gas is a necessary part of such transmission charges, to regulate the price at which gas may be sold in Ontario. In other words, in so far as the incidental setting of the price at which gas may be sold in Ontario is part of its whole regulatory scheme of setting transmission charges, the Board in relation thereto is validly exercising the power conferred upon it by s. 50 of the Act to "make orders with respect to all matters relating to traffic, tolls or tariffs".

As to this subject-matter being within the federal power to legislate in relation to an inter-provincial work or undertaking, the evidence established that the defendant Trans-Canada Pipe Lines Ltd., in so far as the subject-matter of this action is concerned, in carrying on its business as a pipe line common carrier which also owns and sells the gas it carries in its pipe line, carries on one single undertaking and not two separate and distinct businesses to wit, selling gas generally to the public and selling its services as a pipe line common carrier. In carrying on such single undertaking, Trans-Canada Pipe Lines Ltd. conducts its business solely with members of the public who buy at the same time both its services as a pipe line common carrier and its gas.

The National Energy Board in exercising its regulatory powers, under the *National Energy Board Act*, over the charges to be levied by a pipe line common carrier such as Trans-Canada Pipe Lines Ltd. will undoubtedly affect the property and civil rights of the plaintiffs in the said several contracts which have been filed at this trial and which had been filed with the National Energy Board. But, notwithstanding, having determined that the matter in relation to which the *National Energy Board Act* was

porteur public par pipe-line pour la transmission de gaz qui relie une province avec une ou plusieurs autres provinces ou qui se prolonge au-delà des limites d'une province. En outre, dans le cas où le transporteur public par pipe-line, à titre de partie intégrante de son activité inextricablement liée à celle-ci, vend aussi du gaz, l'Office est également habilité à régler les prix de transmission, et dans la mesure où le prix de vente du gaz est une partie inséparable de ces prix de transmission, à régler le prix auquel le gaz peut être vendu en Ontario. En d'autres termes, dans la mesure où la fixation accessoire du prix auquel le gaz peut être vendu en Ontario fait partie de l'ensemble de son système de réglementation de la fixation des prix de transmission, l'Office peut exercer valablement à ce sujet le pouvoir que lui confère l'art. 50 de la Loi de «rendre des ordonnances sur tous les sujets relatifs au mouvement, aux droits ou aux tarifs».

En ce qui concerne le fait que ce sujet entre dans le pouvoir fédéral de légiférer sur les ouvrages ou les entreprises inter-provinciales, la preuve a établi que la défenderesse, la Trans-Canada Pipe Lines Ltd., dans la mesure où ceci touche l'objet de cette action, ne poursuit en exerçant son activité en qualité de transporteur public par pipe-line qui, en même temps, possède et vend le gaz qu'elle transporte dans son pipe-line, qu'une seule entreprise et non pas deux entreprises séparées et distinctes, à savoir la vente du gaz en général au public et la vente de ses services en tant que transporteur public par pipe-line. En n'ayant qu'une seule entreprise, la Trans-Canada Pipe Lines Ltd. n'effectue ses affaires qu'avec des membres du public qui à la fois achètent ses services en qualité de transporteur public par pipe-line et son gaz.

L'Office national de l'énergie, en exerçant ses pouvoirs réglementaires en vertu de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* sur les prix qu'un transporteur public par pipe-line tel que la Trans-Canada Pipe Lines Ltd. peut percevoir, touchera sans aucun doute la propriété et les droits civils qu'ont les demanderessees dans les différents contrats qui ont été versés dans le présent procès et qui ont été déposés à l'Office national de l'énergie. Néanmoins, comme nous avons établi que le sujet à l'égard duquel la *Loi*

passed is one which falls within the said powers of Parliament, the fact that implementing the powers given in such Act to the National Energy Board will affect such property and civil rights is no objection to the validity of the Act.²

In addition, in respect to the submissions about retrospectivity of the statute in relation to such of the said several contracts which were entered into prior to the coming into force of Part IV of the *National Energy Board Act*, I am of the view that the retrospective rule of statutory interpretation is not relevant.

Instead what is relevant is the separate and distinct vested rights rule.³

The question here is whether the incidental power to set the selling price of gas given by s. 50 in Part IV of the *National Energy Board Act* to the National Energy Board relates to all contracts for the sale of gas or only some, namely, those executed after the coming into force of Part IV of the Act, that is, October 30, 1969. It is clear it relates to the former only. In other words, the question is as to the ambit and scope of s. 50, and not as to the date as from which Part IV of the Act is to be taken to have been the law.

As a result, if the National Energy Board, in exercising its powers under s. 50 of the Act, should as a result establish a higher selling price for gas than that originally stipulated between the parties in the said several contracts filed, it is not affecting the said contracts retrospectively but instead only prospectively.

In the result, therefore, in respect to the application made by the defendant Trans-Canada Pipe Lines Ltd. on August 14, 1969, to the National Energy Board for orders to fix "the just and reasonable rates or tolls" which it could charge with respect to gas sold by it in Canada and to "disallow any existing tariff or tolls or portion thereof which were inconsistent with the just and reasonable rates or tolls so fixed", I am of the view, that the Board has power to do so under Part IV of the *National*

sur l'Office national de l'énergie a été passée est un sujet qui est du ressort desdits pouvoirs du Parlement, le fait que la mise en œuvre des pouvoirs accordés dans cette Loi à l'Office national de l'énergie touchera la propriété et les droits civils ne soulève aucune objection sur la validité de la Loi.²

En outre, à l'égard des allégations sur la rétroactivité de la loi en ce qui concerne ceux des différents contrats qui ont été conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la Partie IV de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, je considère que la règle de la rétroactivité de l'interprétation légale n'est pas applicable.

Au contraire ce qui est applicable, c'est la règle séparée et distincte des droits acquis.³

La question est ici de déterminer si le pouvoir accessoire de fixer les prix de vente du gaz, accordé par l'art. 50 de la Partie IV de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* à l'Office national de l'énergie, se rapporte à tous les contrats de vente de gaz ou seulement à certains, à savoir ceux qui ont été exécutés après l'entrée en vigueur de la Partie IV de la Loi, soit après le 30 octobre 1969. Il est évident qu'il se rapporte aux premiers seulement. En d'autres termes, la question est de déterminer l'étendue et la portée de l'art. 50, et non pas la date à partir de laquelle la Partie IV de la Loi doit être considérée comme faisant loi.

En conséquence, si l'Office national de l'énergie, en exerçant ses pouvoirs en vertu de l'art. 50 de la Loi, doit aboutir à fixer un prix de vente du gaz plus élevé que celui qui avait été stipulé à l'origine entre les parties dans les différents contrats versés au dossier de l'affaire, ceci ne touche en rien lesdits contrats dans le passé mais simplement pour l'avenir.

Il en résulte par conséquent, pour ce qui est des requêtes déposées par la défenderesse Trans-Canada Pipe Lines Ltd. le 14 août 1969 à l'Office national de l'énergie en vue d'obtenir des ordonnances pour fixer «des droits ou des tarifs justes et raisonnables» qu'elle pourrait appliquer pour le gaz qu'elle vend au Canada et pour «rejeter tout tarif ou une partie d'un tarif qui sont incompatibles avec des droits ou des tarifs justes et raisonnables ainsi fixés», qu'à mon avis, l'Office est habilité à le faire en vertu

Energy Board Act and that in so far as the Board, if it should make such orders, may by such orders affect the selling price of gas presently obtaining between the plaintiffs and the defendant Trans-Canada Pipe Lines Ltd. pursuant to the said several contracts filed at this trial and with the Board, it will not be acting beyond its jurisdiction and that the said jurisdiction in the *National Energy Board Act* it will invoke in so doing will be jurisdiction conferred on it *intra vires* the Government of Canada.

The actions are therefore dismissed with costs.

¹ The contracts numbering 29 in all between Trans-Canada Pipe Lines Limited and the various plaintiffs, were executed at different dates between January 18, 1955 and October 15, 1970. Copies of the contracts were filed with the Board at various dates between November 13, 1959 and January 7, 1971.—Ed.

² See *A.G. Sask. v. A.G. Can.* [1949] A.C. 110 at 123 Rand J. "It is the true nature and character of the legislation, not its ultimate economic results—that matters"; see also *Gold Seal Ltd. v. Dom. Express Co. v. A.G. Alta.* (1921) 62 S.C.R. 424 at 460.

³ While it is recognized that it is a rule of interpretation that a statute ought if possible, to be interpreted so as to respect vested rights, that rule is distinct from the rule that no statute should be construed to have a retrospective effect. While a retrospective statute can destroy vested rights, it does not follow that a statute is retrospective merely because it does destroy vested rights. Vested rights may be destroyed even though Parliament has not expressly declared its intention to do so but has left such intention to be manifested by inference. (cf. *West v. Gwynne* [1911] 2 Ch. 1 at 15; and *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Bd.* [1933] S.C.R. 629 at 638.

de la Partie IV de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* et que dans la mesure où l'Office, s'il rend de telles ordonnances, peut par ces ordonnances influencer le prix de vente du gaz actuellement en vigueur entre les demanderesse et la défenderesse Trans-Canada Pipe Lines Ltd. conformément aux différents contrats versés au présent procès et déposés à l'Office, n'agira pas au-delà de sa compétence et que ladite compétence reconnue dans la *Loi sur l'Office national de l'énergie* qu'il invoquera en ce faisant, sera une compétence que lui a accordée *intra vires* le gouvernement du Canada.

Par conséquent, les actions sont rejetées avec dépens.

¹ Les 29 contrats conclus entre la Trans-Canada Pipe Lines Limited et les différentes demanderesse ont été signés à des dates différentes entre le 18 janvier 1955 et le 15 octobre 1970. Des copies de ces contrats ont été déposées à l'Office en diverses occasions entre le 13 novembre 1959 et le 7 janvier 1971—Éd.

² Voir l'affaire *Procureur général de la Sask. c. Procureur général du Can.* [1949] A.C. 110 à 123, le juge Rand: [TRADUCTION] «C'est la nature et le caractère même de la législation qui importent, et non pas ses résultats économiques finals», voir aussi *Gold Seal Ltd. c. Dom. Express Co. c. Procureur général de l'Alta* (1921) 62 R.C.S. 424 à 460.

³ Alors qu'il est reconnu, comme règle d'interprétation, qu'une loi devrait si possible être interprétée de manière à respecter les droits acquis, cette règle est distincte de la règle selon laquelle aucune loi ne devrait être interprétée de manière à avoir un effet rétroactif. Alors qu'une loi rétroactive peut détruire des droits acquis, il ne s'ensuit pas qu'une loi est rétroactive simplement parce qu'elle détruit en fait des droits acquis. Les droits acquis peuvent être détruits même si le Parlement n'a pas expressément déclaré son intention de le faire mais l'a laissée entendre par déduction. (cf. *West c. Gwynne* [1911] 2 Ch. Div. 1 à 15; et *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Bd.* [1933] R.C.S. 629 à 638).

In re Copyright Appeal Board and Canadian Association of Broadcasters

Court of Appeal, Jackett C.J., Noël A.C.J. and Perrier D.J.—Ottawa, June 23, July 8, 1971.

Court of Appeal—Copyright—Jurisdiction to review decision of federal tribunal—Whether retroactive—Copyright Appeal Board—Approval of statement of royalties—When does it become decision of Board—Requirement for publication in Canada Gazette—Copyright Act, R.S.C. 1952, c. 55, s. 50 Federal Court Act, secs. 28, 61.

A statement of royalties approved by the Copyright Appeal Board on May 17, 1971, pursuant to s. 50 of the *Copyright Act* was duly published in the *Canada Gazette* on June 1, 1971.

Held (Noël A.C.J. dissenting), the Court of Appeal is without jurisdiction under s. 28 of the *Federal Court Act* to review the Board's decision.

Per Jackett C.J. and Perrier D.J.: Under s. 61(1) of the *Federal Court Act* the Court's review jurisdiction is exercisable only with respect to decisions made after the Act came into force, *viz* on June 1, 1971. The Board's decision was made prior to publication of the approved statement in the *Canada Gazette*.

Per Noël A.C.J., dissenting: The Board's decision was not made until it was published in the *Canada Gazette*. Furthermore, under s. 61(2) of the *Federal Court Act* the Court's review jurisdiction is, as a general rule, exercisable with respect to decisions made prior to June 1, 1971, and s. 61(1) does not remove that jurisdiction where, as here, the decision was not subject to appeal before the Act came into force.

National Indian Brotherhood v. Juneau [No. 2] *supra*, p. 73.

APPLICATION.

John D. Richard for Canadian Association of Broadcasters, applicant.

Yves Fortin and *Paul Amos* for Sound Recording Licences (SRL) Ltd.

G. W. Ainslie, Q.C., and *J. E. Smith* for CBC.

JACKETT C.J.—This is an application for an order extending the time within which the applicant may file a notice of an application to review and set aside a decision of the Copyright Appeal Board.

In re La Commission d'appel du droit d'auteur et l'Association canadienne des radiodiffuseurs

Cour d'appel, le juge en chef Jackett, le juge en chef adjoint Noël et le juge suppléant Perrier—Ottawa, les 23 juin et 8 juillet 1971.

Cour d'appel—Droit d'auteur—Compétence pour examiner une décision d'un tribunal fédéral—Est-elle rétroactive?—Commission d'appel du droit d'auteur—Homologation d'état de redevances—Quand devient-elle une décision de la Commission—Nécessité de publier dans la Gazette du Canada—Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1952, c. 55, art. 50—Loi sur la Cour fédérale, art. 28 et 61.

Un état de redevances homologué par la Commission d'appel du droit d'auteur le 17 mai 1971 conformément à l'art. 50 de la *Loi sur le droit d'auteur* a été dûment publié dans la *Gazette du Canada* le 1^{er} juin 1971.

Arrêt: (le juge en chef adjoint Noël étant dissident) La Cour d'appel n'a pas compétence, en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, pour examiner la décision de la Commission.

Le juge en chef Jackett et le juge suppléant Perrier: En vertu de l'art. 61(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, la compétence d'examen conférée à la Cour ne peut s'exercer qu'en matière de décisions rendues après l'entrée en vigueur de la Loi, savoir le 1^{er} juin 1971. La décision de la Commission a été rendue avant la publication de l'état homologué dans la *Gazette du Canada*.

Le juge en chef adjoint Noël, dissident: La décision de la Commission ne devenait valide qu'au moment de sa publication dans la *Gazette du Canada*. En outre, en vertu de l'art. 61(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, la compétence d'examen de la Cour peut, en règle générale, s'exercer en matière de décisions rendues avant le 1^{er} juin 1971 et l'art. 61(1) ne lui retire pas cette compétence lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, on ne pouvait faire appel de la décision avant l'entrée en vigueur de la Loi.

Jurisprudence suivie: *National Indian Brotherhood v. Juneau* [N° 2] *précité*, p. 73.

DEMANDE.

John D. Richard pour l'Association canadienne des radiodiffuseurs, requérante.

Yves Fortin et *Paul Amos* pour le Sound Recording Licences (SRL) Ltd.

G. W. Ainslie, c.r., et *J. E. Smith* pour la Société Radio-Canada.

LE JUGE EN CHEF JACKETT—Il s'agit d'une demande présentée par le requérant dans le but d'obtenir un délai supplémentaire lui permettant de déposer un avis de demande d'examen et d'annulation d'une décision de la Commission d'appel du droit d'auteur.

The application is under s. 28 of the *Federal Court Act*, the relevant portion of which reads as follows:

28. (1) Notwithstanding section 18 or the provisions of any other Act, the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal, upon the ground that the board, commission or tribunal

(a) failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;

(b) erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record; or

(c) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

(2) Any such application may be made by the Attorney General of Canada or any party directly affected by the decision or order by filing a notice of the application in the Court within ten days of the time the decision or order was first communicated to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to that party by the board, commission or other tribunal, or within such further time as the Court of Appeal or a judge thereof may, either before or after the expiry of those ten days, fix or allow.

The application originally came on before me, sitting alone. As it appeared that there was a grave doubt as to the jurisdiction of this Court to entertain the proposed application to review in respect of which the extension of time is sought, I adjourned the application to be brought on before a court consisting of at least three judges.

The matter has now been argued at length before the Associate Chief Justice, Perrier D.J. and myself.

First, I should say that, assuming that this Court has jurisdiction to entertain the proposed application to review a decision of the Copyright Appeal Board, I am of the view that we should grant an extension of ten days from the date of the order disposing of this application. If, however, this Court decides that it does not have such jurisdiction, I am of the view that this application should be dismissed.¹

La demande se fonde sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, dont la partie suivante nous intéresse plus particulièrement:

28. (1) Nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi-judiciaire, rendue par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral, au motif que l'office, la commission ou le tribunal

a) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;

b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier; ou

c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

(2) Une demande de ce genre peut être faite par le procureur général du Canada ou toute partie directement affectée par la décision ou l'ordonnance, par dépôt à la Cour d'un avis de la demande dans les dix jours qui suivent la première communication de cette décision ou ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à cette partie par l'office, la commission ou autre tribunal, ou dans le délai supplémentaire que la Cour d'appel ou un de ces juges peut, soit avant soit après l'expiration du délai de ces dix jours, fixer ou accorder.

Je siégeais seul au moment où la requête me fut présentée. Comme il m'a semblé qu'on mettait sérieusement en doute la compétence de cette Cour d'accueillir la demande d'examen pour laquelle était demandé un délai supplémentaire, j'ai retardé l'audition de la requête préférant qu'elle soit entendue par au moins trois juges de cette Cour.

L'affaire a maintenant été plaidée dans les détails devant le juge en chef adjoint, le juge suppléant Perrier et moi-même.

Tout d'abord, il faut dire que si cette Cour a compétence pour accueillir la demande d'examen de la décision de la Commission d'appel du droit d'auteur, j'estime que nous devrions accorder un délai supplémentaire de dix jours, commençant à courir à la date de l'ordonnance statuant sur cette demande. Par contre, si cette Cour juge que cette compétence lui échappe, j'estime qu'il faudra rejeter cette demande.¹

The decision of the Copyright Appeal Board in question is to be found at page 16 of EXTRA No. 8, Vol. 105 of Part 1 of the *Canada Gazette*, and reads as follows:

The Copyright Appeal Board hereby approves the attached statements of the fees, charges or royalties which may be collected by *Sound Recording Licences (SRL) Ltd.* in respect of the issue or grant by it of licences for the performance in Canada of its dramatico-musical or musical works during the calendar year 1971.

A. L. THURLOW
Chairman
JEAN MIQUELON
Member
PAUL OLLIVIER
Member

Ottawa, May 13, 1971

The *Federal Court Act* deals with the application of the jurisdictional provisions of that Act by s. 61, which reads as follows:

61. (1) Where this Act creates a right of appeal to the Court of Appeal or a right to apply to the Court of Appeal under section 28 to have a decision or order reviewed and set aside, such right applies, to the exclusion of any other right of appeal, in respect of a judgment, decision or order given or made after this Act comes into force, unless, in the case of a right of appeal, there was at that time a right of appeal to the Exchequer Court of Canada.

(2) Subject to subsection (1), any jurisdiction created by this Act shall be exercised in respect of matters arising as well before as after the coming into force of this Act.

I had a similar jurisdictional problem, a few days prior to the argument of this motion, when an application for directions was made before me in respect of a section 28 application that had been filed in respect of a "decision" that had been rendered before the *Federal Court Act* came into force on June 1, 1971.² In that case, I adjourned the application for directions until such time as it should be determined that the Court had jurisdiction in the matter, but I expressed my tentative opinion on the question of jurisdiction as follows:

La décision de la Commission d'appel du droit d'auteur qui nous occupe est publiée à la page 16 de l'Édition spéciale n° 8, Vol. 105 de la *Gazette du Canada*, Partie 1 dont voici le texte:

La Commission d'appel du droit d'auteur approuve par les présentes les états ci-annexés des honoraires, redevances ou tantièmes que la *Sound Recording Licences (SRL) Ltd.* pourra percevoir à l'égard des licences qu'elle aura accordées ou délivrées pour l'exécution au Canada de ses œuvres musicales ou dramatico-musicales pendant l'année civile 1971.

Le président,
A. L. THURLOW
Membre,
JEAN MIQUELON
Membre,
PAUL OLLIVIER

Ottawa, le 13 mai 1971

L'article 61 de la *Loi sur la Cour fédérale* dispose ainsi de la compétence que confère la Loi:

61. (1) Lorsque la présente loi crée un droit d'appel devant la Cour d'appel ou le droit de demander à la Cour d'appel, en vertu de l'article 28, d'examiner et rejeter une décision ou ordonnance, ce droit s'applique à l'exclusion de tout autre droit d'appel, à un jugement, une décision ou une ordonnance rendus ou établis après l'entrée en vigueur de la présente loi, à moins que, dans le cas d'un droit d'appel, il n'y ait eu à ce moment un droit d'appel devant la Cour de l'Échiquier du Canada.

(2) Sous réserve du paragraphe (1), toute compétence conférée par la présente loi doit être exercée relativement aux questions soulevées soit avant soit après l'entrée en vigueur de la présente loi.

J'ai dû résoudre un problème de compétence similaire quelques jours avant que l'on plaide la présente requête, lorsqu'on m'a demandé des directives au sujet d'une demande présentée en vertu de l'art. 28 et déposée à propos d'une «décision» rendue avant le 1^{er} juin 1971.² c'est-à-dire avant que la *Loi sur la Cour fédérale* entre en vigueur. J'avais alors refusé de répondre à cette demande tant qu'on n'aurait pas déterminé si la Cour avait compétence en la matière, j'avais toutefois donné, à titre purement indicatif, l'opinion suivante concernant cette question de compétence:

Apart from any other problem concerning the application of s. 28(1) in the circumstances of this matter, the application is, on the face of it, an application to set aside a "decision or order" that was made on May 28, 1971, whereas s. 61(1) of the *Federal Court Act* provides, among other things, that "Where this Act creates . . . a right to apply to the Court of Appeal under s. 28 to have a decision or order reviewed and set aside, such right applies, . . . in respect of a . . . decision or order given or made after this Act comes into force . . .", and the *Federal Court Act* was brought into force by proclamation on June 1, 1971. It follows, in my opinion, that there is no right under s. 28(1) to apply to have a "decision or order" made on May 28, 1971, reviewed and set aside and, therefore, that this Court has no jurisdiction in the present matter.

If the tentative view that I expressed at that time is correct, it would follow that the Court has no jurisdiction under s. 28(1) to entertain an application to have a decision of the Copyright Appeal Board given or made on May 13, 1971, reviewed and set aside.

The applicant in the present matter puts forward two alternative bases for its contention that the Court has jurisdiction in respect of its proposed application under s. 28(1) to have the Court review and set aside the decision of the Copyright Appeal Board that was signed by its members on May 13, 1971. In the first place, it submits that that document did not become a "decision or order" of the Copyright Appeal Board until it was published in the issue of the *Canada Gazette* that was dated June 1, 1971. Alternatively, it says that, even if it was a "decision or order" that was "given or made" before June 1, 1971, s. 61(1) does not have effect to deprive the Court of the jurisdiction that it would have, apart from s. 61(1), by virtue of s. 61(2).

The contention that the Copyright Appeal Board's decision was not "given or made" until June 1, 1971, is based upon s. 50 of the *Copyright Act*. The portions of that section upon which this submission is based read as follows:

(6) As soon as practicable after the Minister has referred to the Copyright Appeal Board the statements of proposed fees, charges or royalties as herein provided and the objections, if any, received in respect thereto, the Board shall proceed to consider the statements and the objections, if any, and may itself, notwithstanding that no objection has been lodged, take notice of any matter which in its opinion is one for objection; the Board shall, in respect of every objection, advise the society, association or company con-

Indépendamment de toute autre question relative à l'application de l'art. 28(1) aux circonstances de l'espèce, la requête est à première vue une requête en annulation d'une «décision ou ordonnance» rendue le 28 mai 1971, tandis que l'art. 61(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit entre autres que «lorsque la présente loi crée . . . le droit de demander à la Cour d'appel, en vertu de l'art. 28, d'examiner et rejeter une décision ou ordonnance, ce droit . . . s'applique à . . . une décision ou ordonnance rendue ou établie après l'entrée en vigueur de la présente loi . . .», et que la *Loi sur la Cour fédérale* est entrée en vigueur par proclamation le 1^{er} juin 1971. A mon avis, il en résulte que l'art. 28(1) n'accorde aucun droit de demander l'examen et l'annulation d'une «décision ou ordonnance» rendue le 28 mai 1971 et, partant, que cette Cour n'a pas compétence en l'espèce.

Si l'opinion, que j'ai donnée à l'époque à titre indicatif est correcte, il s'ensuit que la Cour n'a pas compétence en vertu de l'art. 28(1) pour accueillir une demande d'examen ou d'annulation d'une décision de la Commission d'appel du droit d'auteur rendue ou établie le 13 mai 1971.

Le requérant fait valoir que sa thèse, selon laquelle la Cour a compétence pour accueillir la demande d'examiner et d'annuler, en vertu de l'art. 28(1), la décision que les membres de la Commission d'appel du droit d'auteur ont signée le 13 mai 1971, a un double fondement. En premier lieu, soutient-il, le document en question n'a acquis le caractère «d'une décision ou ordonnance» de la Commission d'appel du droit d'auteur qu'au moment de sa publication dans le numéro du 1^{er} juin 1971 de la *Gazette du Canada*. En second lieu, poursuit-il, même s'il s'agissait «d'une décision ou ordonnance» «rendue ou établie» avant le 1^{er} juin 1971, la compétence qu'accorde à la Cour l'art. 61(2) ne lui est nullement retirée par l'art. 61(1).

L'argument selon lequel la Commission d'appel du droit d'auteur n'a pas «rendu ou établi» sa décision avant le 1^{er} juin 1971 s'appuie sur l'art. 50 de *Loi sur le droit d'auteur*, et plus particulièrement sur les paragraphes suivants de cet article:

(6) Aussitôt que la chose est praticable après que le Ministre a déféré à la Commission d'appel du droit d'auteur les états des honoraires, redevances ou tantièmes à percevoir, ainsi que les objections, s'il en est, qu'il a reçues contre ces états, la Commission procède à l'examen des états et des objections, s'il en est, et peut elle-même, sans qu'aucune objection n'ait été présentée, s'arrêter aux points qui, à son avis, donnent lieu à objections. A l'égard de chaque objection, la Commission doit aviser l'association,

cerned of the nature of the objection and shall afford it an opportunity of replying thereto.

* * *

(8) Upon the conclusion of its consideration, the Copyright Appeal Board shall make such alterations in the statements as it may think fit and shall transmit the statements thus altered or revised or unchanged to the Minister certified as the approved statements; the Minister shall thereupon as soon as practicable after the receipt of such statements so certified publish them in the *Canada Gazette* and furnish the society, association or company concerned with a copy of them.

(9) The statements of fees, charges or royalties so certified as approved by the Copyright Appeal Board shall be the fees, charges or royalties which the society, association or company concerned may respectively lawfully sue for or collect in respect of the issue or grant by it of licences for the performance of all or any of its works in Canada during the ensuing calendar year in respect of which the statements were filed as aforesaid.

(10) No such society, association or company shall have any right of action or any right to enforce any civil or summary remedy for infringement of the performing right in any dramatico-musical or musical work claimed by any such society, association or company against any person who has tendered or paid to such society, association or company the fees, charges or royalties that have been approved as aforesaid.

The applicant emphasizes that the Copyright Appeal Board, upon the conclusion of its consideration of a matter, is required, by subsec. (8), to "make . . . alterations" in the statements, to certify the statements and to "transmit" the statements to the Minister and that the Minister is required, by the same subsection, to "publish" the statements so "certified" in the *Canada Gazette* and to "furnish" a copy of them to the society, association or company concerned, and it argues that, until all those steps have been taken, the statements do not have the status given to the "statements . . . as approved by the Copyright Appeal Board" by subsec. (9) and subsec. (10) of s. 50.

The contention of the applicant in support of this submission is supported by the Canadian Broadcasting Corporation, who appeared by counsel to support the application. Counsel for that corporation summarized their position on this point as follows:

It is submitted that bearing in mind the statutory scheme of section 50 of the *Copyright Act*, and in particular subsection (8), it cannot be said that the Copyright Appeal Board had,

société ou compagnie intéressée de la nature de l'objection soulevée, et lui procurer l'occasion d'y répondre.

* * *

(8) Lorsqu'elle a terminé son examen, la Commission d'appel du droit d'auteur apporte aux états les altérations qui lui semblent judicieuses, puis elle transmet au Ministre les états ainsi altérés, révisés ou maintenus, lesquels sont certifiés comme étant des états homologués. Aussitôt que la chose est praticable après la réception de ces états ainsi homologués, le Ministre les fait publier dans la *Gazette du Canada* et en fournit une copie à l'association, société ou compagnie intéressée.

(9) Les états des honoraires, redevances ou tantièmes ainsi certifiés comme homologués par la Commission d'appel du droit d'auteur sont les honoraires, redevances ou tantièmes que l'association, société ou compagnie intéressée peut respectivement réclamer ou percevoir légalement en paiement des licences qu'elle a émises ou accordées pour l'exécution de toutes ses œuvres au Canada, ou de l'une quelconque d'entre elles, durant l'année civile suivante et à l'égard desquelles les états ont été déposés comme il est susdit.

(10) Aucune pareille association, société ou compagnie n'a le droit de poursuivre ou de demander l'application d'un recours civil ou sommaire contre la violation d'un droit d'exécution subsistant dans une œuvre dramatico-musicale ou musicale, réclamé par cette association, société ou compagnie contre quiconque a payé ou offert de lui payer les honoraires, redevances ou tantièmes homologués comme il est susdit.

Le requérant souligne que le par. (8) exige que la Commission d'appel du droit d'auteur, lorsqu'elle a terminé l'examen d'un cas, «apporte . . . les altérations» aux états, certifie les états et les «transmette» au Ministre qui est tenu, par le même paragraphe, de «faire publier» dans la *Gazette du Canada* les états ainsi «homologués» et d'en «fournir» copie à l'association, société ou compagnie intéressée. Les états, soutient-il, n'acquièrent le caractère «d'états . . . homologués par la Commission d'appel du droit d'auteur», au sens des par. (9) et (10) de l'art. 50, qu'au moment où on a satisfait à chacune de ces exigences.

La Société Radio-Canada, qu'un avocat a représentée pour appuyer la présente demande, soutient la thèse du requérant. Le représentant de la Société résume ainsi la position de cette dernière sur ce point:

[TRADUCTION] Nous alléguons qu'eu égard aux dispositions législatives de l'article 50 de la *Loi sur le droit d'auteur*, et en tenant compte d'une façon plus particulière du paragra-

as a matter of law, given or made its order or decision until after the 1st of June.

Regardless of the correctness of the contention that subsecs. (9) and (10) do not operate until the Minister has carried out his duties, under subsec. (8), of publishing and furnishing copies of the certified statements, upon which question I do not find it necessary to express any opinion, in my view, the Copyright Appeal Board had completed its task and had given or made its decision or order when it made its alterations, if any, in the statements and transmitted the certified statements to the Minister as the "approved statements". That was clearly done in this case before June 1, 1971. I am of opinion, therefore, that the Copyright Appeal Board had given or made the decision or order in question before June 1, 1971.

I turn now to the applicant's alternative basis for contending that this Court has jurisdiction in respect of its proposed motion under s. 28(1), which is that, even if the Copyright Appeal Board's decision or order was given or made before June 1, 1971, s. 61(1) does not have effect to deprive the Court of the jurisdiction that it would have, apart from s. 61(1), by virtue of s. 61(2).

I repeat the provisions of s. 61 here for convenience:

61. (1) Where this Act creates a right of appeal to the Court of Appeal or a right to apply to the Court of Appeal under section 28 to have a decision or order reviewed and set aside, such right applies, to the exclusion of any other right of appeal, in respect of a judgment, decision or order given or made after this Act comes into force, unless, in the case of a right of appeal, there was at that time a right of appeal to the Exchequer Court of Canada.

(2) Subject to subsection (1), any jurisdiction created by this Act shall be exercised in respect of matters arising as well before as after the coming into force of this Act.

It would make it easier for me to explain and consider the submissions made by the parties in support of their position on this branch of the case if I first analyze the section as I read it apart from those submissions.

First, I should say that, as I understand it, it is well established that a right of appeal is a

phé (8), il est impossible de soutenir que la Commission d'appel du droit d'auteur ait pu, en droit, rendre ou établir son ordonnance ou sa décision avant le 1^{er} juin.

Indépendamment de la justesse de l'argument selon lequel les par. (9) et (10) n'ont pas d'effet tant que le Ministre ne s'est pas conformé aux dispositions du par. (8), c'est-à-dire faire publier et distribuer copie des états homologués, question sur laquelle je ne vois pas la nécessité de me prononcer ici, il me semble que la Commission d'appel du droit d'auteur a exercé ses fonctions et a rendu ou établi sa décision ou ordonnance lorsqu'elle a modifié les états, si besoin en était, et les a transmis au Ministre comme «états homologués». Dans le cas qui nous occupe, il est clair que ceci a été fait avant le 1^{er} juin 1971. En conséquence, j'estime que la Commission a rendu ou établi sa décision ou ordonnance avant le 1^{er} juin 1971.

J'en viens maintenant à l'argument subsidiaire qu'invoque le requérant pour soutenir que la présente Cour a compétence pour accueillir la demande qu'il a formulée en vertu de l'art. 28(1). Sa thèse est la suivante: même si la Commission d'appel du droit d'auteur a rendu ou établi son ordonnance ou décision avant le 1^{er} juin 1971, la compétence qu'accorde à la Cour l'art. 61(2) ne lui est nullement retirée par l'art. 61(1).

Je crois utile de rappeler ici les dispositions de l'art. 61:

61. (1) Lorsque la présente loi crée un droit d'appel devant la Cour d'appel ou le droit de demander à la Cour d'appel, en vertu de l'article 28, d'examiner et rejeter une décision ou ordonnance, ce droit s'applique, à l'exclusion de tout autre droit d'appel, à un jugement, une décision ou une ordonnance rendus ou établis après l'entrée en vigueur de la présente loi, à moins que, dans le cas d'un droit d'appel il n'y ait eu à ce moment un droit d'appel devant la Cour de l'Échiquier du Canada.

(2) Sous réserve du paragraphe (1), toute compétence conférée par la présente loi doit être exercée relativement aux questions soulevées soit avant soit après l'entrée en vigueur de la présente loi.

Il me sera beaucoup plus facile d'examiner et d'expliquer les arguments que les parties avancent à l'appui de cette partie de leur thèse si j'analyse d'abord cet article en faisant abstraction de ces arguments.

Je dirais tout d'abord qu'il me semble clairement établi qu'un droit d'appel est un droit

substantive right and, therefore, having regard to the rule that statutes altering substantive rights do not in the absence of express words have retrospective effect, when a new right of appeal is created, or an old right of appeal is abolished, the change in the law applies only to judgments or decisions in proceedings launched after the change in the law, unless there is an express statutory provision to the contrary.³ The same principle would, I should have thought, be applicable to a law conferring a right of review such as that found in s. 28. In the light of that basic principle, s. 61(1) is, as I read it, a provision for giving a degree of retrospectivity to the rights of appeal and the section 28 rights of review created by the *Federal Court Act*.

Section 61(1), as it seems to me on a superficial reading, in the light of the fact that the Act was brought into force on June 1, 1971, says that, where the *Federal Court Act* creates

- (a) a "right" of appeal to the Court of Appeal, or
- (b) a "right" to apply to the Court of Appeal under s. 28 to have a decision or order reviewed and set aside,

such "right" applies in respect of a judgment, decision or order given or made on or after June 1, 1971, even though it was given or made in a proceeding launched prior to that date, and, to that extent gives retrospective effect to the right so created. To that plain, simple provision there are added two incidental clauses. First, by virtue of the concluding words of s. 61(1), the rule contained in that subsection does not apply in the case of a right of appeal where there was previously a right of appeal to the Exchequer Court of Canada. (For obvious reasons any such right of appeal should apply in respect of judgments, orders or decisions made before June 1, 1971, and should, therefore, fall under s. 61(2).) Secondly, a "right" of appeal to the Court of Appeal in respect of a judgment, order or decision made on or after June 1, 1971, applies "to the exclusion of any other right of appeal", which means, as it seems to me, that where the Act creates a "right of appeal" to the Court of Appeal in respect of a particular judgment, decision or order, that right applies to the exclusion of any right that would otherwise

positif. Le principe étant que toute loi portant atteinte à un droit positif n'a aucun effet rétroactif, sauf disposition législative expresse au contraire.³ Le même principe devrait s'appliquer, me semble-t-il, à une loi qui confère un droit d'examen comme celui de l'art. 28. A la lumière de ce principe fondamental, l'art. 61(1), tel qu'il m'apparaît, constitue une mesure pour rendre rétroactifs, jusqu'à un certain point, les droits d'appel aussi bien que les droits d'examen de l'art. 28 que crée la *Loi sur la Cour fédérale*.

Après une lecture rapide de l'art. 61(1), et sans oublier que la loi est entrée en vigueur le 1^{er} juin 1971, il me semble que lorsque la *Loi sur la Cour fédérale* crée

- a) un «droit» d'appel devant la Cour d'appel, ou
- b) un «droit» de demander à la Cour d'appel, en vertu de l'art. 28, d'examiner et rejeter une décision ou ordonnance,

ce «droit» s'applique à un jugement, une décision ou une ordonnance rendus ou établis le 1^{er} juin 1971, ou après cette date, même s'ils sont rendus ou établis au cours de poursuites intentées avant cette date; c'est dans cette mesure que l'article donne effet rétroactif au droit ainsi créé. Deux clauses accessoires s'ajoutent à cette disposition simple et claire. Premièrement, en vertu des derniers mots de l'art. 61(1), le principe qu'énonce ce paragraphe ne s'applique pas à un droit d'appel qui existait déjà sous forme de droit d'appel devant la Cour de l'Échiquier du Canada. (Pour des raisons évidentes ce droit d'appel devrait s'appliquer à des jugements, ordonnances ou décisions rendus avant le 1^{er} juin 1971 et devrait dès lors relever de l'art. 61(2)). Deuxièmement, un «droit» d'appel devant la Cour d'appel d'un jugement, d'une ordonnance ou d'une décision rendus le 1^{er} juin 1971, ou après cette date, s'applique «à l'exclusion de tout autre droit d'appel», ce qui signifie, à mon avis, que lorsque la loi crée un «droit d'appel» devant la Cour d'appel d'un jugement particulier, d'une décision ou d'une ordonnance,

exist to appeal in respect of that judgment, decision or order to any other court. (The obvious, if not the only, application of this subsidiary rule is to cut off appeals to the Supreme Court of Canada in respect of any such judgment, decision or order in a proceedings launched before June 1, 1971.)

In other words, my superficial reading of s. 61(1) is that,

(a) it makes a right of appeal to the Court of Appeal (other than one where there was previously a right to appeal to the Exchequer Court), and a right to apply for review under s. 28, retrospective so that it applies in respect of judgments, decisions or orders given or made on or after June 1, 1971, and

(b) it abolishes an appeal to any other court in any case where there is a right of appeal to the Court of Appeal that has been created by the *Federal Court Act*.

Turning now to s. 61(2), it provides a rule concerning the retrospectivity of the jurisdictional provisions of the *Federal Court Act* "Subject to subsection (1)," which, as I understand it, means that the rule contained in s. 61(2) applies only to cases that have not already been dealt with in s. 61(1).

I turn now to the submissions made by the parties in support of the position that s. 61(1) does not have effect to deprive the Court of the jurisdiction that it would have, apart from s. 61(1), by virtue of s. 61(2).

The applicant, as I understood counsel, took the position that the words "to the exclusion of any other right of appeal" controlled the application of s. 61(1) so that, if there is a decision or order of a tribunal in respect of which there was previously no right of appeal at all—which is the situation with reference to decisions of the Copyright Appeal Board—then s. 61(1) has no application to its decisions and s. 61(2) operates to make the section 28(1) jurisdiction apply "in respect of matters arising as well before as after the coming into force of this Act."

ce droit s'applique, à l'exclusion de tout autre droit qui autrement existerait d'interjeter appel de ce jugement, cette décision ou cette ordonnance, devant tout autre tribunal. (La plus évidente, sinon la seule raison de cette règle subsidiaire est d'éliminer les appels devant la Cour suprême du Canada de ces jugement, décision ou ordonnance dans le cas de poursuites intentées avant le 1^{er} juin 1971).

En d'autres termes, de la lecture rapide de l'art. 61(1), je retiens ceci:

a) cet article crée un droit d'appel devant la Cour d'appel (dans le cas où il n'existait auparavant aucun droit d'appel devant la Cour de l'Échiquier), et le droit de demander un examen en vertu de l'art. 28; ce double droit est rétroactif dans la mesure où il s'applique aux jugements, décisions ou ordonnances rendus ou établis le 1^{er} juin 1971, ou après cette date, et

b) il abolit tout appel devant tout autre tribunal chaque fois que la *Loi sur la Cour fédérale* a créé un droit d'appel devant la Cour d'appel.

Si l'on considère maintenant l'art. 61(2), l'on y découvre un principe sur la rétroactivité des dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* qui ont trait à la compétence de cette Cour; «sous réserve du paragraphe (1)» signifie, à mon avis, que le principe de l'art. 61(2) ne s'applique qu'aux cas dont n'a pas disposé l'art. 61(1).

Je reviens maintenant aux arguments que les parties ont avancés pour soutenir que la compétence qu'accorde à la Cour l'art. 61(2) ne lui est nullement retirée par l'art. 61(1).

Si j'ai bien compris l'avocat du requérant, ce dernier entend que les mots «à l'exclusion de tout autre droit d'appel» régissent l'art. 61(1) de telle sorte que, si un tribunal rend une décision ou une ordonnance dont il était auparavant impossible d'interjeter appel—et c'est le cas des décisions de la Commission d'appel du droit d'auteur—l'art. 61(1) ne s'applique pas à ces décisions mais l'art. 61(2) permet à l'art. 28(1) de s'appliquer «aux questions soulevées soit avant soit après l'entrée en vigueur de la loi.»

The Canadian Broadcasting Corporation carried this submission to its logical conclusion. Its submission, as I understood it, is that s. 61(1) operates only to exclude "any other right of appeal" and in no way operates to give retrospective force to the provisions of the statute creating a right of appeal to the Court of Appeal or to the provision (s. 28(1)) creating a right to apply for a review. According to this submission, as I understood it, s. 61(2) is the applicable rule and makes all rights of appeal to the Court of Appeal created by the Act, and the rights to a review created by s. 28(1), apply in respect of matters "arising as well before as after" the coming into force of the Act.

In order to do justice to this contention, I quote the relevant parts of the very helpful memorandum supplied to the Court by counsel for the Canadian Broadcasting Corporation:

5. In the alternative, if the order or decision of the Copyright Appeal Board was made prior to the 1st of June, the Court of Appeal still has jurisdiction under section 28 of the *Federal Court Act* to set aside the order by virtue of subsection (2) of section 61 of the *Federal Court Act*, which gives the jurisdiction conferred on the Court of Appeal by section 28 of the Act a retrospective operation which provides as follows:

61. (2) Subject to subsection (1), any jurisdiction created by this Act shall be exercised in respect of matters arising as well before as after the coming into force of this Act.

6. Subsection (1) of section 61 does not have the effect, on the facts of this case, of taking away from the Court of Appeal the jurisdiction conferred on it by subsection (2). The applicable words of subsection (1) are as follows:

61. (1) Where this Act creates . . . a right to apply to the Court of Appeal under section 28 to have a decision . . . set aside, such right applies, *to the exclusion of any other right of appeal* in respect of a . . . decision or order made or given after (the 1st of June, 1971).

7. Prior to the *Federal Court Act* coming into force, there never was any right of appeal from a decision of the Copyright Appeal Board. Since there was no pre-existing right of appeal, the rule that the right to review is to operate to the exclusion of any other right of appeal is inapplicable.

* * *

8. The rule of statutory interpretation is that rights of appeal, being substantive rights, are not affected by the repeal of the legislation granting them and are to continue notwithstanding such repeal, unless there is a clear statutory

La Société Radio-Canada pousse cet argument jusqu'à sa conclusion logique. Sa thèse est, à mon sens, la suivante: l'art. 61(1) a pour effet d'exclure «tout autre droit d'appel»; à aucun moment, il ne donne effet rétroactif aux dispositions de la loi qui créent un droit d'appel devant la Cour d'appel ou à la disposition (art. 28(1)) qui crée le droit de demander un examen. De la manière dont je comprends cette thèse, l'art. 61(2) est la règle générale, c'est elle qui fait que tous les droits d'appel devant la Cour d'appel créés par la loi, et les droits d'examen créés par l'art. 28(1), s'appliquent aux questions «soulevées soit avant soit après» l'entrée en vigueur de la loi.

Pour rendre justice à cette thèse, je cite, du mémoire remarquable que l'avocat de la Société Radio-Canada a soumis à cette Cour, les extraits pertinents.

[TRADUCTION] 5. A titre subsidiaire, si la Commission d'appel du droit d'auteur a rendu sa décision ou son ordonnance avant le 1^{er} juin 1971, la Cour d'appel n'en a pas moins compétence pour rejeter cette ordonnance, conformément à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, et en vertu du 2^e paragraphe de l'article 61 de cette même loi, qui donne effet rétroactif à la compétence que confère à la Cour d'appel l'article 28 de la loi. L'article 61(2) prévoit ce qui suit:

61. (2) Sous réserve du paragraphe (1), toute compétence conférée par la présente loi doit être exercée relativement aux questions soulevées soit avant soit après l'entrée en vigueur de la présente loi.

6. Le premier paragraphe de l'article 61 n'a pas pour effet, dans l'affaire qui nous occupe, de retirer à la Cour d'appel la compétence que lui donne le second paragraphe de ce même article. Nous attirons l'attention sur les passages suivants du premier paragraphe:

61. (1) Lorsque la présente loi crée . . . le droit de demander à la Cour d'appel, en vertu de l'article 28, de rejeter . . . une décision, ce droit s'applique, à *l'exclusion de tout autre droit d'appel* à . . . une décision ou ordonnance rendus ou établis après (le 1^{er} juin 1971).

7. Avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur la Cour fédérale*, il était impossible d'interjeter appel d'une décision de la Commission d'appel du droit d'auteur. En l'absence de tout droit d'appel préexistant, le principe qui veut que le droit d'examen s'applique à l'exclusion de tout autre droit d'appel, devient inopérant.

* * *

8. En matière d'interprétation des lois, la règle est que les droits d'appel, qui sont des droits positifs, ne soient pas touchés par l'abrogation des lois qui les ont créés et qu'ils continuent d'exister malgré l'abrogation de ces lois, sauf

intent to the contrary. The purpose of subsection (1) of section 61 is to provide specifically that in respect of decisions or orders made after the 1st of June, 1971, the litigants in respect of pending actions could no longer exercise the right of appeal provided by those sections of the statutes which had been repealed by section 64 of the *Federal Court Act*. But in respect of decisions or orders made prior to the 1st of June, vested rights of appeal conferred on the litigants under the sections of those statutes which had been repealed by section 64(3) were not affected.

(It should be noted that, in the partial reproduction of s. 61(1) in paragraph 6 of their memorandum, counsel for the Canadian Broadcasting Corporation have omitted the comma after the words "to the exclusion of any other right of appeal" so that those words do not appear, as they do in the statute, as a parenthetical clause between commas. I have no doubt that this was a typographical error but it does have the effect of lending support that does not exist to the view advanced by the memorandum.)

One result of the view put forward by counsel for the Canadian Broadcasting Corporation, if it is correct, is that there are concurrent rights of appeal in respect of decisions or orders of certain tribunals given or made before June 1, 1971, that is, the old right of appeal to the Supreme Court of Canada and the new right of appeal to the Court of Appeal. This follows, as it seems to me, because, if the contention is right that s. 61(2) creates unlimited retrospectivity in respect of s. 28(1) proceedings and s. 61(1) merely cuts off old appeals in respect of decisions or orders made or given on or after June 1, 1971, it follows that s. 61(2) creates unlimited retrospectivity in respect of rights of appeal to the Court of Appeal and s. 61(1) "does not have the effect . . . of taking away from the Court of Appeal the jurisdiction conferred on it by subsec. (2)." Concurrent rights of appeal have not been unknown, but it seems unlikely that it was intended to create such rights at this stage of our judicial history.

On the other hand, the view of s. 61 that I had formed on a preliminary examination (as outlined above) results in a situation that is, to say the least, somewhat difficult to justify on rational grounds. Section 18 confers exclusive original jurisdiction on the Trial Division to

disposition contraire expresse de la loi. Le but du premier paragraphe de l'article 61 est de prévoir d'une façon précise que dans le cas de décisions ou d'ordonnances rendues après le 1^{er} juin 1971, les parties au litige ne pourraient plus exercer le droit d'appel que leur conféraient les articles des lois que l'article 64 de la *Loi sur la Cour fédérale* a abrogés. Cependant, dans le cas des décisions ou ordonnances rendues avant le 1^{er} juin, les droits acquis en matière d'appel conférés aux parties par les articles de ces lois, que l'article 64(3) a abrogés, ne sont nullement affectés.

(Remarquons que l'avocat de la Société Radio-Canada, dans l'extrait de l'art. 61(1) qu'il cite au sixième paragraphe de son mémoire, a omis la virgule qui suit l'expression «à l'exclusion de tout autre droit d'appel», ce qui lui fait perdre le caractère de simple parenthèse que son insertion entre deux virgules lui donne dans le texte du législateur. Je suis certain qu'il ne s'agit que d'une pure erreur typographique, mais qui n'en a pas moins pour effet d'apporter à la thèse de l'auteur un soutien qui en réalité n'existe pas.)

Si la thèse de l'avocat de la Société Radio-Canada est juste, une de ses conséquences est le chevauchement des droits d'appel des décisions ou ordonnances que certains tribunaux ont rendues ou établies avant le 1^{er} juin 1971, c'est-à-dire de l'ancien droit d'appel devant la Cour suprême du Canada et du nouveau droit devant la Cour d'appel. C'est le résultat que l'on obtient, me semble-t-il, si l'on tient pour vrai que l'art. 61(2) confère un effet rétroactif absolu aux poursuites fondées sur l'art. 28(1), et que l'art. 61(1) supprime simplement les anciens appels des décisions ou des ordonnances rendues ou établies le 1^{er} juin 1971, ou après cette date. Il s'ensuit que l'art. 61(2) accorde un effet rétroactif absolu aux droits d'appel devant la Cour d'appel et que l'art. 61(1) [TRADUCTION] «n'a pas pour effet . . . de retirer à la Cour d'appel la compétence que lui accorde le par. (2).» Les droits d'appel concurrents ont déjà existé, mais il est peu vraisemblable qu'on ait eu l'intention de créer de tels droits à cette période de notre histoire judiciaire.

D'autre part, le sens de l'art. 61 tel que je l'ai dégagé après un examen préliminaire (comme je l'ai souligné plus haut) crée une situation qui, et c'est le moins que l'on puisse dire, est quelque peu difficile à justifier rationnellement. L'article 18 confère à la Division de première instance

issue a writ of *certiorari* against a federal tribunal, and this applies, by virtue of s. 61(2), in respect of matters arising as well before as after the coming into force of the Act, but, for practical purposes, this *certiorari* jurisdiction is excluded by s. 28(3) where the Court of Appeal has jurisdiction under s. 28(1) to review and set aside a decision or order. The result is that, on my preliminary view, if a decision or order were given or made prior to June 1, 1971, *certiorari* would lie in the Trial Division, and if it were given or made on or after that day, there would be no *certiorari* jurisdiction but an application for review could be made under s. 28(1). If this Court is to have jurisdiction in such matters, and it is legislative policy that it is to be exercised by an application under s. 28(1) if the decision or order was given or made on or after June 1, 1971, one cannot help but wonder why the same procedure should not be applicable if it was given or made prior to that day. (A possible answer is that s. 28 not only creates a new procedure but also lays down new rules of substance and it might have been thought that there should only be limited retrospectivity for such new substantive rules.)

Attractive as I find the idea that all jurisdiction in the Federal Court of Canada to review the validity of the decisions of federal tribunals should be exercised under s. 28 of the *Federal Court Act*, I cannot put on the words of s. 61 of the Act the construction contended for by counsel for the Canadian Broadcasting Corporation.

There are two principal difficulties in the contention that I have not been able to get over.

My first difficulty with the contention is that it is founded on the assumption that s. 61 operates in two stages, *viz*: first, subsec. (2) operates to provide that "jurisdiction" created by the Act shall be exercised in respect of matters arising "as well before as after" the coming into force of the Act and then subsec. (1) has whatever effect it has; and so, the argument is made

une compétence exclusive pour émettre un bref de *certiorari* contre tout tribunal fédéral, et, en vertu de l'art. 61(2), ceci vaut aussi bien pour les questions soulevées soit avant soit après l'entrée en vigueur de la présente loi, mais, pratiquement, l'art. 28(3) lui enlève cette compétence en matière de *certiorari* lorsque la Cour d'appel peut, en vertu de l'art. 28(1), examiner et rejeter une décision ou une ordonnance. Il résulte de cette situation, à première vue, que la Division de première instance sera compétente en matière de *certiorari*, s'il s'agit d'une décision ou d'une ordonnance rendue ou établie avant le 1^{er} juin 1971, et qu'elle perdra cette compétence lorsque la décision ou l'ordonnance aura été rendue ou établie après cette date, mais il sera alors possible de faire une demande d'examen en vertu de l'art. 28(1). Si cette Cour est appelée à avoir compétence en ces matières, et si la politique législative prévoit que cette compétence doit s'exercer sur demande en vertu de l'art. 28(1) lorsque la décision a été rendue ou établie le 1^{er} juin 1971 ou après cette date, on ne peut que se demander avec étonnement pourquoi la même procédure ne pourrait pas s'appliquer lorsque la décision ou l'ordonnance a été rendue ou établie avant cette date. (On pourrait peut-être répondre en disant que l'art. 28 ne crée pas seulement une nouvelle procédure mais établit aussi de nouvelles règles de fond et qu'on aurait été amené à penser qu'on ne pouvait accorder qu'un effet rétroactif limité à ces nouvelles règles de fond.)

Si séduisante que m'apparaisse cette thèse, il m'est impossible de donner au texte de l'art. 61 l'interprétation de l'avocat de la Société Radio-Canada, qui en conclut que la Cour fédérale du Canada pourrait tirer de l'art. 28(1) compétence en matière d'examen des décisions de tous les tribunaux fédéraux.

Cette position soulève deux difficultés qui me semblent tout à fait insurmontables.

La première difficulté vient de ce que la thèse repose sur l'hypothèse selon laquelle l'art. 61 agit en deux temps, à savoir en premier lieu, le par. (2) fait en sorte que la «compétence» que crée la Loi s'exerce pour des questions soulevées «soit avant soit après» l'entrée en vigueur de la Loi, le paragraphe premier a alors une portée sans importance; et c'est ainsi que l'on

that "Subsec. (1) . . . does not have the effect . . . of taking away from the Court of Appeal the jurisdiction conferred on it by subsec. (2)". In my view, this rendering of the meaning of s. 61 does violence to the whole structure of the section. To begin with, these are two related enactments that come into force simultaneously, so that there can be no question of subsec. (1) having the effect of taking away a jurisdiction that has already been conferred by subsec. (2). In the second place, Parliament *states* first the special rule concerning the application of certain appeal and review "rights", which special rule is found in s. 61(1), and then *states* the general rule concerning the ambit of operation of jurisdiction created by the Act, which general rule is found in s. 61(2), and that general rule is to operate "Subject to subsec. (1)", which is to say that it operates in any area where the special rule in subsec. (1) does not operate.

The second difficulty that I find in the construction of s. 61 contended for by the Canadian Broadcasting Corporation is that it distorts subsec. (1) from its ordinary grammatical sense. What subsec. (1) says is that a "right" of appeal to the Court of Appeal *or* a "right" to apply under s. 28 "applies . . . in respect of a . . . decision . . . given . . . after this Act comes into force". It incidentally, and in addition, says that such a right so applies "to the exclusion of any other right of appeal". To say that the sole effect of the subsection is to abolish rights of appeal to other courts where there is a right of appeal or a section 28 right of review is to ignore the principal portion of s. 61(1).⁴

In my view, after giving the best consideration that I can to the submissions on this application,

(a) the effect of s. 61(1) is, first, to give retrospective effect to the provisions creating rights of appeal to the Court of Appeal and the section 28 rights of review so as to make them apply to judgments, orders or decisions given or made on or after June 1, 1971 and, second, to abolish rights of appeal to the Supreme Court of Canada or any other court in any case where any such right has been created, and

peut dire que [TRADUCTION] «le premier paragraphe . . . n'a pas pour effet . . . de retirer à la Cour d'appel la compétence que lui accorde le second paragraphe.» A mon avis, cette interprétation fait violence à l'article pris dans son ensemble. D'une part, les deux paragraphes entrent en vigueur en même temps, il ne saurait être question que le premier révoque une compétence par *poser* le principe particulier qui s'applique à certains «droits» d'appel et d'examen, principe que l'on trouve à l'art. 61(1), puis il *pose* le principe général qui précise les limites de la compétence créée par la Loi; c'est à l'art. 61(2) qu'on trouve ce principe général qui s'applique «sous réserve du par. (1)», c'est-à-dire qu'il s'applique dans tous les cas où le principe particulier du premier paragraphe ne s'applique pas.

La seconde difficulté que soulève l'interprétation donnée par la Société Radio-Canada de l'art. 61 vient de ce qu'elle déforme le sens grammatical ordinaire du premier paragraphe. Le premier paragraphe dit ceci: un «droit» d'appel devant la Cour d'appel *ou* un «droit» de faire une demande en vertu de l'art. 28 «s'applique . . . à une décision . . . rendue . . . après l'entrée en vigueur de cette loi.» Il ajoute incidemment que ce droit s'applique aussi «à l'exclusion de tout autre droit d'appel». Dire que l'unique effet de ce paragraphe est d'abolir les droits d'appel devant les autres cours lorsqu'il existe un droit d'appel ou un droit d'examen en vertu de l'art. 28, c'est ne pas tenir compte de la partie la plus importante de l'art. 61(1).⁴

A mon avis, après avoir examiné avec la plus grande attention les arguments à l'appui de cette demande,

a) l'art. 61(1) a pour but, premièrement, de donner effet rétroactif aux dispositions qui créent des droits d'appel devant la Cour d'appel et aux droits d'examen de l'art. 28, pour qu'ils puissent s'appliquer aux jugements, aux ordonnances ou aux décisions rendus ou établis le 1^{er} juin 1971, ou après cette date, et, deuxièmement, d'abolir les droits d'appel devant la Cour suprême du Canada ou devant toute autre cour dans les cas où existaient de tels droits, et

(b) the effect of s. 61(2) is to give general retrospective operation to the *other* jurisdictional provisions in the statute.

On that view, there is no provision that makes s. 28(1) apply retrospectively to decisions or orders given or made prior to June 1, 1971, and the Court of Appeal has, therefore, no jurisdiction in relation to the proposed application that is the subject of this application.

Because the Court of Appeal has no jurisdiction in relation to the proposed application for a review under s. 28(1), I am of the view that this application for an extension of time in which to make that application should be dismissed.

* * *

NOËL A.C.J. (*dissenting*)—I have had the advantage of reading the notes of the Chief Justice and I will, therefore, refrain from going into any detail as to the facts which led to the present application for an order extending the time within which the applicant may file a notice of an application to review and set aside a decision of the Copyright Appeal Board.

The purpose of the present application is to enable the Canadian Association of Broadcasters to attack by means of a review under s. 28 of the *Federal Court Act*, a decision of the Copyright Appeal Board, wherein it approved the fees, charges or royalties which could be collected by Sound Recording Licences (SRL) Limited, the substantial issue being whether Sound Recording Licences (SRL) Limited was a society, association or company which carried on the business of acquiring performing rights in recording. This issue, in turn, is dependent upon whether a society or person which has obtained by way of assignment all of the copyright which manufacturers of records have therein, has acquired a copyright in the performing right.

The present application is on the basis that if the Court concludes that it has jurisdiction, the extension of time will be granted; if not, the application will be refused.

b) l'art. 61(2) a pour but de donner effet rétroactif général aux autres mesures juridictionnelles de la Loi.

Ceci étant, il n'existe aucune disposition qui permette d'appliquer rétroactivement l'art. 28(1) aux décisions ou ordonnances rendues ou établies avant le 1^{er} juin 1971. La Cour d'appel n'a, dès lors, aucune compétence pour entendre la demande qui fait l'objet de la présente requête.

Puisque la Cour d'appel n'a pas compétence pour accueillir la demande d'examen en vertu de l'art. 28(1), j'estime qu'elle doit refuser la prolongation du délai qui eût permis de présenter une telle demande.

* * *

LE JUGE EN CHEF ADJOINT NOËL (*dissentant*)—J'ai eu l'avantage de lire les notes du juge en chef. Je m'abstiendrai donc d'entrer dans le détail des faits à l'origine de la présente demande présentée en l'espèce dans le but d'obtenir un délai supplémentaire permettant au requérant de déposer un avis de demande d'examen et d'annulation d'une décision de la Commission d'appel du droit d'auteur.

Le but de cette demande est de donner à l'Association canadienne des radiodiffuseurs le pouvoir d'attaquer, grâce à la procédure d'examen de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, une décision de la Commission qui approuve les honoraires, redevances ou tantièmes que pourra percevoir la Sound Recording Licences (SRL) Limitée. Il s'agit de trancher le litige suivant, à savoir: la Sound Recording Licences (SRL) Limitée est-elle une association, société ou compagnie exerçant des opérations qui consistent à acquérir des droits d'exécution d'œuvres enregistrées. Cette question, à son tour, présuppose qu'une société ou une personne qui a acquis par voie de cession tous les droits d'auteur que les fabricants de disques détenaient sur ceux-ci, a aussi acquis des droits d'exécution sur ces œuvres.

Si la Cour conclut qu'il est de sa compétence d'entendre cette demande, le délai sera accordé, sinon la demande sera rejetée.

The Chief Justice in his notes has reached the conclusion that the decision rendered by the Board herein was reached prior to June 1, 1971, and that because this decision was not rendered on or after June 1, 1971, the Court's jurisdiction in the present case is excluded by s. 61(1) of the *Federal Court Act*.

With respect, I am afraid that I cannot reach the same conclusion on these matters. I am indeed of the view that the decision of the Board was not "given or made" or "rendue ou établie" to use the language of s. 61(1) of the Act until such time as the Minister under subsec. (9) of s. 50 of the *Copyright Act* (c. 55) published in the *Canada Gazette* the statement of fees approved by the Board. The decision of the Board, in my view, is not complete until this is done, as subsec. (8) of s. 50 of the *Copyright Act* requires the Board to transmit the statement of fees it has approved to the Minister who then must publish it in the *Canada Gazette*. Sections 48 and following of the *Copyright Act* spell out the manner in which performing right societies are set up and the procedure to be followed in establishing tariffs of fees, charges or royalties which, once certified by the Copyright Board and published in the *Canada Gazette*, govern the payments to be made by any person performing dramatico-musical or musical works in which copyright subsists. These fees, charges or royalties become the only ones the society, association or company concerned can respectively lawfully sue for or collect in respect of the issue or grant by it of licences for the performance of all or any of its works in Canada during the ensuing calendar year (cf. s. 50(9)). Once the above procedure is followed and the above amounts are paid, no performing right user can be sued for infringement of the performing right (cf. s. 50(10)):

50. (10) No such society, association or company shall have any right of action or any right to enforce any civil or summary remedy for infringement of the performing right of any dramatico-musical or musical work claimed by any such society, association or company against any person

Aux termes de ses notes, le juge en chef conclut que la décision de la Commission est antérieure au 1^{er} juin 1971, et puisque cette décision n'a pas été rendue le 1^{er} juin 1971 ou après cette date, l'art. 61(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* enlève à la Cour toute compétence en la présente affaire.

En toute déférence, je dois avouer qu'il m'est impossible d'arriver à la même conclusion. Je pense en effet, que la Commission n'a pu «rendre ou établir» ou «given or made» pour reprendre l'expression de l'art. 61(1) de la loi, sa décision, tant que le Ministre, conformément au par. (9) de l'art. 50 de la *Loi sur le droit d'auteur*, (c. 55) n'a pas fait publier dans la *Gazette du Canada* les états d'honoraires homologués par la Commission. Il me semble que la décision de la Commission n'existe pas tant qu'on n'a pas rempli toutes ces conditions. Le par. (8) de l'art. 50 de la *Loi sur le droit d'auteur* exige que la Commission transmette au Ministre, qui doit alors les faire publier dans la *Gazette du Canada*, les états d'honoraires qu'elle a homologués. Les art. 48 et suivants de la *Loi sur le droit d'auteur* décrivent la constitution des sociétés qui détiennent des droits d'exécution et la procédure à suivre pour établir les tarifs des honoraires, redevances ou tantièmes qui, une fois certifiés par la Commission d'appel et publiés dans la *Gazette du Canada*, déterminent les sommes que doit verser toute personne exécutant des œuvres dramatico-musicales ou musicales pour lesquelles existe un droit d'auteur. Ces honoraires, redevances ou tantièmes sont les seuls que l'association, la société ou la compagnie intéressée peut respectivement réclamer ou percevoir légalement en paiement des licences qu'elle a émises ou accordées pour l'exécution de toutes ses œuvres au Canada ou de l'une quelconque d'entre elles durant l'année civile suivante (cf. art. 50(9)). Lorsque cette procédure est suivie et que lesdites sommes sont versées, aucune personne faisant usage de ce droit d'exécution ne peut être poursuivie pour violation de ce droit d'exécution (cf. art. 50(10)):

50. (10) Aucune pareille association, société ou compagnie n'a le droit de poursuivre ou de demander l'application d'un recours civil ou sommaire contre la violation d'un droit d'exécution subsistant dans une œuvre dramatico-musicale ou musicale, réclamé par cette association, société ou com-

who has tendered or paid to such society, association or company, the fees, charges or royalties that have been approved as aforesaid.

It, in my view, follows that the prescription requiring publication of the decision of the Board is not a mere procedure but a substantial part of the decision-rendering process. This decision indeed becomes effective only after publication and involves not only two parties but all those who wish to avail themselves of the right to perform dramatico-musical and musical works in which copyright subsists. The decision so published is indeed of the nature of a licence granted to all those who wish to perform these rights upon payment of certain fees approved by the Board and published in the *Canada Gazette*. This, of course, explains why counsel for the applicant, Mr. Richard, stated at the hearing that 800 copies of the issue of the *Canada Gazette* containing the publication of this decision of the Board are always requested in order to be able to circulate them to the users.

I am therefore of the view that as the publication here took place on June 1, 1971, the applicant is therefore entitled to avail himself of the review procedure under s. 28 of the Act.

I am also of the view that the applicant would also be entitled to avail himself of the section 28 procedure on the basis that s. 61(1) does not take this right away from him. It indeed appears to me that the general rule with regard to a recourse under s. 28 of the Act can be found in s. 61(2) of the Act which reads as follows:

61. (2) Subject to subsection (1), any jurisdiction created by this Act shall be exercised in respect of matters arising as well before as after the coming into force of this Act.

If the rule is to be found in this subsection, and the applicant would have, in so far as the language used therein, a right to avail himself of the section 28 procedure, then he has such right unless it is taken away from him under another section or subsection of the Act. The other subsection, according to counsel for Sound Recording Licences (SRL) Limited, which does this is subsec. (1) of s. 61 of the Act. This subsection reads as follows:

pagnie contre quiconque a payé ou offert de lui payer les honoraires, redevances ou tantièmes homologués comme il est susdit.

Il s'ensuit, à mon avis, que la disposition exigeant que la Commission publie sa décision n'est pas purement procédurale mais forme, en fait, partie intégrante du processus de prise de décision. De fait, cette décision ne prend effet qu'après sa publication; elle n'affecte pas seulement deux parties mais tous ceux qui veulent se prévaloir du droit d'exécuter des œuvres dramatico-musicales ou musicales pour lesquelles existe un droit d'auteur. La décision acquiert par sa publication la nature d'une licence accordée à tous ceux qui désirent, après avoir versé les honoraires homologués par la Commission et publiés dans la *Gazette du Canada*, user de ces droits. Ce qui explique très bien que l'avocat du requérant, M. Richard, ait fait état à l'audience d'une commande, à laquelle on n'a pas encore donnée suite, de 800 numéros de la *Gazette du Canada* où se trouve publiée la décision de la Commission, numéros qui seront distribués aux usagers.

Comme la décision n'a été publiée que le 1^{er} juin 1971, je pense dès lors, que le requérant peut parfaitement se prévaloir de la procédure d'examen prévue à l'art. 28 de la loi.

Le requérant pourrait aussi se prévaloir de l'art. 28 dans la mesure, et c'est mon avis, où l'art. 61(1) n'a pas pour effet de le priver de ce droit. Il me semble, en effet que c'est l'art. 61(2) de la loi qui énonce le principe général qui régit le recours prévu à l'art. 28. Voici l'art. 61(2):

61. (2) Sous réserve du paragraphe (1), toute compétence conférée par la présente loi doit être exercée relativement aux questions soulevées soit avant soit après l'entrée en vigueur de la présente loi.

Si ce paragraphe énonce le principe général, et étant donné que le requérant disposerait, dans les limites de cet énoncé, du droit de se prévaloir de la procédure de l'art. 28, ce droit lui est dès lors acquis à moins qu'un autre article ou un autre paragraphe de la Loi ne le lui retire. Cet autre paragraphe qui, selon l'avocat de la Sound Recording Licences (SRL) Limitée, aurait cet effet, est le par. (1) de l'art. 61 dont voici le texte:

61. (1) Where this Act creates a right of appeal to the Court of Appeal or a right to apply to the Court of Appeal under section 28 to have a decision or order reviewed and set aside, such right, applies, to the exclusion of any other right of appeal, in respect of a judgment, decision or order given or made after this Act comes into force, unless, in the case of a right of appeal, there was at that time a right of appeal to the Exchequer Court of Canada.

In order to determine whether the above section removes the right the applicant has under subsec. (2) of s. 61, subsec. (1) of s. 61 must be carefully examined in order to delimit its ambit, having regard to the fact that we are dealing with an exception to a rule which appears to be stated in very broad terms in subsec. (2) of s. 61.

Subsection (1) of s. 61 says "where this Act creates a right of appeal to the Court of Appeal". The section deals here with the appeals created by s. 27 of the Act which is a brand new appeal procedure, and with those appeals which are dealt with in Schedule B to the Act, which are old appeals now transferred to the Federal Appeal Court. The subsection then continues "or a right to apply to the Court of Appeal under s. 28 to have a decision or order reviewed and set aside", which, of course, is a brand new recourse which had no existence in any Act prior to the proclamation of the *Federal Court Act*. The subsection then says that "such right", and this, of course, means the rights of appeal under s. 27 of the Act and under Schedule B of the Act as well as the right of review under s. 28, "applies, to the exclusion of any other right of appeal". The literal meaning of these words in this context is that for those cases where there existed an appeal prior to the passing of the Act, recourse can be had to the section 28 review procedure to the extent that a judgment, decision or order is not otherwise appealable as provided by s. 29 of the Act only if it is given or made after the *Federal Court Act* comes into force. It still, however, does not affect the right of a judgment, decision or order to be reviewed by the section 28 procedure under the general rule laid down in subsec. (2) of s. 61, and it then follows that all cases, such as here where there was no appeal prior to the new Act, can be reviewed under the new procedure even if the judgment

61. (1) Lorsque la présente loi crée un droit d'appel devant la Cour d'appel ou le droit de demander à la Cour d'appel, en vertu de l'article 28, d'examiner et rejeter une décision ou ordonnance, ce droit s'applique, à l'exclusion de tout autre droit d'appel, à un jugement, une décision ou une ordonnance rendus ou établis après l'entrée en vigueur de la présente loi, à moins que, dans le cas d'un droit d'appel, il n'y ait eu à ce moment un droit d'appel devant la Cour de l'Échiquier du Canada.

Pour déterminer si le par. (1) de l'art. 61 retire au requérant le droit que lui accorde le par. (2) du même article, il faut examiner ce premier paragraphe très attentivement pour en délimiter la portée, en tenant compte qu'il formule une exception à un principe que l'art. 61(2) énonce en termes très généraux.

Le par. (1) de l'art. 61 commence par ces mots, «Lorsque la présente loi crée un droit d'appel devant la Cour d'appel». Le paragraphe fait ici allusion aux appels que la loi crée à l'art. 27, qui constitue une procédure d'appel tout à fait nouvelle, et à ces appels mentionnés à l'annexe B de la loi, qui sont d'anciens appels maintenant transférés à la Cour d'appel. Poursuivons la lecture de ce premier paragraphe, «ou le droit de demander à la Cour d'appel, en vertu de l'art. 28, d'examiner et rejeter une décision ou ordonnance», ce qui, évidemment, constitue un recours tout à fait nouveau qui n'existait pas dans aucune loi avant la promulgation de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le paragraphe précise ensuite que «ce droit», et ceci, de toute évidence, implique les droits d'appel prévus à l'art. 27 de la loi et ceux contenus à l'annexe B, aussi bien que le droit d'examen de l'art. 23, «s'applique, à l'exclusion de tout autre droit d'appel». Ces mots pris dans leur contexte, signifient littéralement que dans tous les cas où un droit d'appel existait avant l'entrée en vigueur de cette loi, on peut recourir à la procédure d'examen de l'art. 28, dans la mesure où il s'agit d'un jugement, d'une décision ou d'une ordonnance dont on ne peut autrement interjeter appel selon la procédure prévue à l'art. 29 de la loi, pourvu que ce jugement, cette décision ou cette ordonnance ait été rendue ou établie après l'entrée en vigueur de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ceci ne porte toutefois pas atteinte au droit de demander l'examen d'un jugement, d'une décision ou d'une ordonnance en suivant la procédure de l'art. 28, conformément au prin-

or decision was rendered before the Act came into force.

The general scheme of the *Federal Court Act* appears to be directed toward providing new rights of appeal, to allowing the new Court to take over old rights of appeal given to another Court, to maintain former rights of appeal to the Exchequer Court, and, finally, to create a new review procedure under s. 28.

The intent of the Act appears to be to insure that proceedings launched but not decided before the date of proclamation of the Act be reviewed by way of appeals created by the Act as well as by those appeals which existed in the Exchequer Court and which are maintained in the new Act and/or in some cases such proceedings may be subject to a section 28 review procedure. In order to do so, it was necessary to adopt a provision whereby such recourses would be retroactive and this, of course, is what took place both in subsecs. (1) and (2) of s. 61. The retroactivity of subsec. (1) of s. 61 applies only to those cases launched before the date the Act came into force and decided after the Act came into force whereas the retroactivity of subsec. (2) of s. 61 applies to cases launched before the Act came into force and decided as well prior to, as after, the coming into force of the Act. Having thus, by subsec. (1) of s. 61 legislated that in all cases where an appeal existed prior to the proclamation of the Act a recourse can be had to the section 28 review procedure only for judgments and decisions rendered subsequent to the proclamation date, it does, I believe, follow, having regard to the fact that we are here dealing with an exception to the rule, that there is no such restriction attached to a case where there was no appeal and which is governed by the provisions of subsec. (2) of s. 61.

In reaching this conclusion, I have, I believe, merely given an ordinary literal meaning to the

cipe général qu'énonce le par. (2) de l'art. 61; il en résulte que les cas, comme le nôtre, dont on ne pouvait interjeter appel avant la nouvelle loi, peuvent être examinés selon la nouvelle procédure, même si le jugement ou la décision ont été rendus avant l'entrée en vigueur de la présente loi.

La politique générale de la *Loi sur la Cour fédérale* semble la suivante: octroi de nouveaux droits d'appel, permission accordée à la nouvelle Cour d'accepter les droits d'appel autrefois accordés à un autre tribunal, maintien des anciens droits d'appel devant la Cour de l'Échiquier et, enfin création d'une nouvelle procédure d'examen à l'art 28.

Le but de la loi semble d'assurer que les poursuites en cours mais non encore réglées avant la promulgation de la loi puissent être examinées soit au moyen des appels que la loi crée soit au moyen des appels qui existaient alors devant la Cour de l'Échiquier, et que la nouvelle loi a conservés et, dans certains cas, ces poursuites peuvent se voir appliquer la procédure d'examen prévue à l'art. 28. Pour atteindre ce but, il a fallu adopter une disposition donnant à ces recours un caractère rétroactif, disposition que l'on trouve, comme il fallait s'y attendre, au par. (1) de l'art. 61. La rétroactivité dont il est question au par. (1) de l'art. 61 ne vise que les poursuites intentées avant l'entrée en vigueur de la loi et les affaires jugées au moment où la loi était déjà en vigueur, alors que la rétroactivité dont il est question au par. (2) de l'art. 61 s'applique aux poursuites intentées et les affaires jugées soit avant soit après l'entrée en vigueur de la loi. En établissant, au par. (1) de l'art. 61, que dans tous les cas où un droit d'appel existait avant la promulgation de la présente loi, seuls ceux dont le jugement ou la décision a été rendu après la promulgation de la loi peuvent bénéficier de la procédure d'examen de l'art. 28, il s'ensuit à mon sens et étant donné que nous avons affaire à une exception au principe général, que cette restriction n'a aucun effet lorsqu'il s'agit d'un cas pour lequel il n'existait aucun droit d'appel et qui dès lors ne saurait être régi que par les mesures du par. (2) de l'art. 61.

Dans le raisonnement qui m'a conduit à cette conclusion, j'ai, me semble-t-il, seulement

words used in the Act. I have also, in doing this, given to certain litigants, a recourse which will enable them to attack a judgment, or decision and without which they may well be left (because of subsec. 2 of s. 61) entirely without a remedy. I do not think that having regard to the intent of the scheme of the *Federal Court Act* to give recourses and remedies rather than to deny them, it could be held that the legislator had allowed old recourses to subsist for decisions rendered prior to the Act and had not made any available to those who had none and by subsec. (1) of s. 61, had provided for the one case but not for the other.

It would, in my view, take clearer language than subsec. (1) of s. 61 to take away from those who, prior to the Act, had no appeal, the benefit given them retroactively by subsec. (2) of s. 61 of a section 28 review.

The scheme of the new Act, may I reiterate, is to create new appeals and a new review procedure under s. 28. If the language used in the Act can be read so as to give a review procedure before this Court where there was no appeal prior to the Act, then such a procedure should be available. If, in order to allow such a procedure for a decision rendered prior to the proclamation of the Act for which there was no recourse in appeal, it is also necessary because of the language used in the Act to accept that there may well be concurrent appeals in all cases where decisions were rendered prior to the proclamation, then this, in my view, is preferable to denying a means of redress to one segment of decisions, *i.e.*, those, such as here, rendered prior to the Act where there was no right of appeal and where subsequent to the Act a recourse to the provincial courts may be (because of subsec. (1) of s. 61) no longer possible.

I am therefore of the view that the Court of Appeal has jurisdiction in relation to the proposed application for a review under s. 28(1)

donné aux termes de la loi un sens littéral courant. Ce faisant, et par la même occasion, j'ai pu accorder à certaines parties, un recours qui leur permettra d'attaquer un jugement ou une décision, sans cela (à cause du par. (2) de l'art. 61) elles auraient pu n'avoir aucun moyen de droit. Je ne pense pas, eu égard à la politique générale de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui tend à accorder des recours et des moyens de droit plutôt que d'en abolir, que l'on puisse soutenir que le législateur a permis le maintien des anciens recours pour les décisions rendues avant la loi, n'en a accordés aucun dans les cas où il n'en existait pas et qu'il ait voulu au par. (1) de l'art. 61 disposer du premier cas mais non pas du second.

Je pense qu'il faudrait un texte beaucoup plus clair que celui du par. (1) de l'art. 61, pour priver ceux qui, avant la présente loi, n'avaient aucun droit d'appel, du bénéfice que leur accorde rétroactivement le par. (2) de l'art. 61, d'utiliser le droit d'examen de l'art. 28.

Le but de la nouvelle loi, faut-il le répéter, est de créer de nouveaux droits d'appel et une nouvelle procédure d'examen en vertu de l'art. 28. S'il est possible de lire la loi de façon à permettre que l'on utilise devant cette Cour la procédure d'examen dans les cas où aucun droit d'appel n'existait avant la présente loi, il faut alors permettre d'utiliser cette procédure. Si, pour permettre le recours à une telle procédure, lorsqu'il s'agit d'une décision rendue avant la promulgation de cette loi, et pour laquelle aucun recours en appel n'était prévu, il devient nécessaire, à cause du texte même de la loi, d'admettre que dans tous les cas où la décision a été rendue avant la promulgation de la loi, il pourra exister des droits d'appel concurrents; il me semble alors préférable d'accepter l'existence d'une telle situation plutôt que de retirer certains moyens de redressement à une catégorie de décision, *i.e.* à ces décisions qui, comme la nôtre, ont été rendues avant la présente loi, pour lesquelles il n'existait aucun droit d'appel et qui à la suite de cette loi, ne peuvent plus exercer de recours devant les tribunaux provinciaux (à cause du par. (1) de l'art. 61).

J'estime dès lors que la Cour d'appel a compétence pour recevoir la demande d'examen, en vertu de l'art. 28, et que la requête présentée

and that, therefore, the extension for time should be granted.

* * *

PERRIER D.J.—The applicant seeks leave to appeal for reconsideration of a decision by the Copyright Appeal Board (R.S.C. 1952, c. 55, s. 50).

The decision was given on May 13, 1971 and received the approval of the Minister of Consumer and Corporate Affairs on May 18, 1971; however, it was not published in the *Canada Gazette* until June 1, 1971.

The Act respecting the Federal Court of Canada came into force on June 1, 1971; before this date no right of appeal existed from a decision of the Copyright Appeal Board.

The applicant relies on the rights of appeal mentioned in secs. 28 and 61 of the *Federal Court Act*.

I have listened to and considered the interesting pleadings of counsel in this matter.

I have had the privilege of reading the Chief Justice's notes in which he sets out lucidly the difficulty and complexity of the problem this Court is called upon to resolve.

Do secs. 28 and 61, through retroactivity, grant a right of appeal from a decision given before June 1, 1971?

It would be pointless to take up again and repeat the Chief Justice's arguments concerning the application and the interpretation of secs. 28 and 61.

For the same reasons that he set out in his notes, I fully endorse his decision.

I have also read the notes of Noël A.C.J. but, with due respect, do not share his view.

¹ An alternative course, which I was disposed to follow, was to grant the extension without considering the question of jurisdiction and to deal with the jurisdiction question on proceedings to quash under Rule 1100. However, the par-

dans le but d'obtenir la prolongation du délai devrait être accueillie.

* * *

LE JUGE SUPPLÉANT PERRIER—Le requérant demande la permission d'appeler et la révision d'une décision rendue par la Commission d'appel du droit d'auteur (S.R.C. 1952, c. 55, art. 50).

Cette décision a été rendue le 13 mai 1971 et a reçu l'approbation du ministre de la Consommation et des Corporations le 18 mai 1971; toutefois, elle n'a été publiée dans la *Gazette officielle du Canada* que le 1^{er} juin 1971.

La loi concernant la Cour fédérale du Canada est entrée en vigueur le 1^{er} juin 1971; avant cette date aucun droit d'appel n'existait à l'encontre d'une décision de la Commission d'appel du droit d'auteur.

Le requérant s'appuie sur les droits d'appel mentionnés aux art. 28 et 61 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

J'ai écouté et considéré les intéressantes plaidoiries prononcées par les divers procureurs au dossier.

J'ai eu l'avantage de lire les notes de l'honorable juge en chef et il expose clairement la difficulté et la complexité du problème que cette Cour est appelée à résoudre.

Les susdits art. 28 et 61 accordent-ils par rétroactivité un droit d'appel à une décision rendue avant le 1^{er} juin 1971?

Il serait inutile de reprendre et de répéter l'argumentation de l'honorable juge en chef relativement à l'application et à l'interprétation des susdits art. 28 et 61.

Pour les mêmes motifs qu'il exprime dans ses notes, je souscris entièrement à sa décision.

J'ai également pris connaissance des notes de l'honorable juge en chef adjoint Noël mais, en toute déférence, je ne partage pas son opinion.

¹ J'étais personnellement favorable à une solution de rechange qui eût consisté à accorder la prolongation du délai, sans débattre la question de compétence qui n'eût été abordée qu'à l'occasion d'une demande visant à mettre fin

ties concurred in asking the Court to deal with the jurisdiction question on this application.

² *National Indian Brotherhood v. Juneau* [No. 2] *supra*, p. 73.

³ See, for example, *Doran v. Jewell* (1914) 49 S.C.R. 88, *Upper Canada College v. Smith* (1920) 61 S.C.R. 413 per Duff J. (as he then was) at pages 423 to 425, *Singer v. The King* [1932] S.C.R. 70, *Boyer v. The King* [1949] S.C.R. 89, and *Marcotte v. The King* [1950] S.C.R. 352.

⁴ It must not be overlooked that, by virtue of s. 29, there can be no application under s. 28 to review an order or decision "to the extent that" there is an appeal therefrom to this Court, the Supreme Court of Canada, the Governor in Council or the Treasury Board. That being so, I am unable to see what purpose is served by the reference in s. 61(1) to rights to review under s. 28 if the view urged by counsel for the Canadian Broadcasting Corporation is correct.

aux procédures, en vertu de la Règle 1100. Les parties se sont toutefois entendues pour demander à la Cour de débattre la question de compétence lors de la présente demande.

² *National Indian Brotherhood c. Juneau* [N° 2] *précité*, p. 73.

³ Voir, à titre d'exemple, *Doran c. Jewell* (1914) 49 R.C.S. 88, *Upper Canada College c. Smith* (1920) 61 R.C.S. 413 par le juge Duff (avant qu'il ne devienne juge en chef) aux pages 423 à 425, *Singer c. Le Roi* [1932] R.C.S. 70, *Boyer c. Le Roi* [1949] R.C.S. 89, et *Marcotte c. Le Roi* [1950] R.C.S. 352.

⁴ Il ne faut pas oublier qu'en vertu de l'art. 29, on ne peut demander, en faisant appel à l'art. 28, l'examen d'une ordonnance ou d'une décision, «dans la mesure» où il peut être interjeté appel, de cette ordonnance ou de cette décision, devant la présente Cour, la Cour suprême du Canada, le gouverneur en conseil ou le conseil du Trésor. Dans ce cas, je ne vois pas, si la thèse de l'avocat de la Société Radio-Canada est juste, l'utilité de mentionner à l'art. 61(1) les droits d'examen de l'art. 28.

Jean Maurice Koenig (Appellant)

v.

Minister of Transport (Respondent)

Court of Appeal, Jackett C. J., Thurlow J. and Perrier D. J.—Montreal, June 14, 15, 16, 17, 1971.

Pilotage—Suspension of licence—Wrongful act or default—Pilot making wrong manoeuvre in panic—Investigating Court—Form of questions submitted—Canada Shipping Act, R.S.C. 1952, c. 29, s. 568(1).

A court appointed under s. 568(1) of the *Canada Shipping Act* to investigate a collision between two ships in the St. Lawrence River suspended the licence of K, the pilot of the upbound ship. The two ships were approaching each other in a narrow channel and should have passed port to port in accordance with Rule 25 of the Collision Regulations. However, the downbound ship in navigating a curve in the channel crossed mid-channel to the north. K reacted by altering his ship's course to the south, intending to pass to starboard, and did not signal his manoeuvre by whistle as required by Rule 28 of the Collision Regulations. The other ship then altered its course to the south and the collision ensued. The Investigating Court found that K should have realized that the downbound ship would return to its proper course, and that his faulty and erratic manoeuvre, the result of panic, was the real cause of the collision; also that he violated Rules 25 and 28 of the Collision Regulations. K appealed.

Held: (1) The Investigating Court's findings were correct and the appeal must be dismissed.

(2) The order suspending K's licence was not invalidated because one of the questions put to the Investigating Court pursuant to the *Shipping Casualties Rules* asked its opinion as to whether the collision resulted from anyone's "incompetence" or "misconduct" as well as from "wrongful act" or "default", which are the only two bases for suspension of a licence under s. 568(1) of the *Canada Shipping Act*.

Belisle v. Minister of Transport [1967] 2 Ex.C.R. 141, referred to.

APPEAL from decision of court appointed to investigate a shipping casualty under Part VIII of *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1952, c. 29.

Jean-Paul Dufour, Bruno Desjardins and Blake Knox for appellant.

Bernard Deschênes and Guy Major for respondent.

Jean Maurice Koenig (Appellant)

c.

Le ministre des Transports (Intimé)

Cour d'appel, le juge en chef Jackett, le juge Thurlow et le juge suppléant Perrier—Montréal, les 14, 15, 16, 17 juin 1971.

Pilotage—Suspension de brevet—Faute ou prévarication—Piloté faisant une manoeuvre erronée dans l'aflolement—Cour d'investigation—Forme des questions soumises—Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1952, c. 29, art. 568(1).

Une cour, constituée conformément à l'art. 568(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* pour enquêter sur un abordage entre deux navires sur le fleuve St-Laurent, suspendit le brevet de K, le pilote du navire allant vers l'amont. Les deux navires se dirigeaient l'un vers l'autre dans un chenal étroit et auraient dû se rencontrer bâbord à bâbord conformément à la Règle 25 des Règlements sur les abordages. Cependant, le navire allant vers l'aval, en prenant une courbe du chenal, franchit le milieu du chenal vers le nord. K réagit en changeant la route de son navire vers le sud, avec l'intention de longer sur tribord et ne signala pas sa manoeuvre par un coup de sifflet comme l'exige la Règle 28 des Règlements sur les abordages. L'autre navire changea alors sa route vers le sud et l'abordage s'ensuivit. La cour d'investigation estima que K aurait dû se rendre compte que le navire descendant reprendrait sa propre route, que sa manoeuvre irrégulière et incorrecte, fruit de l'aflolement, fut la véritable cause de l'abordage, et aussi qu'il viola les Règles 25 et 28 des Règlements sur les abordages. K interjeta appel.

Arrêt: (1) Les conclusions de la cour d'investigation sont fondées et l'appel doit être rejeté.

(2) L'ordonnance de suspension du brevet de K n'était pas viciée car l'une des questions posées à la cour d'investigation conformément aux *Règles sur les sinistres maritimes*, lui demandait son avis sur le point de savoir si l'abordage était imputable à «l'incompétence» ou à «l'inconduite» ainsi qu'à la «faute» ou la «prévarication», qui sont les seuls motifs de suspension de brevet aux termes de l'art. 568(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

Renvoi à: *Belisle c. Le ministre des Transports* [1967] 2 R.C.É. 141.

APPEL d'une décision de la cour constituée pour enquêter sur un sinistre maritime conformément à la Partie VIII de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1952, c. 29.

Jean-Paul Dufour, Bruno Desjardins et Blake Knox pour l'appellant.

Bernard Deschênes et Guy Major pour l'intimé.

JACKETT C.J.—This is an appeal from a decision of a court that held a formal investigation of a shipping casualty under Part VIII of the *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1952, c. 29. The decision appealed from is a decision under s. 568(1) of the Act suspending the appellant's licence as a pilot.¹

On October 10, 1969, at approximately 05.18 hours (E.S.T.) there was a collision, in the vicinity of Lauzon, Quebec, between Canadian Motor Vessel *Maplebranch* and the Danish Motor Vessel *Atlantic Skou*. Pursuant to Part VIII of the *Canada Shipping Act*, the Honourable Mr. Justice Chevalier of the Superior Court of Quebec held a formal investigation with reference to that collision and, on May 8, 1970, he made a report which contained, *inter alia*, an order with reference to the appellant, reading as follows:

Under the circumstances, the Court orders that his pilot's licence be suspended for a period of three (3) months beginning from the pronouncement of the present judgment...

The Investigating Court was assisted in the investigation by three assessors, all of whom concurred in the Court's report.

This appeal is from the aforesaid order.

I think it is a fair summary of the position of the appellant on this appeal that he accepts the basic facts as found by the Investigating Court—that is, he accepts the Investigating Court's findings as to what in fact happened—but he does not accept that Court's characterization of those facts and he does not accept that Court's conclusions concerning the application of the relevant statutory provisions to those facts. The respondent accepts and supports the Investigating Court's report, in so far as the facts are concerned, without reservation.

I propose to commence these reasons by summarizing the basic facts found by the Investigating Court in my own language and with no more detail than is necessary, as it seems to me, to appreciate the Investigating Court's conclusions with regard thereto and the appellant's attack on such conclusions.

LE JUGE EN CHEF JACKETT—Il s'agit en l'espèce d'un appel d'une décision d'un tribunal qui tint une investigation formelle sur un sinistre maritime en vertu de la Partie VIII de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1952, c. 29. L'appel interjeté porte sur une décision rendue conformément à l'art. 568(1) de la loi suspendant le brevet de pilote de l'appelant.¹

Le 10 octobre 1969, vers 5h18 (H.N.E.) une collision se produisit aux environs de Lauzon (Québec) entre le navire à moteur canadien *Maplebranch* et le navire à moteur danois *Atlantic Skou*. Conformément à la Partie VIII de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, l'honorable juge Chevalier de la Cour supérieure de Québec tint une investigation formelle au sujet dudit abordage et, le 8 mai 1970, fit un rapport qui contenait, entre autres, une ordonnance concernant l'appelant rédigée ainsi:

[TRADUCTION] Dans ces circonstances, la Cour ordonne que son brevet de pilote soit suspendu pour une période de trois (3) mois à compter du prononcé du présent jugement...

La cour d'investigation était assistée par trois assesseurs qui participèrent tous à la rédaction de son rapport.

En l'espèce il est interjeté appel de l'ordonnance susmentionnée.

Je pense qu'il est exact de résumer aussi la position de l'appelant dans cet appel: il accepte les faits de base établis par la cour d'investigation savoir, il accepte les conclusions de la cour d'investigation sur ce qui s'est en fait produit, mais il n'accepte pas la qualification de ces faits par la Cour ni les conclusions de la Cour sur l'application des dispositions législatives applicables à ces faits. L'intimé accepte et appuie le rapport de la cour d'investigation, en ce qui concerne les faits, sans aucune réserve.

Je propose donc de commencer ces motifs par un résumé des faits de base établis par la cour d'investigation dans mes propres termes et sans plus de détail qu'il n'est nécessaire à mon avis, afin d'apprécier les conclusions de la cour d'investigation en ce qui concerne ces faits et l'attaque de ces conclusions par l'appelant.

The *Maplebranch*, an oil tanker about 376 feet in length with a moulded breadth of 52 feet and a depth of 27.5 feet, was proceeding upbound to Quebec City in ballast with the appellant as her pilot, and the *Atlantic Skou*, a steel cargo vessel 613 feet in length, 73 feet in beam and 46.7 feet in depth was proceeding downbound from the Pilot Station in Quebec Harbour with a cargo of grain in bulk and with a pilot whose name was J. M. W. Keating. The two vessels should have passed each other in a curved portion of the shipping channel which required the *Maplebranch* to change her course to port (to her left) and required the *Atlantic Skou* to change her course to starboard (to her right). The channel at all relevant places was 500 cables (3,000 feet) in width, or more.

The shipping channel in question is a "narrow channel" within the meaning of Rule 25(a) of the *Canada Shipping Act Regulations for Preventing Collisions at Sea*, which regulation reads as follows:

(a) In a narrow channel every power-driven vessel when proceeding along the course of the channel shall, when it is safe and practicable, keep to that side of the fairway or mid-channel which lies on the starboard side of such vessel.

If both vessels had complied with this rule, the two vessels would have passed each other in safety. (For convenience, the side of the channel in which the *Maplebranch* should have stayed is referred to as the North side and the side of the channel in which the *Atlantic Skou* should have stayed is referred to as the South side.)

What happened, in fact, is that

(a) the *Atlantic Skou* passed over the "mid-channel" from the South side of the channel to the North side;

(b) when the appellant saw the *Atlantic Skou* pass over to the North side of the channel, he caused the *Maplebranch* to change direction to port;

(c) the *Atlantic Skou* started to return to the South side of the channel;

(d) a situation then arose where a collision was imminent and the appellant caused the *Maplebranch* to go hard to port and Pilot Keating caused the *Atlantic Skou* to go hard to starboard with the result that the two ves-

Le *Maplebranch*, pétrolier d'environ 376 pieds de long, d'un bau de 52 pieds et d'un creux de 27.5 pieds, remontait vers la ville de Québec sur lest avec l'appellant pour pilote et l'*Atlantic Skou*, cargo d'acier de 613 pieds de long, 73 pieds de bau et 46.7 pieds de creux descendait le fleuve après avoir quitté la station de pilotage du port de Québec, piloté par M. J. M. W. Keating avec une cargaison de céréales en vrac. Les deux navires auraient dû se rencontrer dans une partie du chenal maritime en courbe ce qui demandait au *Maplebranch* de changer sa route vers bâbord (à sa gauche) et à l'*Atlantic Skou* de changer la sienne vers tribord (à sa droite). A tous les endroits importants, le chenal avait au moins 500 encâblures de large (3,000 pieds) ou plus.

Ce chenal maritime étant un «chenal étroit» selon l'acception de la Règle 25a) des Règlements pour prévenir les abordages en mer de la Loi sur la marine marchande du Canada, règle qui est rédigée ainsi:

a) Tout navire à propulsion mécanique faisant route dans un chenal étroit doit, quand la prescription est d'une exécution possible et sans danger, prendre la droite du chenal ou du milieu du passage.

Si les deux vaisseaux s'étaient conformés à cette règle, ils auraient pu se rencontrer en toute sécurité. (Pour plus de commodité, on se réfèrera au côté du chenal dans lequel le *Maplebranch* aurait dû rester comme étant le côté nord et le côté du chenal dans lequel l'*Atlantic Skou* aurait dû rester comme étant le côté sud.)

En effet, les faits sont les suivants:

a) l'*Atlantic Skou* franchit le «milieu du chenal» en passant du côté sud du chenal vers le côté nord du chenal;

b) quand l'appellant vit l'*Atlantic Skou* passer vers le côté nord du chenal, il fit virer le *Maplebranch* à bâbord;

c) l'*Atlantic Skou* amorça un retour vers le côté sud du chenal;

d) il en résulta alors qu'un abordage était imminent et l'appellant fit virer le *Maplebranch* à bâbord toute tandis que le pilote Keating faisait virer l'*Atlantic Skou* à tribord toute de sorte que les deux navires s'abordaient en plein milieu du côté sud du chenal.

sels collided well into the South side of the channel.

This happened on a dark, clear night when visibility was excellent. Just before a collision became imminent, the *Maplebranch* was travelling at a speed of 11 knots through the water and the *Atlantic Skou* was travelling at a speed of 14 knots through the water.

The established extent of the *Atlantic Skou*'s encroachment on the North side of the channel appears from a finding that, at a certain point, her wheel-house was three-tenths of a cable (180') and her bow was four-tenths of a cable (240') north of the centre line of the channel.

Based on its findings of fact (made in much more detail than I have summarized them), the Investigating Court reached the following conclusions:

(1) The circumstance (not the cause) at the origin of the misunderstanding was the momentary and, in all, slight encroachment of the *Atlantic Skou* north of the geographic centre of the channel;

(2) This encroachment occurred at a time when both vessels were relatively close to each other but when no emergency seemed to exist as yet;

(3) The encroachment occurred within a very short period of time and the vessel normally and gradually made the desirable manoeuvre to return to her side;

(4) The encroachment compelled the pilot of the *Maplebranch* to keep an eye on the situation and adopt an adequate manoeuvre to meet it;

(5) Instead of going farther north and ordering to starboard to meet the approaching downbound vessel red to red, the Pilot Koenig decided on a faulty manoeuvre of meeting her on starboard, despite the *Atlantic Skou*'s return position to the south which he knew or, at this moment, should have realized perfectly;

(6) This faulty and erratic manoeuvre, the result of the panic which presided at the moment, was the real cause of the collision;

(7) The fact that the pilot Koenig did not reduce his speed and did not use his whistle to warn Pilot Keating of his manoeuvre also should be considered as a factor which contributed to the disaster and established a causality link with the disaster;

(8) The speed of the two vessels, prior to the moment when the collision became imminent, was contrary to the regulations established for that part of the river where the vessels were located but, in the opinion of the Court, it cannot, properly speaking, be considered as a decisive factor or a determining cause of the collision itself.

Lors de la collision la nuit était sombre et claire, la visibilité excellente. Juste avant que l'abordage ne devienne imminent, le *Maplebranch* avançait à une vitesse de 11 nœuds en surface et l'*Atlantic Skou* avançait à une vitesse de 14 nœuds en surface.

L'étendue établie de l'empiètement de l'*Atlantic Skou* sur le côté nord du chenal ressort d'une conclusion de fait précisant qu'à un moment donné, sa timonerie était à trois-dixièmes d'encâblure (180') et son avant à quatre-dixièmes d'encâblure (240') au nord de la ligne médiane du chenal.

A partir de ces constatations de faits (beaucoup plus détaillées que je ne les ai résumées), la cour d'investigation a dégagé les conclusions suivantes:

[TEXTE] (1) La circonstance (non la cause) qui a été à l'origine du malentendu est l'empiètement momentané et sommes toutes, léger de l'*Atlantic Skou* au nord du centre géographique du chenal;

(2) Cet empiètement est survenu à un moment où les deux navires étaient relativement rapprochés l'un de l'autre, mais où l'état d'urgence ne semblait pas encore exister;

(3) Cet empiètement a été fait durant un très court espace de temps et le navire a normalement et graduellement fait la manoeuvre désirable pour revenir sur son côté;

(4) Cet empiètement obligeait nécessairement le pilote du *Maplebranch* à surveiller les lieux et à adopter une manoeuvre adéquate pour y faire face;

(5) Au lieu d'aller plus vers le nord, donc de commander à tribord pour rencontrer rouge à rouge le navire descendant, le pilote Koenig a opté pour une manoeuvre fautive en décidant de rencontrer à tribord, malgré la position de retour vers le sud de l'*Atlantic Skou* qu'il connaissait ou qu'il devait, à ce moment, réaliser parfaitement;

(6) Cette fausse et erratique manoeuvre, fruit d'un état d'esprit de panique qui y a présidé, est la cause réelle de l'abordage;

(7) Le fait que le pilote Koenig n'a pas réduit sa vitesse et n'a pas averti, par l'utilisation de son sifflet le pilote Keating de sa manoeuvre entre également en ligne de compte comme des éléments contributaires du sinistre et établit un lien de causalité avec ce sinistre;

(8) La vitesse des deux navires, préalablement au moment où la collision est devenue une éventualité prévisible, était contraire aux règlements établis pour la partie du fleuve où se faisait cette navigation, mais, dans l'opinion de la Cour, elle ne peut être, à proprement parler, considérée comme un élément décisif ou une cause déterminante de l'abordage lui-même.

The Investigating Court found that Pilot Keating committed two "violations", being "illegal speed" and "momentary encroachment". He dealt with these as follows:

As stated above, it has been proven that under the guidance of her pilot, the *Atlantic Skou* encroached slightly upon the north side of the channel. There is perhaps one particular circumstance which explains this course. The vessel in question measures 613 feet in length. The evidence reveals that she reacts slowly to commands. She was loaded. At a short distance from the spot where the command of 20 degrees was given, the channel curves to the south. Given all these factors, it would appear that under such circumstances, it was perhaps unlawful as such but not unusual for such a divergence or encroachment to occur. Despite the upstream traffic which should have prompted the pilot of the vessel to act most cautiously, it would appear that this violation was not important and did not involve an inherent risk for two reasons: firstly, the encroachment was slight; secondly, it was made in the context of a general manoeuvre and of a continued turn to the south.

In summary, it may be stated that the vessel took the curve, widening it slightly more than was necessary or desirable, a situation which, according to experienced seamen, occurs fairly regularly in our narrow channels and must be taken into account by those preparing to meet such vessels.

Secondly, the existing regulation relative to the speed in the area where the disaster occurred (Section 35, Sub-section (2), paragraph (d)) prohibits a speed exceeding 9 knots. Pilot Keating (page 657) admitted that before the collision he might have attained 10 knots. From its observations and calculations, the court concludes that the speed of the *Atlantic Skou* must have reached 14 knots. Violation of the law has been proven.

However, it is impossible to relate this circumstance to the accident itself.

As I understand the report, the Investigating Court found that neither of Pilot Keating's "violations" was a cause of the ultimate collision.

The Investigating Court appraises the appellant's conduct in a portion of the Report which reads, in part, as follows:

Pilot Koenig on Board the Maplebranch

Of his own admission, in sailing the vessel, he exceeded the speed limit specified in the National Harbours Board Regulations for the harbours of Quebec. In this regard, the same remarks made previously are applicable to him.

Secondly, he violated Rule 25 quoted above and, in his case, did it in such a manner that the violation may be said to be the actual cause of the collision.

* * *

When Pilot Koenig saw the *Atlantic Skou* crossing the alignments, his duty was clear: first he should have reduced

La cour d'investigation jugea le pilote Keating coupable de deux «violations», à la fois «vitesse illégale» et «empiètement momentané». Elle les envisagea de la manière suivante:

[TRADUCTION] Comme on l'a expliqué ci-dessus, il a été prouvé que sous la conduite de son pilote, l'*Atlantic Skou* empiéta légèrement sur le côté nord du chenal. Un détail précis explique peut-être cette route. Le navire en question mesure 613 pieds de long. La preuve révèle qu'il réagit lentement aux commandes. Il était chargé. Peu avant l'endroit où on commanda une manoeuvre de 20 degrés, le chenal s'incurve vers le sud. Étant donné tous ces facteurs, il apparaît que dans de telles circonstances, la manoeuvre était peut-être illégale en tant que telle, mais il n'était pas inhabituel de voir de tels empiètements ou divergences se produire. Malgré le trafic vers l'amont qui aurait dû inciter le pilote du navire à agir avec plus de prudence, il semble que cette violation n'était pas importante et ne créait pas un risque inhérent pour deux raisons; premièrement, l'empiètement était léger; deuxièmement, il avait lieu dans le cadre d'une manoeuvre générale et d'un changement de direction continu vers le sud.

En résumé, on peut dire que le navire prit la courbe en l'élargissant légèrement plus qu'il n'était nécessaire ou souhaitable, situation qui, selon des marins expérimentés, se produit assez régulièrement dans nos chenaux étroits et dont doivent tenir compte ceux qui se préparent à rencontrer de tels navires.

D'autre part, le règlement en vigueur relatif à la vitesse dans la zone où se produisit le sinistre (article 35, paragraphe (2), alinéa d)) interdit une vitesse supérieure à 9 nœuds. Le pilote Keating (page 657) admit qu'avant l'abordage il aurait pu atteindre 10 nœuds. D'après ses observations et ses calculs, la cour conclut que la vitesse de l'*Atlantic Skou* avait dû atteindre 14 nœuds. On a donc prouvé la violation de la loi.

Toutefois, il est impossible de relier ce fait avec l'accident lui-même.

Si je comprends bien le rapport, la cour d'investigation jugea qu'aucune des «violations» du pilote Keating n'était une cause de la collision finale.

La cour d'investigation apprécie la conduite de l'appelant dans une partie du rapport dont voici un extrait:

[TRADUCTION] *Le pilote Koenig à bord du Maplebranch*

De son propre aveu, il dépassa au cours de la navigation la vitesse limite prescrite par les règlements du Conseil des ports nationaux pour les ports du Québec. A cet égard, les remarques faites précédemment lui sont aussi applicables.

Deuxièmement, il viola la Règle 25 citée ci-dessus, et dans son cas, il le fit de telle sorte que l'on peut dire que cette violation est la cause réelle de l'abordage.

* * *

Lorsque le pilote Koenig vit l'*Atlantic Skou* traverser l'alignement, son devoir était clair: tout d'abord, il aurait dû

his speed, undertaken to determine the subsequent course which the approaching vessel intended to follow, taken it for granted that in the curve made by the channel, it was not unforeseeable that the downbound vessel would execute a fairly pronounced turn, imagine if not predict that it would gradually return to the south side of the channel, and order a manoeuvre to starboard and not to port as he did.

Being uncertain, as he himself said, of the course the other vessel intended to take, he could have and ought to have communicated with her for information.

His excuse is that at the time when all this happened, it was too late and on several occasions he used the expression, "The stakes were down".

Nevertheless, and despite the numerous contradictions in his evidence, he stated at a certain point that when he realized the difficulty of the situation, he was still on a course of 235 degrees. Even if this occurred later, the Court is of the opinion that he still had sufficient time to size up the situation and make the necessary decision.

True, the principle mentioned above is not absolute and must be interpreted in accordance with the specific conditions of each case; it must even be acknowledged that under certain circumstances, infringement of the rule may become necessary. However, at this moment, such a derogation would become desirable only if the circumstances were such that the general duty to exercise caution would take precedence over observance of the regulation. Moreover, this possibility is provided for in *Rule 27* which deals with these exceptions. Unfortunately, such exceptional circumstances do not appear to be pertinent to the matter at hand.

* * *

In his testimony, Pilot Koenig gave some justification for his action.

He referred to the custom whereby pilots of vessels do not infrequently meet green to green. However, in arguing that his decision was made in the moments of agony preceding the collision, such justification loses all its weight and value:

(page 937)

[TRANSLATION]: "I continued to observe her for a few seconds and then the moment she crossed, I decided that she would not meet me—I decided that when she crossed me it would be less difficult to meet me green to green than red to red, much less difficult for her; at that point I decided to give slowly to the left, but there was nothing definite yet."

(page 1021)

[TRANSLATION]: "So I arrived at the conclusion when she crossed in front, I decided to turn slightly to the left, although it was not absolutely necessary, to make it easier to meet green to green."

* * *

Thirdly, Pilot Koenig broke *Rule 28* which reads as follows:

réduire sa vitesse et essayer de déterminer la future route du navire qui approchait, admettant que dans la courbe faite par le chenal, il n'était pas imprévisible que le navire descendant exécuterait un changement de direction assez prononcé, imaginer sinon prédire qu'il reviendrait petit à petit vers le côté sud du chenal, et ordonner une manœuvre à tribord et non à bâbord comme il le fit.

Étant donné qu'il n'était pas certain, comme il le déclara lui-même, de la route que l'autre navire avait l'intention de suivre, il aurait pu et dû communiquer avec lui pour avoir des renseignements.

L'excuse qu'il avance est qu'au moment où tout ceci eut lieu, il était trop tard et à plusieurs reprises, il utilisa l'expression: «Les jeux étaient faits».

Néanmoins, et malgré les nombreuses contradictions de son témoignage, il déclara à un certain moment que, lorsqu'il réalisa la gravité de la situation, il était encore sur une route de 235 degrés. Même si ceci s'était produit plus tard, selon l'avis de la Cour, il aurait encore eu assez de temps pour juger de la situation et prendre la décision nécessaire.

En vérité, le principe mentionné ci-dessus n'est pas absolu et doit être interprété selon les conditions spécifiques de chaque cas; et on doit même reconnaître que dans certaines circonstances la violation de la règle peut être nécessaire. Toutefois, à ce moment-là, une telle dérogation apparaîtrait souhaitable seulement si les circonstances étaient telles que l'obligation générale de prudence avait priorité sur l'observation du règlement. En outre, la *Règle 27*, qui traite de ces exceptions, prévoit cette possibilité. Malheureusement, ces circonstances exceptionnelles ne semblent pas être applicables à l'affaire en question.

* * *

Dans son témoignage, le pilote Koenig justifia un peu son action.

Il se référa à la coutume selon laquelle les pilotes de navire se rencontrent assez souvent vert à vert. Toutefois, si l'on indique qu'il avait pris sa décision dans les moments d'affolement précédant l'abordage, une telle justification perd tout son poids et sa valeur:

(page 937)

[TEXTE] «Alors, j'ai continué à l'observer pendant quelques secondes, et puis au moment où il a traversé, là j'ai décidé qu'il ne me rencontrerait pas—qu'à ce moment-là, pour lui, en me traversant, il serait moins difficile de me rencontrer: vert à vert que: rouge à rouge, beaucoup moins difficile pour lui. Alors à ce moment-là, j'ai opté pour commencer à tourner lentement sur la gauche. Mais il n'y avait rien de définitif, à ce moment-là, encore.»

(page 1021)

[TEXTE] «Alors, j'en suis arrivé à la conclusion, à ce moment-là, quand il a traversé en avant, de tourner légèrement sur la gauche, bien que ça ne soit pas absolument nécessaire, mais seulement pour donner une chance de plus pour rencontrer: vert à vert.»

* * *

Troisièmement, le pilote Koenig a enfreint la *Règle 28* qui est rédigée ainsi:

Paragraph (a): When vessels are in sight of one another, a power-driven vessel under way, in taking any course authorized or required by these Rules, shall indicate that course by the following signals on her whistle, namely:

One short blast to mean "I am altering my course to starboard".

Two short blasts to mean "I am altering my course to port".

Three short blasts to mean "My engines are going astern".

Paragraph (b): Whenever a power-driven vessel which, under these Rules, is to keep her course and speed, is in sight of another vessel and is in doubt whether sufficient action is being taken by the other vessel to avert collision, she may indicate such doubt by giving at least five short and rapid blasts on the whistle. The giving of such a signal shall not relieve a vessel of her obligations under Rules 27 and 29 or any other Rule, or of her duty to indicate any action taken under these Rules by giving the appropriate sound signals laid down in this Rule.

The *Atlantic Skou* acted in accordance with the provision of Rule 28 paragraph (a).

The pilot of the *Maplebranch* failed to observe this. His statement that because of the general panic, he failed to give the signal, cannot be taken as an excuse. As he himself stated in the above text, when he ordered "port", there was no urgency at the time; he was aware that such an action would bring him to the south side of the channel and, as of this moment, he ought to have signalled his irregular manoeuvre.

Similarly, if, as he claimed, he had some doubt as to the course the approaching vessel intended to take, he should have acted in accordance with Rule 28 paragraph (b).

Finally, he broke a rule of caution by failing to slacken his speed when the situation became doubtful. He did not decide to adopt this manoeuvre until the very last minute when he had reason to state that "The stakes were down" and that it was too late.

The Report deals with the question of a sanction in respect of the appellant as follows:

The Court considers that the pilot's actions constituted rather a *fault* than default and that his poor judgment was the result of panic, obviously not a desirable trait under any circumstance in a person entrusted with piloting a vessel of this size. However, it may be said in his defence, that the distant provocation caused by the momentary encroachment of the *Atlantic Skou* was at the root of his loss of control and that, in human terms, this must be taken into account.

Under the circumstances, the Court orders that his pilot's licence be suspended for a period of three (3) months beginning from pronouncement of the present judgment in open court, in accordance with the provisions of s. 568, subsec. (5) of the *Canada Shipping Act*.

Alinéa a): Lorsque des navires sont en vue l'un de l'autre, un navire à propulsion mécanique faisant route doit, en changeant sa route conformément à l'autorisation ou aux prescriptions des présentes Règles, indiquer ce changement par les signaux suivants émis au moyen de son sifflet:

Un son bref pour dire: «Je viens sur tribord»;

Deux sons brefs pour dire: «Je viens sur bâbord»;

Trois sons brefs pour dire: «Mes machines sont en arrière».

Alinéa b): Lorsqu'un navire à propulsion mécanique qui, conformément aux présentes Règles, doit conserver sa route et maintenir sa vitesse, est en vue d'un autre navire et ne se sent pas assuré que l'autre navire prend les mesures nécessaires pour éviter l'abordage, il peut exprimer son doute en émettant au sifflet une série rapide d'au moins cinq sons brefs. Ce signal ne doit pas dispenser un navire des obligations qui lui incombent conformément aux Règles 27 et 29 ou à toute autre Règle, ni de l'obligation de signaler toute manoeuvre effectuée conformément aux présentes Règles, en faisant entendre les signaux sonores appropriés, prescrits par la présente Règle.

[TEXTE] L'*Atlantic Skou* a respecté la prescription de l'alinéa a) de la Règle 28.

Le pilote du *Maplebranch* ne s'y est pas conformé. Sa déclaration qu'il y a eu affolement et que c'est là la raison pour laquelle il n'a pas donné le signal, ne saurait constituer une excuse. Ainsi qu'il le dit dans un texte cité plus haut, la situation ne présentait aucun caractère d'urgence quand il a commandé «bâbord»; il savait que cela aurait pour résultat de l'amener du côté sud du chenal et, à compter de ce moment, il devait signaler sa manoeuvre irrégulière.

Si, également comme il le prétend, il est né dans son esprit un doute sur la route qu'entendait adopter le navire approchant, il aurait dû utiliser le moyen prévu par l'alinéa b) de la Règle 28.

Enfin, il a enfreint une règle de prudence en ne réduisant pas sa vitesse lorsque la situation lui a paru douteuse. Ce n'est qu'à la toute dernière minute qu'il a décidé d'adopter cette manoeuvre et, alors, il a raison de dire que «les jeux étaient faits» et qu'il était trop tard.

Le rapport traite de la question de la sanction à appliquer à l'appellant, de la manière suivante:

[TRADUCTION] La Cour considère que les actes de ce pilote constituaient plutôt une *faute* qu'une prévarication et que son piètre jugement était le fruit de l'affolement, ce qui manifestement n'est en aucun cas un trait souhaitable chez une personne chargée de piloter un navire de cette taille. Toutefois, on peut dire pour sa défense, que la provocation à distance causée par l'empiètement momentané de l'*Atlantic Skou* était à la base de sa perte de contrôle et que, étant donné les faiblesses humaines, il faut en tenir compte.

Étant donné les circonstances, la Cour ordonne que le brevet du pilote soit suspendu pour une période de trois (3) mois à compter du prononcé de la présente décision rendue en audience publique conformément aux dispositions de

The only question that has to be decided on this appeal is whether the appellant's licence has been validly suspended under s. 568(1) of the *Canada Shipping Act*, which *inter alia* authorizes "the licence of a pilot" to be suspended "by a court holding a formal investigation into a shipping casualty... if the court finds that... serious damage to, any ship, ... has been caused by his wrongful act or default, ...". In dealing with this question, it must be borne in mind that this Court has not before it any question as to the correctness of the Investigating Court's decision that no default of Pilot Keating was a cause of the collision. In the absence of Pilot Keating, any such question should be avoided unless it is necessarily incidental to a decision as to whether the collision was caused by a wrongful act or default of the appellant.

As I appreciate the principal attack on the order suspending the appellant's licence, it is that the encroachment of the *Atlantic Skou* on the South side of the channel faced the appellant with a situation where

(a) his port order was the best action that could be taken to meet the situation, or

(b) even if what the appellant did was not the best action in the circumstances, and he should have done the things indicated by the Investigating Court's report, the decision to do what he did was a possible decision for a reasonably well qualified and a reasonably prudent and careful pilot to take and was not, therefore, so clearly wrong as to be a "wrongful act or default" within the meaning of s. 568(1). See *Belisle v. Minister of Transport*, [1967] 2 Ex.C.R. 141.

The other basis for the appellant's principal attack, as I understand it, is that even if the appellant was guilty of a "wrongful act or default" within the meaning of s. 568(1), it was not a cause of the collision.

The appellant made certain subsidiary submissions only one of which, in my view, requires to be mentioned. That was an attack on

l'art. 568, paragraphe (5) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

La seule question sur laquelle la Cour doit statuer en appel est de savoir si le brevet de l'appellant a été suspendu à bon droit conformément à l'art. 568(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, qui, entre autres, autorise que «le brevet d'un pilote» soit suspendu «par une cour tenant une investigation formelle sur un sinistre maritime... si la cour constate que... l'avarie grave d'un navire, ... a pour cause la faute ou la prévarication, ...». En traitant de cette question, nous ne devons pas oublier que cette Cour n'a pas à statuer sur l'exactitude de la décision de la cour d'investigation selon laquelle aucun manquement du pilote Keating n'était cause de la collision. En l'absence du pilote Keating, il faudrait éviter toute question de ce genre à moins qu'elle ne soit accessoire et nécessaire à une décision déterminant si la collision était due à une faute ou à une prévarication de l'appellant.

La principale attaque de l'ordonnance suspendant le brevet de l'appellant est, d'après moi, que l'empiétement de l'*Atlantic Skou* sur le côté sud du chenal plaça l'appellant dans une situation où:

a) son ordre à bâbord était la meilleure mesure qu'il pouvait prendre pour faire face à la situation, ou

b) même si ce que fit l'appellant n'était pas la meilleure mesure dans les circonstances, et même s'il avait dû faire ce qu'indiquait le rapport de la cour d'investigation, la décision de faire ce qu'il fit, était une décision possible pour un pilote assez bien qualifié, raisonnablement prudent et attentif, et par conséquent ce n'était pas aussi nettement une faute que l'est une «faute ou prévarication» selon l'acception de l'art. 568(1). Voir *Belisle c. Le ministre des Transports*, [1967] 2 R.C.É. 141.

Il me semble que l'autre motif de la principale attaque de l'appellant est que, même s'il était coupable d'une «faute ou prévarication» selon l'acception de l'art. 568(1), ce n'était pas la cause de la collision.

L'appellant présenta des arguments subsidiaires dont un seul, à mon avis, exige d'être mentionné. Il s'agissait d'une attaque de la forme

the form of the questions put to the Investigating Court. I shall return to this after I have discussed what I choose to regard as the appellant's principal attack on the decision from which he appeals.

The events leading up to the collision between the *Maplebranch* and the *Atlantic Skou*, in my view, fall into two parts, namely, the events leading up to the passing of the *Atlantic Skou* into the North part of the channel and the events from the time that the *Atlantic Skou* passed into the North part of the channel until the time of the collision.

In so far as this appeal is concerned, we are not concerned with the question whether the *Atlantic Skou* passed into the North part of the channel as a result of "wrongful act or default" of those on that ship. The presence of that ship in the North part of the channel was the result of its navigation by those on it and the appellant is clearly, in no way, responsible for the presence of that ship in that place.

What we are concerned with is whether as a result of what happened after the appellant saw the *Atlantic Skou* pass into the North side of the channel this Court should find that the collision was caused by the appellant's wrongful act or default.

The effect of what is said on behalf of the appellant, as I understand it, is that the appellant, by reason of his sight of the *Atlantic Skou* passing into his side of the channel was faced with a situation of danger where

- (a) the *Atlantic Skou* was on a course on his side of the channel which would result in the two vessels passing starboard to starboard instead of port to port,
- (b) if he turned the *Maplebranch* to starboard, he would create a danger of collision with the *Atlantic Skou* having regard to her course when he saw her crossing his bow, and
- (c) if he reduced the speed of the *Maplebranch*, we cannot tell, on the evidence before us, whether it would have lessened the danger or not,

and, in these circumstances, in the limited time available for consideration, he decided on going to port without reducing speed so as to facilitate

des questions posées à la cour d'investigation. Je reviendrai là-dessus après avoir discuté ce que j'ai choisi de considérer comme la principale attaque de l'appelant de la décision qu'il porte en appel.

Les événements conduisant à l'abordage entre le *Maplebranch* et l'*Atlantic Skou* se divisent, à mon avis, en deux parties, savoir: les événements conduisant au passage de l'*Atlantic Skou* dans la partie nord du chenal et ceux, allant du moment où l'*Atlantic Skou* est passé dans la partie nord du chenal au moment de l'abordage.

Pour ce qui est de l'appel, nous n'avons pas à aborder la question de savoir si l'*Atlantic Skou* était passé dans la partie nord du chenal à la suite d'une «faute ou prévarication» de son équipage. La présence de ce navire dans la partie nord du chenal résultait de la navigation de l'équipage et il est clair que l'appelant n'est, en aucune façon, responsable de la présence de ce navire à cet endroit.

Ce qui nous préoccupe, c'est de savoir si par suite de ce qui est arrivé après que l'appelant a vu l'*Atlantic Skou* passer du côté nord du chenal, cette Cour doit conclure que la collision était due à la faute ou prévarication de l'appelant.

A mon avis, l'effet de ce qui fut dit au nom de l'appelant, est que, dès que ce dernier vit l'*Atlantic Skou* passer de son côté du chenal, il fut confronté avec une situation dangereuse dans laquelle:

- a) l'*Atlantic Skou* suivait une route de son côté du chenal de sorte que les deux vaisseaux pouvaient se rencontrer tribord à tribord au lieu de bâbord à bâbord,
- b) s'il avait contourné le *Maplebranch* à tribord, il aurait créé un risque de collision avec l'*Atlantic Skou*, eu égard à sa route quand il le vit croiser devant lui, et
- c) eut-il réduit la vitesse du *Maplebranch*, nous ne pouvons pas dire, d'après la preuve apportée, si cela aurait diminué le danger ou non,

et, en l'occurrence, vu le temps limité disponible pour la réflexion, il décida d'aller à bâbord sans réduire sa vitesse afin de faciliter un pas-

the starboard to starboard passing that had been imposed on him by the *Atlantic Skou*. Having been placed in that position by the *Atlantic Skou* and having been thus induced to take the avoiding action that he took, the *Atlantic Skou* then changed her course, according to the submissions on behalf of the appellant as I understand them, in such a way as to make a collision inevitable and thus forced the appellant to go hard to port to minimize the effect of the collision, with the result that he in fact was forced to take the *Maplebranch* into the South side of the channel.

What the Investigating Court has found with the aid of its assessors, as I understand it, is that the appellant knew, or "should have realized perfectly", at the time that he saw the *Atlantic Skou* entering the North side of the channel, that she would "return to the South" and that he should, therefore, have reduced his speed and have ordered "a manoeuvre to starboard".

The submissions on behalf of the appellant and the findings of the Investigating Court conjure up quite different pictures of the situation facing the appellant at the time that he realized that the *Atlantic Skou* was passing into the North side of the channel. In order to have some basis for appreciating the actual situation that was then facing the appellant, this Court asked its assessors to prepare for it a chart of the particular part of the channel involved, reflecting on it the relevant facts as found by the Investigating Court. That chart will form a part of these Reasons when they are put into writing.²

As appears from that chart, if the *Maplebranch* had held to the course it was following when the *Atlantic Skou* was first sighted crossing into the North part of the channel, it would have cleared by a substantial margin the course in fact followed by the *Atlantic Skou* while inside the North side of the channel. That being so, it becomes of paramount importance to reach a conclusion as to whether the appellant should, as the Investigating Court held that he should, "have realized perfectly", when he saw the *Atlantic Skou* entering the North side of the channel, that she would return to the South side of the channel in the manner in which she did,

sage tribord à tribord qui lui était imposé par l'*Atlantic Skou*. Ayant été mis dans cette situation par l'*Atlantic Skou* et ayant été ainsi amené à prendre cette mesure afin d'éviter la collision, l'*Atlantic Skou* changea alors sa route, selon les arguments présentés au nom de l'appellant tels que je les vois, d'une manière telle que l'abordage était rendu inévitable, forçant ainsi l'appellant à aller à bâbord toute pour minimiser les conséquences de l'abordage; en fait il fut obligé de diriger le *Maplebranch* vers le côté sud du chenal.

Il me semble que la cour d'investigation a établi avec l'aide des assesseurs, que l'appellant savait, ou «aurait dû parfaitement réaliser», au moment où il vit l'*Atlantic Skou* entrer dans le côté nord du chenal, qu'il «retournerait au sud» et que par conséquent il aurait pu réduire sa vitesse et ordonner «une manœuvre à tribord».

Les arguments avancés au nom de l'appellant et les conclusions de la cour d'investigation évoquant des descriptions tout à fait différentes de la situation à laquelle l'appellant dû faire face au moment où il réalisa que l'*Atlantic Skou* allait passer dans le côté nord du chenal. Afin d'avoir des preuves suffisantes pour apprécier la situation réelle à laquelle l'appellant fut alors confronté, cette Cour demanda aux assesseurs de lui préparer une carte de la partie précise du chenal impliquée, y rapportant tous les faits importants établis par la cour d'investigation. Cette carte constituera une partie de ces motifs lorsqu'ils seront rédigés par écrit.²

Comme il ressort de cette carte, si le *Maplebranch* s'était tenu à la route qu'il suivait quand il aperçut pour la première fois l'*Atlantic Skou* traverser la partie nord du chenal, il se serait nettement écarté de la route suivie en fait par l'*Atlantic Skou* alors dans le côté nord du chenal. Étant donné ceci, il devient d'importance primordiale de décider si l'appellant aurait dû, comme la cour d'investigation jugea qu'il aurait dû, «parfaitement réaliser» quand il vit l'*Atlantic Skou* passer du côté nord du chenal, qu'il reviendrait du côté sud du chenal comme il le fit en fait. Par conséquent, la Cour posa à chacun des assesseurs certaines questions. Les

in fact, so return. This Court therefore put to each of its assessors certain questions. Those questions and the answers given by the assessors read as follows:

QUESTION 1. *Having regard to the facts as found by the Investigating Court and as reflected on the chart that you have prepared for us, should the pilot on the Maplebranch "have realized perfectly", when he saw the Atlantic Skou entering the North side of the channel, that she would return to the South side of the channel in the manner in which she did, in fact, so return?*

A. CAPTAIN JEAN PAUL TURCOTTE: Yes.

A. CAPTAIN S. P. BERNA: He should of realized that the *Atlantic Skou* would return to the proper side of the Channel.

QUESTION 2. *What are your reasons for your answer to Question 1?*

A. CAPTAIN JEAN PAUL TURCOTTE: The normal course (020) for a Downbound vessel leads towards Beaufort Bank.

It is possible, for numerous reasons, that a vessel may pass the line indicated by range lights, marking a safe channel, but it does not mean that such vessel will carry on and go aground.

The pilot of the *Maplebranch* should have realized that the Downbound vessel was merely late in making her turn and that she would go back to a normal course.

A. CAPTAIN S. P. BERNA: It may happen that when a pilot is setting up the range lights he may cross the centre line for only a brief period of time.

QUESTION 3. *In your opinion, is the answer to Question 1 a matter on which pilots reasonably well qualified and reasonably careful and prudent might have come to contrary conclusions?*

A. CAPTAIN JEAN PAUL TURCOTTE: No. Pilots should be, and are used to a number of alterations of courses throughout the channel.

It would be bad seamanship on their part to consider a vessel approaching a bent or crossing the alignment of a channel, as an indication that such vessel wishes to meet on the wrong side of the channel.

A. CAPTAIN S. P. BERNA: A well qualified pilot with proper understanding of seamanship should not of taken the action he took.

I have given the best consideration that I can to the question that I have described as being of paramount importance in the light of these answers and, after considering the matter in the light particularly of the reasons given by the

questions et les réponses données par les assessors sont les suivantes:

[TRADUCTION] QUESTION 1. *Étant donné les faits établis par la cour d'investigation et rapportés sur la carte que vous nous avez préparée, le pilote du Maplebranch «aurait-il dû réaliser parfaitement» quand il vit l'Atlantic Skou passer du côté nord du chenal que ce dernier retournerait du côté sud du chenal comme en fait il le fit?*

R. LE CAPITAINE JEAN PAUL TURCOTTE: Oui.

R. LE CAPITAINE S. P. BERNA: Il aurait dû réaliser que l'*Atlantic Skou* retournerait du bon côté du chenal.

QUESTION 2. *Comment expliquez-vous vos réponses à la question numéro 1?*

R. LE CAPITAINE JEAN PAUL TURCOTTE: La route normale (020) pour un navire descendant conduit vers la rive de Beaufort.

Pour de nombreuses raisons, il est possible qu'un navire puisse franchir la ligne indiquée par les feux de direction délimitant le chenal sûr, mais ceci ne veut pas dire que le navire continuera et ira s'échouer.

Le pilote du *Maplebranch* aurait dû réaliser que le navire descendant avait simplement tardé à virer et qu'il reprendrait sa route normale.

R. LE CAPITAINE S. P. BERNA: Il peut arriver que, lorsqu'un pilote s'approche des lumières de direction, il puisse traverser la ligne médiane pour un court moment seulement.

QUESTION 3. *A votre avis, la réponse à la question numéro 1 est-elle un sujet sur lequel des pilotes assez bien qualifiés, raisonnablement prudents et avisés seraient arrivés à des conclusions contraires?*

R. LE CAPITAINE JEAN PAUL TURCOTTE: Non. Les pilotes devraient être et sont habitués à un certain nombre de changements de route dans le chenal.

Ce serait une mauvaise manœuvre de leur part de considérer qu'un navire approchant d'une courbe ou franchissant l'alignement d'un chenal comme indiquant que ce navire désire les rencontrer du mauvais côté du chenal.

R. LE CAPITAINE S. P. BERNA: Un pilote qualifié comprenant bien la manœuvre n'aurait pas dû agir comme il le fit.

J'ai étudié de mon mieux la question que je considère comme d'importance primordiale à la lumière de ces réponses et, après avoir examiné le problème en particulier à la lumière des motifs avancés par les assessors, je suis arrivé

assessors, I have reached the same conclusion as that reached by the Investigating Court, namely, that it is quite clear, and should have been quite clear to the appellant, that the appellant should, when he saw the *Atlantic Skou* cross into the North side of the channel, have navigated the *Maplebranch* on the assumption that the *Atlantic Skou* would be shaping her course so as to return forthwith into the South side of the channel.

Having reached that conclusion, I should refer to further questions that were put by this Court to the assessors. These questions and the answers given to them read as follows:

QUESTION 4. *Having regard to the facts as found by the Investigating Court and as reflected by the chart that you have prepared for us, could a pilot on the Maplebranch who was reasonably well qualified and who was reasonably careful and prudent have decided on ordering a port turn when he saw the Atlantic Skou crossing into the North side of the channel?*

A. CAPTAIN JEAN PAUL TURCOTTE: It was a wrong decision to be taken on his part. He should not have altered course.

A. CAPTAIN S. P. BERNA: He should not of ordered a port turn.

QUESTION 5. *What are your reasons for your answer to Question 4?*

A. CAPTAIN JEAN PAUL TURCOTTE: The *Atlantic Skou* although late in her action, was bound to come to starboard to follow the normal course of the channel, or to get back to it and to meet according to the rules.

A. CAPTAIN S. P. BERNA: In addition to answer No. 2 he could of assumed that the *Atlantic Skou* was having steering trouble and would go aground on that course. He therefore should of stopped his engine and give assistance if at all possible.

QUESTION 6. *Having regard to the facts referred to in Question 4, could a pilot on the Maplebranch who was reasonably well qualified, and who was reasonably careful and prudent have had a reasonable apprehension of danger of collision with the Atlantic Skou if, when he saw her crossing into the North side of the channel, he had ordered a change of course to starboard?*

A. CAPTAIN JEAN PAUL TURCOTTE: No.

A. CAPTAIN S. P. BERNA: There would of been no danger of collision if he had altered course to starboard.

QUESTION 7. *What are your reasons for your answer to Question 6?*

à la même conclusion que celle de la cour d'investigation, savoir qu'il est tout à fait évident, et aurait dû l'être pour l'appelant, que ce dernier, quant il vit l'*Atlantic Skou* passer du côté nord du chenal, aurait dû diriger le *Maplebranch* en considérant que l'*Atlantic Skou* modifierait sa route pour retourner sans délai du côté sud du chenal.

Étant parvenu à cette conclusion, je devrais faire état des autres questions que cette Cour posa aux assesseurs. Les questions et les réponses qu'ils y ont données sont les suivantes:

[TRADUCTION] QUESTION 4. *Eu égard aux faits établis par la cour d'investigation et rapportés par la carte que vous nous avez préparée, un pilote à bord du Maplebranch qui était raisonnablement compétent, raisonnablement prudent et avisé, pouvait-il décider d'ordonner un changement de direction à «bâbord» quand il vit l'Atlantic Skou passer du côté nord du chenal?*

R. LE CAPITAINE JEAN PAUL TURCOTTE: Il a pris une mauvaise décision. Il n'aurait pas dû modifier sa route.

R. LE CAPITAINE S. P. BERNA: Il n'aurait pas dû ordonner un changement de direction à bâbord.

QUESTION 5. *Quels sont les motifs de vos réponses à la question 4?*

R. LE CAPITAINE JEAN PAUL TURCOTTE: Bien que l'*Atlantic Skou* soit en retard dans son mouvement, il devait venir à tribord pour suivre la route normale du chenal, ou y revenir pour rencontrer l'autre navire conformément aux règles.

R. LE CAPITAINE S. P. BERNA: En plus de la réponse numéro 2, il aurait dû présumer que l'*Atlantic Skou* avait des problèmes de gouverne et allait s'échouer sur cette route. Par conséquent, il aurait dû arrêter ses machines et lui porter assistance dans la mesure du possible.

QUESTION 6. *Eu égard aux faits mentionnés à la question 4, un pilote sur le Maplebranch, qui était raisonnablement compétent, raisonnablement prudent et avisé, pouvait-il raisonnablement redouter le danger d'une collision avec l'Atlantic Skou si, lorsqu'il le vit passer du côté nord du chenal, il avait ordonné un changement de route à tribord?*

R. LE CAPITAINE JEAN PAUL TURCOTTE: Non.

R. LE CAPITAINE S. P. BERNA: Il n'y aurait eu aucun danger de collision s'il avait modifié sa route à tribord.

QUESTION 7. *Quels sont les motifs de vos réponses à la question 6?*

- A. CAPTAIN JEAN PAUL TURCOTTE: If such apprehension of danger of collision was present in his mind (steering troubles on board the other vessel etc.), the pilot of the *Maplebranch* should not have hesitated to stop engines and ascertain the situation before taking action.

I do not believe that such apprehension of collision was justified when action was taken by the pilot of the *Maplebranch*.

A reduction of speed would have let the other vessel cross well ahead, since even at full speed they were clear of one another.

An alteration of course to starboard would have brought the *Maplebranch* into a safe position, her draught being at a maximum of 17 feet, the tide almost at the high point (15 ft.) he could have gone north of Buoy 138B giving him room to circle or manoeuvre.

There was no danger of collision brought about by an alteration of course to starboard at this point, in fact it would have been a normal manoeuvre.

- A. CAPTAIN S. P. BERNA: Following the course lines that were supplied by the pilot of the *Maplebranch*. He appeared to have the ship under proper control the whole time. By going to starboard he had plenty of water to the north of him and in no danger of going aground and also his engine would of been on stop (re question No. 5).

QUESTION 8. *Having regard to the facts referred to in Question 4, could a pilot on the Maplebranch who was reasonably well qualified and who was reasonably careful and prudent have had a reasonable apprehension of getting into difficulties as a result of ordering a reduction in speed when he saw the Atlantic Skou passing into the North side of the channel?*

- A. CAPTAIN JEAN PAUL TURCOTTE: No.

- A. CAPTAIN S. P. BERNA: There was no reason for the pilot to feel that there was a possible danger of getting into difficulties by going at reduced speed or even stop.

QUESTION 9. *What are your reasons for your answer to Question 8?*

- A. CAPTAIN JEAN PAUL TURCOTTE: A reduction of speed would have permitted him to ascertain the situation; would have given the *Atlantic Skou* more time to correct any faulty manoeuvre or to make her turn; would have given time to put up the proper signal of "not under command" on the *Atlantic Skou* if it was the case; such as failure of the steering gear; engine troubles, etc.

Upon taking a decision as to the avoiding action, if necessary, proper signals should have been given accordingly.

- R. LE CAPITAINE JEAN PAUL TURCOTTE: S'il craignait réellement le danger d'une collision, (problème de gouverne à bord de l'autre navire etc.), le pilote du *Maplebranch* n'aurait pas dû hésiter à arrêter les machines et à se rendre compte de la situation avant de prendre des mesures.

Je ne crois pas que cette crainte d'une collision était justifiée quand le pilote du *Maplebranch* prit ces mesures.

Une réduction de la vitesse aurait laissé le temps à l'autre navire de traverser bien en avant, puisque même à pleine vitesse ils étaient éloignés l'un de l'autre.

Une modification de la route à tribord aurait placé le *Maplebranch* dans une position sûre, son tirant d'eau étant au maximum de 17 pieds, la marée pour ainsi dire pleine (15 pieds), il aurait pu aller au nord de la bouée 138B lui laissant la place de tourner ou manœuvrer.

Une modification de la route à tribord ne causait aucun danger de collision à ce moment-là, en fait cette manœuvre aurait été normale.

- R. LE CAPITAINE S. P. BERNA: En suivant les dépositions du pilote du *Maplebranch*, il semble qu'à tout moment, il contrôlait le navire de manière parfaite. En allant vers tribord il avait suffisamment d'eau au nord et ne risquait pas de s'échouer d'autant plus que ses machines auraient été au point mort (voir question numéro 5).

QUESTION 8. *Un pilote sur le Maplebranch qui était raisonnablement compétent, raisonnablement prudent et avisé, pouvait-il redouter raisonnablement d'avoir des difficultés après avoir ordonné de réduire la vitesse quand il vit l'Atlantic Skou passer du côté nord du chenal?*

- R. LE CAPITAINE JEAN PAUL TURCOTTE: Non.

- R. LE CAPITAINE S. P. BERNA: Il n'y avait aucune raison pour que le pilote pense qu'il y avait un risque possible d'avoir des difficultés en allant à une vitesse moindre ou même en s'arrêtant.

QUESTION 9. *Quels sont les motifs de vos réponses à la question 8?*

- R. LE CAPITAINE JEAN PAUL TURCOTTE: Réduire la vitesse lui aurait permis de se rendre compte de la situation; aurait donné plus de temps à l'*Atlantic Skou* pour corriger sa manœuvre incorrecte ou pour faire son changement de direction; aurait donné le temps de monter le signal approprié «impossibilité de manœuvre» sur l'*Atlantic Skou* si c'était le cas; telle qu'une panne de l'appareil à gouverner, des problèmes avec les machines, etc . . .

En décidant de prendre des mesures afin d'éviter la collision, si nécessaire, il aurait donc dû faire les signaux appropriés.

A. CAPTAIN S. P. BERNA: It is a question of seamanship. He is faced with a ship that might be in difficulties. It is therefore his duty to give the other ship whatever assistance he can, i.e., (1) reduced speed, (2) stop, (3) room to manoeuvre—or all three if necessary.

After considering the matter further in the light of these answers, I have concluded that the ultimate collision was the direct and immediate result of the order given by the appellant to go to port just after he saw the *Atlantic Skou* entering into the North side of the channel instead of reducing speed and possibly going to starboard, and that giving the order to go to port was something that he plainly ought not to have done, and failing to reduce speed was something which it was plainly his duty to do.

I turn to the breaches of regulations that the Investigating Court found the appellant to have committed.

First, the appellant was found to have violated Rule 25. I repeat the relevant part of that rule for convenience.

In a narrow channel every power-driven vessel when proceeding along the course of the channel shall, when it is safe and practicable, keep to that side of the fairway or mid-channel which lies on the starboard side of such vessel.

Here, it is common ground that the *Maplebranch* was a power-driven vessel proceeding along the course of a narrow channel. It would appear, however, that, as far as we can tell on the evidence, the order of "Port" did not result in the *Maplebranch* leaving the side of the mid-channel on her starboard side and that she only left that side as a result of the hard to port order, which was given when it was no longer safe and practicable for her to keep on that side. In my view, however, in the circumstances of this case, the matter cannot be broken down into such separate elements. When the appellant gave the "port" order, he must be taken as having realized, what any reasonably well qualified and reasonably prudent and careful pilot would have realized, that, as the *Atlantic Skou* would be coming back into the South side of the channel, giving such order would result in a situation that would make it necessary for the *Maplebranch* to turn into the South channel as, in fact, she was forced to do. He therefore

R. LE CAPITAINE S. P. BERNA: C'est une question de manœuvre. Il est en face d'un bateau qui peut avoir des difficultés. Par conséquent, son devoir est de donner à l'autre bâtiment toute l'aide nécessaire possible, c'est-à-dire, (1) réduire la vitesse, (2) s'arrêter, (3) laisser de l'espace pour manœuvrer ou les trois à la fois si c'est nécessaire.

Après avoir étudié la question plus à fond à la lumière de ces réponses, j'ai conclu que finalement la collision était directement et immédiatement imputable à l'ordre donné par l'appellant d'aller à bâbord juste après qu'il vit l'*Atlantic Skou* passer du côté nord du chenal au lieu de réduire sa vitesse et si possible d'aller à tribord, et qu'il n'aurait simplement jamais dû donner l'ordre d'aller à bâbord et que son devoir était de réduire la vitesse.

J'envisage maintenant les violations des règlements dont la cour d'investigation jugea l'appellant coupable.

Tout d'abord, il a été établi que l'appellant viola la Règle 25. Pour plus de commodité, je répète la partie importante de cette règle.

Tout navire à propulsion mécanique faisant route dans un chenal étroit doit, quand la prescription est d'une exécution possible et sans danger, prendre la droite du chenal ou du milieu du passage.

Dans la présente, il est admis que le *Maplebranch* était un navire à propulsion mécanique faisant route dans un chenal étroit. Toutefois, il semble que, d'après ce que nous pouvons déduire de la preuve, l'ordre «bâbord» n'eut pas pour résultat de faire quitter au *Maplebranch* le côté du milieu du chenal à tribord; et il ne le quitta qu'après avoir reçu l'ordre à bâbord toute alors que la situation était devenue dangereuse et qu'il lui était impossible de rester de ce côté. Toutefois, étant donné les faits de cette affaire, la question ne peut, à mon avis, être divisée en éléments distincts. Quand l'appellant donna l'ordre à «bâbord», on doit considérer qu'il avait réalisé ce que tout pilote raisonnablement compétent, raisonnablement prudent et avisé aurait dû réaliser, savoir, que l'*Atlantic Skou* allait revenir dans le côté sud du chenal, et que donner un tel ordre amènerait une situation qui obligerait le *Maplebranch* à passer dans le sud du chenal comme en fait il fut obligé de le faire. Par conséquent, en donnant un ordre à

ected, in giving the "port" order, to embark on a course that had as its probable result his not being able to keep on the proper side of the mid-channel. His conduct of the vessel to the South side of the channel must be regarded, therefore, as flowing from the original port order and was therefore, in my view, a breach of Regulation 25 as the Investigating Court has found, and that breach was an immediate cause of the collision.

Secondly, the appellant was found to have failed to comply with Rule 28 which required, among other things, that "When vessels are in sight of one another, a power-driven vessel under way, in taking any course authorized or required by these Rules, shall indicate that course" by the signals set out in paragraph (a) of that rule. I am in agreement with the Investigating Court that the appellant was in breach of this rule when he gave his "port" order and that there was no excuse for his failing to give such signal, which might have alerted the *Atlantic Skou* to what he was doing in sufficient time to have changed the course of events.³

That completes my consideration of what I regard as the appellant's principal attack on the decision to suspend his licence as a pilot. I turn now to what I have referred to earlier as a subsidiary attack, being an attack on the form of the questions put to the Investigating Court.

To appreciate this aspect of the matter, it is necessary to refer to the law concerning this kind of investigation.

In the first place, we have the formal investigations into shipping casualties. Section 560 of the *Canada Shipping Act* authorizes a court appointed under s. 558 (Mr. Justice Chevalier was such a court) to hold a formal investigation in the case of a shipping casualty, and s. 578 authorizes the Governor in Council to make rules for the carrying into effect of enactments relating to formal investigations. Under s. 578, the Governor in Council has made the *Shipping Casualties Rules* (Order in Council P.C. 1954-1861, dated December 1, 1954). Section 7(1) of

«bâbord», il choisit de s'embarquer sur une route qui avait pour résultat vraisemblable de l'empêcher de rester sur le bon côté du milieu du chenal. Par conséquent, on doit considérer le fait de diriger le navire vers le côté sud du chenal comme une conséquence de l'ordre primitif à bâbord; à mon avis, c'était donc une violation du Règlement 25, comme l'a déclaré la cour d'investigation, qui a été la cause immédiate de la collision.

D'autre part, on a établi que l'appelant avait omis de se conformer à la Règle 28 qui exigeait entre autres choses que «lorsque des navires sont en vue l'un de l'autre, un navire à propulsion mécanique faisant route doit, en changeant sa route conformément à l'autorisation ou aux prescriptions des présentes Règles indiquer ce changement . . .» par des signaux prévus à l'alinéa a) de cette Règle. Je m'accorde avec la cour d'investigation pour dire que l'appelant viola cette Règle quand il donna son ordre à «bâbord» et qu'il n'avait aucune excuse pour omettre de donner ce signal ce qui aurait pu avertir l'*Atlantic Skou* de ce qu'il faisait, suffisamment à l'avance pour changer le cours des événements.³

Voilà qui complète l'examen de ce que je considère comme la principale attaque de l'appelant de la décision de suspendre son brevet de pilote. Maintenant je vais envisager ce que j'ai mentionné précédemment comme étant une attaque subsidiaire, savoir une attaque de la forme des questions posées à la cour d'investigation.

Afin de juger de cet aspect de la question, il faut se reporter à la loi concernant ce genre d'enquête.

En premier lieu, nous avons les investigations formelles concernant les sinistres maritimes. L'article 560 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* autorise une cour nommée conformément à l'art. 558 (M. le juge Chevalier constituait cette cour) à tenir une investigation formelle dans le cas d'un sinistre maritime et l'art. 578 autorise le gouverneur en conseil à établir des règles pour rendre exécutoires les dispositions législatives se rapportant aux investigations formelles. Conformément à l'art. 578, le gouverneur en conseil a établi les *Règles sur les*

those regulations authorizes the Minister of Transport to cause a notice, to be called a notice of investigation, to be served on certain specified officers and on any other person who in his opinion ought to be made a party. Section 7(2) provides, and this is the provision to be specially noted, that a notice of investigation shall contain a statement of the case "together with a statement of the questions which, on the information then available, are to be raised on the hearing of the investigation". Section 7(3) provides for amendments being made to such "questions" by an officer of the Department "at any time before the hearing of an investigation".

In the second place, we have the provision for cancellation or suspension of certificates or licences. Section 568 of the *Canada Shipping Act* provides, among other things, that the licence of a pilot may be cancelled or suspended by a court holding a formal investigation into a shipping casualty "if the court finds that... serious damage to, any ship... has been caused by his wrongful act or default..."

In the third place, we have certain provisions in the *Shipping Casualties Rules* concerning the "Proceedings" in the Investigating Court. Section 16 requires that the investigation shall commence with the calling of witnesses "on behalf of the Department". Section 17(1) provides that when the examination of such witnesses has been concluded the representative of the Department shall state in open court "the questions concerning the casualty, and the conduct of the certificated officers or other persons... upon which the opinion of the Court is desired", and s. 17(2) provides that "In framing the questions for the opinion of the Court" the officer of the Department may make such changes in the questions in the notice of investigation "as, having regard to the evidence, he may deem necessary". Section 18 then provides that, after the questions for the opinion of the Court have been stated, the Court shall hear the parties to the investigation (including any witnesses that they produce) and "shall determine the questions so stated".

Now, in the light of that summary, I turn to the appellant's subsidiary attack. The appellant

sinistres maritimes (décret en Conseil privé 1954-1861, en date du 1^{er} décembre 1954). L'article 7(1) de ces règlements autorise le ministre des Transports à signifier un avis, appelé avis d'investigation à certains officiers désignés ainsi qu'à toute autre personne qui, selon lui, doit être partie. L'article 7(2) prévoit, et cette disposition doit être particulièrement soulignée, qu'un avis d'investigation doit contenir un exposé de l'affaire «ainsi qu'un exposé des questions qui, d'après les renseignements alors disponibles, seront soulevées à l'audience». L'article 7(3) prévoit qu'un fonctionnaire du ministère «à toute époque antérieure à l'audition» peut modifier ces «questions».

En second lieu, il existe des dispositions concernant l'annulation ou la suspension des certificats ou des brevets. L'article 568 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* prévoit entre autres choses que le brevet d'un pilote peut être annulé ou suspendu par une cour tenant une investigation formelle sur un sinistre maritime «si la cour constate que... l'avarie grave d'un navire... a pour cause la faute ou la prévarication d'un pilote...».

En troisième lieu, certaines dispositions des *Règles sur les sinistres maritimes* concernant «la procédure» devant la cour d'investigation. L'article 16 exige que l'investigation commence par l'appel de témoins «pour le compte du ministère». L'article 17(1) prévoit que une fois l'interrogatoire de ces témoins terminé, le représentant du ministère expose en audience «les questions dont il désire saisir la cour relativement au sinistre et à la conduite des officiers brevetés ou autres personnes visées». Et l'art. 17(2) prévoit que «dans la rédaction des questions à déférer à la Cour» le fonctionnaire du ministère peut opérer des changements dans les questions de l'avis d'investigation «qu'il peut juger nécessaire, eu égard à la preuve». L'article 18 prévoit ensuite que, après l'exposé des questions à déférer à la Cour, cette dernière entend les parties dans l'investigation (y compris tous les témoins qu'elles produiront) et «décide les questions ainsi exposées».

A la lumière de ce résumé, je vais maintenant envisager l'attaque subsidiaire de l'appellant.

refers to Question No. 8 of the questions in the Statement of the Case, which reads:

Question No. 8

- A. Did the collision between the two vessels occur as the result of incompetence, wrongful act, default or misconduct of any person or persons?
- B. If so, what person or persons were involved?
- and the answer given by the Investigating Court, which reads:

Answer

A. Yes.

- B. Pilot Koenig and First Officer Forbes for the reasons indicated in detail in Chapter 6 of the Report.

The appellant emphasizes that Question 8 asks the Court for an opinion as to whether the collision occurred as the result of "incompetence" or "misconduct" as well as to whether it occurred as a result of "wrongful act" or "default", which are the only two bases for cancelling a certificate or pilot's licence. I was not able, I am afraid, to appreciate the force of the contention that this could, in some way, serve as a basis for invalidating the decision suspending the appellant's licence. What is contemplated in both s. 7 and s. 17 of the *Shipping Casualties Rules* is "questions" which the Investigating Court is to answer for the information of the Minister. Question 8 calls for an answer concerning the "incompetence, wrongful act, default or misconduct" of "any person or persons" that caused the collision. This is a very wide question that is presumably of importance to the Minister for his purposes. When the Investigating Court is acting under s. 568 with reference to a certificate or a pilot's licence, it is not answering a "question", it is making an order with operative effect and it must make findings of fact that are required by the relevant law. This is quite a different process although, in the circumstances, the two processes overlap.

As for the suggestion that the appellant makes that the inclusion of words such as "incompetence" or "misconduct" in Question 8 tended to mislead the Court "and may well have prompted it to look beyond the conduct of the appellant . . . and to inquire into his past or present competence, as well as other foreign considerations, when, in reality, it should have been

L'appelant mentionne la question n° 8 de l'exposé de l'affaire qui est rédigée ainsi:

Question n° 8

- A. La cause de l'abordage peut-elle être attribuée à l'incompétence, la faute, la prévarication ou la mauvaise conduite d'une ou plusieurs personnes?
- B. Si oui, de qui et pour quelles raisons?
- et la réponse apportée par la cour d'investigation est la suivante:

Réponse

A. Oui.

- B. Le pilote Koenig et le premier officier Forbes pour les raisons indiquées en détail au chapitre 6 du rapport.

L'appelant souligne que la question n° 8 demande à la Cour son opinion sur le point de savoir si l'abordage était directement imputable soit à «l'incompétence» ou à «l'inconduite» soit à «une faute» ou «prévarication», qui sont les deux seuls motifs d'annulation d'un certificat ou d'un brevet de pilote. Je crains de ne pouvoir apprécier la valeur de l'affirmation selon laquelle ceci pourrait servir, d'une manière ou d'une autre, de base pour annuler la décision suspendant le brevet de l'appelant. Ce qui est envisagé dans les art. 7 et 17 des *Règles sur les sinistres maritimes*, ce sont les «questions» auxquelles la cour d'investigation doit répondre pour renseigner le Ministre. La question 8 demande une réponse concernant «l'incompétence, la faute, la prévarication ou l'inconduite» d'«une ou plusieurs personnes» qui causèrent l'abordage. C'est une question très vaste qui est probablement importante aux fins du Ministre. Lorsque la cour d'investigation agit aux termes de l'art. 568 en ce qui concerne un certificat ou un brevet de pilote, elle ne répond pas à une «question», elle rend une ordonnance opérante et doit élaborer ses conclusions de fait comme l'exige la loi applicable. C'est un processus tout à fait différent bien que, dans les circonstances, les deux processus se chevauchent.

Quant à la suggestion de l'appelant portant que l'introduction de mots tels que «incompétence» ou «inconduite» dans la question 8 tendait à induire la Cour en erreur [TRADUCTION] «et peut bien l'avoir incitée à étudier plus à fond la conduite de l'appelant . . . et à s'informer de ses compétences passées et présentes, ainsi que d'autres considérations extérieures,

concerned only with the possibility of his having committed a 'wrongful act or default' in the performance of his duty at the time of the casualty", it is sufficient only to refer to the relevant parts of the Report of the Investigating Commission, which I have already read, to satisfy oneself that the Court was very conscious of exactly what it had to decide. If there was, otherwise, any doubt that the Court was aware of the limited meaning to be given to the words of the statute that it had to apply, this doubt is removed by referring to its discussion of the case of First Officer Forbes where the relevant part of the judgment in *Belisle v. Minister of Transport* [1967] 2 Ex.C.R. 141 is set out. I am satisfied that there is no substantial criticism that can be made of the Investigating Court's finding of facts in so far as they were conditions to the decision appealed against.

I should not leave this aspect of the matter without adding that I do not wish to be taken as implying that an officer or pilot is not entitled to the protection of the ordinary principle governing a fair hearing. In particular, I have no doubt that he is entitled to notice of what is alleged against him and to an opportunity to make his answer thereto. In this case, however, a perusal of the transcript of the hearing makes it clear that the appellant was ably represented and there would appear to be no doubt that he knew what was to be answered and had a full opportunity to answer it.

Before concluding, I desire to express one reservation in relation to the report of the Investigating Court. I do not desire to be taken as agreeing or disagreeing with the finding that the breaches of the law concerning the speed of ships in that channel were not a cause of the collision. I think it must be open to argument that, at least in some circumstances, a ship that exceeds a statutory speed limit must be charged with fault for not having taken avoiding action that she would have been able to take if she had been operating within the speed limit.

For the above reasons, my conclusion is that the appeal should be dismissed.

alors que, en réalité, elle aurait dû se préoccuper seulement de la possibilité qu'il ait commis une «faute ou prévarication» en exécutant sa tâche au moment du sinistre», il est suffisant de mentionner seulement les parties pertinentes du rapport de la Commission d'enquête, que j'ai déjà exposées, pour être assuré que la Cour savait très exactement ce qu'elle avait à décider. Si dans le cas contraire il y avait le moindre doute sur le fait que la Cour était consciente de la signification limitée à donner aux termes de la loi qu'elle devait appliquer, ce doute est écarté si l'on se rapporte à sa discussion du cas du premier officier Forbes dans laquelle une partie significative du jugement de l'affaire *Belisle c. Le ministre des Transports* [1967] 2 R.C.É. 141 est citée. Je suis convaincu qu'on ne peut faire aucune critique grave des conclusions de faits de la cour d'investigation dans la mesure où elles conditionnaient la décision contre laquelle l'appel est interjeté.

Je ne veux pas laisser cet aspect de la question sans ajouter que je ne désire pas qu'on puisse me faire dire qu'un officier ou un pilote n'a pas droit à la protection de principe régissant un procès juste. En particulier, je suis certain qu'il a le droit de savoir ce qui est allégué contre lui et de pouvoir y répondre. Cependant, dans la présente affaire, une lecture de la transcription de l'audience met en évidence que l'appelant était bien représenté et il n'y a aucun doute qu'il savait ce qu'il devait répondre et qu'il a eu toutes les occasions pour le faire.

Avant de conclure, je désire exprimer une réserve en ce qui concerne le rapport de la cour d'investigation. Je ne veux pas que l'on considère que j'approuve ou désapprouve les conclusions établissant que les violations de la loi concernant la vitesse des navires dans le chenal n'étaient pas une cause d'abordage. Je pense qu'on doit pouvoir discuter le fait que, au moins dans certaines circonstances, un bâtiment dépassant la limite de vitesse légale doit être considéré comme fautif pour n'avoir pas pris une mesure propre à éviter le dommage, qu'il aurait pu prendre s'il avait manœuvré à la vitesse limite.

Pour les motifs susmentionnés, je conclus que l'appel doit être rejeté.

THURLOW, J.—I have reached the same conclusion.

While a great many detailed aspects of the matter were discussed in the course of the argument, the broad facts, as I view them, are that the appellant, who was navigating the *Maplebranch* in his proper side of the channel but, as the learned Commissioner found, extremely close to the centre line and at a speed some five knots in excess of the prescribed nine knot limit, when faced with the problem presented by the *Atlantic Skou* crossing the centre line into his side of the channel, elected to go to port and to attempt a starboard to starboard meeting with that vessel. The learned Commissioner described the invasion by the *Atlantic Skou* of the appellant's water as "momentary" and "slight" and found that the vessel "normally and gradually made the desired manoeuvre to return to her side." He also found that the appellant knew, or should have realized that that was what the *Atlantic Skou* would do.

The gravity of the conduct of the *Atlantic Skou* in exceeding the speed limit, in crossing the centre line when the *Maplebranch* was approaching, and in not having seen that vessel as early as she might have been seen, are not, as I see it, matters with which we are concerned in this appeal, either as being infractions of regulations or even as contributory causes of the collision. The question for us, as I view it, is simply whether the conduct of the appellant, in the situation that confronted him, warrants in law the punishment awarded.

On this, three points put forward in the course of argument call for consideration. The first of these is whether in the circumstances the action taken by the appellant was wrong. On this question I have no difficulty in concluding that the appellant's attempt to pass the *Atlantic Skou* starboard to starboard by going to port at a time when he knew, or ought to have expected, that the *Atlantic Skou* would attempt to regain her side of the channel by moving to starboard before meeting him, was a wrong manoeuvre. I would also regard it as a wrong manoeuvre for him, even if the turning of the *Atlantic Skou* to starboard were to be regarded as but one of several possible courses that the

LE JUGE THURLOW—Je suis parvenu à la même conclusion.

Bien qu'un grand nombre d'aspects détaillés de l'affaire aient été examinés au cours des plaidoiries, les faits simples tels que je les envisage, sont les suivants: l'appelant naviguait à bord du *Maplebranch* du bon côté du chenal, mais comme le savant commissaire l'a établi, extrêmement près de la ligne médiane et à une vitesse d'environ 5 nœuds au-dessus de la limite fixée à 9 nœuds; confronté avec le problème présenté par l'*Atlantic Skou* qui franchit la ligne médiane et passa de son côté du chenal, il choisit d'aller à bâbord et d'essayer de rencontrer ce navire tribord à tribord. Le savant commissaire décrivit l'empiètement de l'*Atlantic Skou* sur les eaux de l'appelant comme «momentané» et «léger» et établit que le navire «normalement et graduellement a fait la manœuvre désirable pour revenir de son côté». Il a aussi établi que l'appelant savait ou aurait dû se rendre compte que c'était ce que l'*Atlantic Skou* allait faire.

La gravité de la conduite de l'*Atlantic Skou* pour avoir dépassé la limite de vitesse, franchi la ligne médiane alors que le *Maplebranch* approchait, et n'avoir pas vu ce navire aussitôt qu'il était visible, ne constitue pas, à mon avis, des questions dont nous nous préoccupons dans cet appel, à titre d'infractions aux règlements ou même à titre de causes contributives de la collision. A mon avis, la question pour nous est simplement de savoir si la conduite de l'appelant, dans la situation à laquelle il était confronté, justifie en droit la sanction infligée.

A ce sujet, il faut prendre en considération les trois points avancés au cours des plaidoiries. Le premier est de savoir si dans ces circonstances, l'action entreprise par l'appelant était mauvaise. Il m'est aisé de conclure que ce point que la tentative de l'appelant de rencontrer l'*Atlantic Skou* tribord à tribord en allant à bâbord au moment où il savait, ou aurait dû prévoir que l'*Atlantic Skou* essaierait de regagner son côté du chenal en se dirigeant vers tribord avant de le rencontrer, était une manœuvre erronée. J'estimerai aussi qu'il a fait une manœuvre erronée même si on devait considérer le changement de direction de l'*Atlantic Skou* à tribord comme l'une des nombreuses routes possibles qu'il pou-

Atlantic Skou might undertake to follow. Only if the appellant had been able to eliminate the possibility of the *Atlantic Skou* turning to starboard—whether by communicating with her or otherwise—could the appellant's turning to port, in my opinion, have been justified as a correct as opposed to a wrong manoeuvre. Moreover, in the circumstances the making of such a move without such communication or assurance, without a signal, and without making the alteration of sufficient magnitude to open his green light to the *Atlantic Skou*, in my view, served to aggravate its wrongful character.

The second, and perhaps the strongest submission from the point of view of the appellant, was that even if turning to port, in the attempt to meet the *Atlantic Skou* starboard to starboard, was a wrong manoeuvre it was a mere error of judgment made in an emergency and was not a wrongful act or default within the meaning of s. 568(1)(a) of the *Canada Shipping Act*. Here it is to be observed that in evidence, which was cited by the learned Commissioner in his report, the appellant himself stated that when the first order to port from the course of 235° T was given, there was no urgency or emergency since, on the assumption on which it was based, that is to say, that the *Atlantic Skou* would not alter her course, the vessels would clear each other and that the alteration to port was not absolutely necessary but was made to make it less difficult for the *Atlantic Skou* to meet the *Maplebranch* green to green.

I do not think, however, that the matter was, or even appeared to the appellant to be, as simple as that. It seems possible that the appellant may have hoped that his going to port would be noticed and would itself persuade those on board the *Atlantic Skou* not to attempt a port to port meeting. But the appellant could not but be aware that no starboard to starboard meeting had been arranged. And from his point of view, as I see it, and as the learned Commissioner as well appears to have seen it, by far the most probable action to be expected from the *Atlantic Skou* was not that she would keep her course but that she would turn to starboard.

avait décider de suivre. Ce n'est que si l'appelant avait pu éliminer la possibilité du changement de direction à tribord de l'*Atlantic Skou*, soit en entrant en communication avec lui soit autrement, qu'à mon avis, l'appelant pouvait justifier son changement de direction à bâbord comme une manoeuvre appropriée par opposition à une manoeuvre erronée. En outre, dans ces circonstances, une telle manoeuvre opérée sans communication ou assurance préalable, sans signal et sans faire un changement d'une ampleur telle que sa lumière verte soit visible de l'*Atlantic Skou*, contribua, à mon avis, à aggraver son caractère fautif.

La deuxième affirmation et peut-être la plus solide du point de vue de l'appelant, était que même si le changement de direction à bâbord, en essayant de rencontrer l'*Atlantic Skou* tribord à tribord, était une manoeuvre erronée, c'était une simple erreur de jugement faite dans des circonstances critiques et non pas une faute ou prévarication selon l'acception de l'art. 568(1)a) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Il faut noter ici que dans la preuve, que le savant commissaire citait dans son rapport, l'appelant lui-même déclarait que lorsque le premier ordre à bâbord de la route de 235° T fut donné, il n'y avait ni urgence ni situation critique puisque, d'après l'hypothèse sur laquelle il se fondait, c'est-à-dire que l'*Atlantic Skou* n'allait pas changer sa route, les navires se seraient dégagés l'un de l'autre et que ce changement à bâbord bien que pas absolument nécessaire fut effectué pour faciliter la rencontre de l'*Atlantic Skou* avec le *Maplebranch* vert à vert.

Toutefois, je ne pense pas que l'affaire était ou même paraissait être aussi simple que cela à l'appelant. Il semble possible que l'appelant ait pu espérer que son passage à bâbord serait remarqué et suffirait à persuader l'équipage de l'*Atlantic Skou* de ne pas essayer d'effectuer une rencontre bâbord à bâbord. Mais l'appelant ne pouvait pas faire autrement que savoir que la rencontre tribord à tribord n'était pas prévue. Et de son point de vue, tel que je le vois et comme le savant commissaire semble aussi l'avoir vu, l'action de loin la plus vraisemblable qu'il pouvait attendre de l'*Atlantic Skou* n'était

In these circumstances the appellant's going to port in an attempt to meet the *Atlantic Skou* starboard to starboard, without having arranged for such a meeting, or having communicated his intention by signal or otherwise, and at a time when there were other more normal or more natural courses open to him, including reducing his speed, maintaining his course for a time, and going to starboard when the course of the *Atlantic Skou* became clear, appears to me, as I think it did to the learned Commissioner, to have been so extraordinary and unnatural a departure from the conduct to be expected of a competent pilot faced with similar situations as to fall well within the meaning of a "wrongful act or default" in s. 568 of the Act, as that expression has been interpreted in *Belisle v. The Minister of Transport*.

Moreover the necessity which appeared to the appellant to require and ultimately caused him to order hard aport, which brought the *Maplebranch* to the wrong side of the channel, if indeed the earlier turn to port had not already done so, was but the consequence of his action in making the earlier turn to port, and thus put him in breach of Article 25 of the Collision Regulations as the learned Commissioner found him to have been.

The remaining point was that the appellant's manoeuvre to port was not the cause of the collision and damage. I have already indicated my view that the question of the responsibility of the *Atlantic Skou* for the collision is not before the Court on this appeal, and as I see it, it can make no difference to the appeal whether the conduct of that vessel was a contributory cause of the collision or not. The only question that appears to me to arise is whether a wrongful act or default of the appellant was a cause of the collision and damage. On this point the argument ranged over the inevitability of the collision resulting from the *Atlantic Skou* turning to starboard, no matter which course the appellant might have adopted, from the time when he gave the order to port. Apart, however, from the advice which, as has already been indicated, we have received from our assessors,

pas qu'il maintiendrait sa route mais qu'il reviendrait à tribord.

Dans ces circonstances, le fait que l'appellant aille à bâbord pour essayer de rencontrer l'*Atlantic Skou* tribord à tribord, sans avoir préparé cette rencontre, ou sans avoir communiqué son intention par signal ou autrement, et à un moment où il y avait d'autres solutions plus normales ou plus naturelles qui lui étaient offertes, y compris réduire sa vitesse, maintenir sa route pendant un moment et aller à tribord quand la route de l'*Atlantic Skou* serait devenue libre, me semble, comme il a dû sembler au savant commissaire, être un manquement tellement extraordinaire et anormal à la conduite que l'on peut attendre d'un pilote compétent placé dans des situations semblables qu'il tombe bien dans le cadre d'une «faute ou prévarication» de l'art. 568 de la Loi, comme cette expression a été interprétée dans l'affaire *Belisle c. Le ministre des Transports*.

En outre le fait qu'il ait paru nécessaire à l'appellant de demander et finalement d'ordonner à bâbord toute, ce qui amena le *Maplebranch* du mauvais côté du chenal, si, bien sûr, le changement de direction précédent à bâbord ne l'avait pas déjà fait, n'était que la conséquence du précédent changement de direction à bâbord. Il viola ainsi l'art. 25 des Règles sur les abordages comme le savant commissaire l'en avait trouvé coupable.

Le dernier point était que la manœuvre de l'appellant à bâbord n'était pas la cause de l'abordage et des dommages. Selon mon point de vue que j'ai déjà indiqué, la question de la responsabilité de l'*Atlantic Skou* quant à l'abordage n'est pas pendante devant la Cour dans ce présent appel, et à mon avis, le fait que la conduite de ce navire était ou non une cause contributoire de l'abordage ne change rien à l'appel. La seule question qui me semble se poser, est de savoir si une faute ou prévarication de l'appellant était une cause de l'abordage et des dommages. Sur ce point, la plaidoirie porta sur le fait que l'abordage était inévitable à la suite du changement de direction de l'*Atlantic Skou* vers tribord, quelle que soit la route que l'appellant ait pu adopter à partir du moment où il donna l'ordre à bâbord. Toutefois, excepté l'avis que nous avons reçu, comme nous l'avons

that a collision was not rendered inevitable by the *Atlantic Skou* turning to starboard, I do not regard it as fairly arguable that the appellant's turning to port, without signalling or otherwise communicating the move to those in charge of the *Atlantic Skou*, was not in the circumstances at least one of the causes of the collision and damage.

On the further point of law raised with respect to the questions which the Court of formal investigation was asked to answer; I agree with what has been said by the Chief Justice, and I also wish to associate myself with his remarks regarding speed and the disabling effect of speed in excess of the prescribed limit therefor.

In my opinion the appeal fails and should be dismissed.

PERRIER D. J.—My comments will be very brief.

During my quarter-century on the bench of the Superior Court, I have rarely seen a case as carefully and capably prepared as this one. The statements of counsel are clear and precise, and their pleadings, even though it was an impossibility for both litigants to convince the Court at the same time, nevertheless gave a very thorough account of the issue.

I find myself in an unusual situation; as you know, this is a new experience which I very much appreciate, but at the same time it will be short-lived. As I shall not be back, I take this opportunity—and I am sure that at this time I can speak for my learned associates—to congratulate counsel very sincerely on having performed their duties so well.

I would simply like to point out that the appellant in his statement expressed regret—in very courteous terms—that the Honourable Mr. Justice Chevalier had not taken sufficient account of the evidence given by the witnesses Koenig and Forbes, and that he had found the credibility or preponderance of evidence to be on the side of the witnesses Keating, Mayotte and, above all, Lachance.

déjà indiqué, de nos assesseurs, selon lequel une collision n'était pas rendue inévitable par le changement de direction de l'*Atlantic Skou* vers tribord, je ne considère pas comme vraiment discutable que le changement de direction de l'appelant vers bâbord, son signal ou autre indication de changement à l'équipage de l'*Atlantic Skou*, n'était pas, dans ces circonstances, au moins une des causes de la collision et des dommages.

Sur le dernier point de droit soulevé par les questions auxquelles la cour d'investigation formelle devait répondre, je suis d'accord avec ce que le juge en chef a dit et je désire faire mienne ses remarques en ce qui concerne la vitesse et l'effet déroutant de la vitesse supérieure à la limite fixée en l'espèce.

A mon avis l'appel n'est pas bien fondé et doit être rejeté.

LE JUGE SUPPLÉANT PERRIER—Les commentaires seront très brefs:

Pendant le quart ($\frac{1}{4}$) de siècle où j'ai été sur le banc à la Cour supérieure, j'ai rarement vu un dossier préparé avec autant de soin et de compétence. Les factums des procureurs sont clairs et précis et leur plaidoirie, même si les deux (2) plaideurs n'ont pas pu réussir en même temps à convaincre la Cour, n'en ont pas été moins un exposé très approfondi de la question.

Pour moi je suis ici dans une drôle de situation; comme vous le savez, c'est une expérience nouvelle que j'apprécie beaucoup, mais c'est à la fois un début sans lendemain. Comme je ne reviendrai pas, je profite de l'occasion, et je suis sûr qu'en ce moment je puis être l'interprète de mes savants collègues, pour féliciter très sincèrement les procureurs qui ont si bien accompli leur devoir.

Je voudrais simplement souligner que l'appelant dans son factum, et ce d'une façon très courtoise d'ailleurs, a regretté que l'honorable juge Chevalier n'ait pas tenu suffisamment compte de la preuve fournie par les témoins Koenig et Forbes et qu'il ait accordé la crédibilité ou la prépondérance de la preuve aux témoins Keating, Mayotte et surtout Lachance.

I need not dwell at length upon the rules which should guide a Court of Appeal, as these have been applied on many, many occasions.

The Honourable Mr. Justice Chevalier saw and heard these witnesses, and consequently was in a position to observe their attitudes and behaviour, and to weigh their statements. The role of a Court of Appeal is not to substitute its assessment for that of the trial judge, except where there has been an obvious error.

It is my modest opinion, however, from the reading and analysis of the evidence, that the Honourable Mr. Justice Chevalier's assessment of the evidence adduced before him, far from including an obvious error which might give a Court of Appeal grounds for setting aside his decision, appears to be correct and well founded, and justifies his decision.

There is no need for me to repeat the very detailed judgments or to detract from the merit and brilliance of the views that have just been expressed; I will simply say that I share the opinion of the Honourable Chief Justice and the Honourable Mr. Justice Thurlow, and fully agree with their conclusion.

¹ Section 576(3) of the *Canada Shipping Act* provides that "where on any such investigation a decision has been given with respect to the . . . suspension of . . . the licence of a pilot, . . . an appeal lies from the decision to the Admiralty Court". Prior to June 1, 1971, "Admiralty Court" was defined by s. 2(1) of the *Canada Shipping Act* to mean "the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side". The *Federal Court Act*, 1971 (Can.), c. 1 (Schedule B), which came into force June 1, 1971, has amended that definition so that "Admiralty Court" in the *Canada Shipping Act* now means the Federal Court of Canada. By virtue of s. 30 of the *Federal Court Act*, the appeal under s. 576(3) of the *Canada Shipping Act* is now to the Appeal Division of the Federal Court, which is also known as the Federal Court of Appeal (s. 4 of the *Federal Court Act*). This is the first appeal to be heard by the Federal Court of Appeal.

² [Not reproduced in this report—Ed.]

³ I do not regard the Investigating Court's hypothetical reference to Rule 28(b) as a finding of an infraction thereof by the appellant.

Je n'ai pas à insister très longtemps sur les règles qui doivent guider une Cour d'appel, puisque ces règles ont été maintes et maintes fois appliquées.

L'honorable juge Chevalier a vu et entendu ces témoins et par conséquent il a pu constater leur attitude, leur comportement, et a pu peser leurs déclarations. Le rôle d'une Cour d'appel n'est pas de substituer son appréciation à celle du premier (1^{er}) juge, sauf dans le cas d'une erreur manifeste.

Or à mon humble avis l'analyse, la lecture et l'analyse de la preuve m'incitent à dire que l'appréciation faite par l'honorable juge Chevalier des témoignages qui ont été rendus devant lui, loin de comporter une erreur manifeste, ce qui pourrait justifier une Cour d'appel de renverser sa décision, me paraît exacte et bien fondée, et justifie sa décision.

Je n'ai pas à reprendre les jugements très élaborés, ni à ternir le mérite et l'éclat, des opinions qui viennent d'être exprimées; je conclus simplement en disant que je partage l'opinion de l'honorable juge en chef et de l'honorable juge Thurlow et que j'accepte entièrement leur conclusion.

¹ L'article 576(3) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* prévoit que «lorsque, dans une telle investigation, une décision a été rendue relativement à . . . la suspension du . . . brevet d'un pilote, . . . il peut être interjeté appel de cette décision à la Cour d'amirauté». Avant le 1^{er} juin 1971, «Cour d'amirauté» était définie par l'art. 2(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* et signifiait «la Cour de l'Échiquier du Canada en sa juridiction d'amirauté». La *Loi sur la Cour fédérale*, 1971 (Can.), c. 1 (annexe B), qui est entrée en vigueur le 1^{er} juin 1971, a modifié cette définition de telle sorte que «Cour d'amirauté» dans la *Loi sur la marine marchande du Canada* désigne désormais la Cour fédérale du Canada. En vertu de l'art. 30 de la *Loi sur la Cour fédérale*, un appel interjeté en vertu de l'art. 576(3) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* l'est maintenant devant la Division d'appel de la Cour fédérale, qui peut être appelée Cour d'appel fédérale (art. 4 de la *Loi sur la Cour fédérale*). Il s'agit en l'espèce du premier appel qu'entend la Cour d'appel fédérale.

² [Non-reproduit dans ce texte.—Ed.]

³ Je ne considère pas le renvoi hypothétique de la cour d'investigation à la Règle 28b) comme établissant la violation de cette dernière par l'appellant.

International Nickel Company of Canada, Limited (Appellant)

v.

Minister of National Revenue (Respondent)

Trial Division, Cattanach J.—Toronto, June 22, 23, 24; Ottawa, August 24, 1971.

Income Tax—Mining company—Expenditures on construction of townsite for employees in mine—Not “development” expense—Income Tax Regulations, s. 1205.

Income Tax—Income from mining—Depletion allowance—Profit, computation of—Computation of profit for determining depletion allowance—Scientific research to acquire “know how”—Capital expenditure—Income Tax Regulations, s. 1201(5)—Income Tax Act, s. 72(1).

1. Expenditures of a mining company on the construction of a townsite to house employees engaged in the extraction and processing of ore at its mine are not attributable to the “development” of the mine and hence are not deductible under Income Tax Regulation 1205 in computing the company’s income.

International Nickel Co. v. M.N.R. [1969] 1 Ex.C.R. 563, applied; *Mount Isa Mines Ltd. v. Fed. Com’r of Taxation* [1954] 92 C.L.R. 483, distinguished; *M.N.R. v. MacLean Mining Co.* [1970] S.C.R. 877; *Johnson Asbestos Corp. v. M.N.R.* [1966] Ex.C.R. 212, considered.

2. In 1965, appellant was allowed a deduction under s. 72(1) of the *Income Tax Act* of \$2,726,784 expended on scientific research for the improvement and development of processes. Appellant contended that in computing its profit for 1965 under Income Tax Regulation 1201(2) for the purpose of determining depletion allowances, the expenditure on scientific research was not deductible as being a capital expenditure.

Held, the object of the expenditure on scientific research was the acquisition of a fund of scientific “know how”, and it was therefore a capital expenditure and so not deductible under Regulation 1201 in computing appellant’s profit.

British Insulated & Helsby Cables Ltd. v. Atherton [1926] A.C. 205, applied.

INCOME tax appeal.

Stuart Thom, Q.C., and *R. Webster* for appellant.

D. G. H. Bowman and *Elizabeth A. McFadyen* for respondent.

International Nickel Company of Canada, Limited (Appelante)

c.

Le ministre du Revenu national (Intimé)

Division de première instance; le juge Cattanach—Toronto, les 22, 23 et 24 juin; Ottawa, le 24 août 1971.

Impôt sur le revenu—Compagnie minière—Dépenses afférentes à la construction d’un lotissement urbain pour les employés de la mine—Pas de dépenses de «mise en valeur»—Règlements de l’impôt sur le revenu, art. 1205.

Impôt sur le revenu—Revenu de l’extraction—Allocation d’épuisement—Bénéfice (calcul du)—Calcul du bénéfice pour déterminer l’allocation d’épuisement—Recherches scientifiques pour acquérir le «savoir faire»—Dépenses de capital—Règlements de l’impôt sur le revenu, art. 1201(5)—Loi de l’impôt sur le revenu, art. 72(1).

1. Les dépenses afférentes à la construction d’un lotissement urbain dans le but de loger les employés qui ont été engagés par une compagnie minière travaillant à l’extraction et au traitement du minerai de sa mine, ne sont pas imputables à la «mise en valeur» de la mine et, partant, ne peuvent pas être déduites aux termes du Règlement de l’impôt sur le revenu 1205 dans le calcul du revenu de la compagnie.

Arrêt suivi: *International Nickel Co. c. M.R.N.* [1969] 1 R.C.É.; distinction faite avec l’arrêt: *Mount Isa Mines Ltd. c. Fed. Com’r of Taxation* [1954] 92 C.L.R. 483; arrêts examinés: *M.R.N. c. MacLean Mining Co.* [1970] R.C.S. 877 et *Johnson Asbestos Corp. c. M.R.N.* [1966] R.C.É. 212.

2. En 1965, il fut accordé à l’appelante une déduction, aux termes de l’article 72(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, d’une somme s’élevant à \$2,726,784 dépensée pour des recherches scientifiques dans le but d’améliorer et de développer des procédés. L’appelante soutint que pour calculer, aux termes du Règlement de l’impôt sur le revenu 1201(2), ses bénéfices de 1965 dans le but d’obtenir des allocations d’épuisement, elle ne pouvait pas déduire les dépenses de recherches scientifiques puisqu’il s’agissait de dépenses de capital.

Arrêt: le but des dépenses de recherches scientifiques était l’acquisition d’un fonds de «savoir faire» scientifique et, par conséquent, il s’agissait d’une dépense de capital qui ne pouvait donc pas être déduite aux termes du Règlement 1201 dans le calcul des bénéfices de l’appelante.

Arrêt suivi: *British Insulated & Helsby Cables Ltd. c. Atherton* [1926] A.C. 205.

APPEL de l’impôt sur le revenu.

Stuart Thom, c.r., et *R. Webster* pour l’appelante.

D. G. H. Bowman et *Elizabeth A. McFadyen* pour l’intimé.

CATTANACH J.—This is an appeal by the appellant from its assessment to income tax by the Minister for its 1965 taxation year.

[His Lordship referred to certain issues which were abandoned or agreed by the parties, and then continued:]

There are issues remaining for determination.

The first such issue for convenience I refer to as the Townsite issue.

During a period commencing in 1956 and ending on June 14, 1961, the appellant made or incurred expenditures totalling \$5,891,779 in connection with a townsite at Thompson, Manitoba, as more particularly set out in paragraphs 4, 5, 6, 7 and 8 of the Amended Notice of Appeal.

Those paragraphs read as follows:

4. In and prior to 1956, the Appellant acquired extensive mining claims in the Cross Lake Mining Division of The Pas Mining District of the Province of Manitoba and satisfied itself that ore bodies contained in the claim area were of sufficient value and extent to justify a major mining development with related milling, smelting and refining operations.

5. The claim area was situated in completely undeveloped country remote from any town or village. It was accordingly necessary to consider how employees required for the Appellant's operations, who numbered 2,000 or more, would be housed and provided for. In order that the Appellant could proceed with the development of the area, it was obliged to conform^a to provincial government policy with regard to the provisions to be made for its prospective employees.

6. In the year 1956, the Appellant commenced negotiations with the Province of Manitoba which culminated in an agreement dated as of December 3, 1956, between Her Majesty the Queen in Right of the Province of Manitoba and the Appellant (referred to herein as "the Agreement"). Its provisions, in so far as they relate to this Notice of Appeal, may be summarized as follows:

(a) A municipal entity known as the Local Government District of Mystery Lake would be organized by the Government of Manitoba, which District, when formed, would be bound by the terms of the Agreement;

(b) A townsite would be laid out within the District in the vicinity of the Appellant's mine and plant;

(c) The Appellant at its own expense would construct in the townsite roads, lanes, sidewalks, an assembly hall and

LE JUGE CATTANACH—Il s'agit en l'espèce d'un appel interjeté par l'appelante de sa cotisation d'impôt sur le revenu établie par le Ministre pour l'année d'imposition 1965.

[Sa Seigneurie a mentionné certains points abandonnés ou admis par les parties, et a continué:]

Il reste encore des questions à résoudre.

Pour plus de commodité je mentionne la première sous le titre: question du lotissement urbain.

Au cours de la période qui commence en 1956 et se termine le 14 juin 1961, l'appelante engagea ou fit des dépenses s'élevant à \$5,891,779 relativement au lotissement urbain de Thompson (Manitoba) comme le précise avec plus de détails l'avis d'appel modifié aux alinéas 4, 5, 6, 7 et 8.

Voici ces alinéas:

[TRADUCTION] 4. En 1956 et auparavant, l'appelante acheta de vastes concessions minières dans la division minière de Gross Lake dans le district minier de Le Pas (Manitoba) et s'assura que l'ensemble des gisements de minerai de la zone de la concession avait une valeur et une étendue suffisantes pour justifier l'aménagement d'une importante zone minière avec les activités connexes de broyage, fusion et affinage.

5. La zone de la concession était située dans une région sans aucun aménagement et éloignée de toute ville ou village. Par conséquent, il était nécessaire d'envisager des moyens pour loger et subvenir aux besoins des 2,000 employés ou plus requis par les activités de l'appelante. Pour pouvoir procéder à l'aménagement de la zone, cette dernière devait se conformer à la politique du gouvernement provincial en ce qui concerne les dispositions à prendre pour ses futurs employés.

6. En 1956, l'appelante entama des négociations avec la province du Manitoba qui débouchèrent sur un accord daté du 3 décembre 1956 entre sa Majesté la Reine du chef de la province du Manitoba et l'appelante (intitulée dans les présentes «la convention»). Dans la mesure où ses dispositions se rapportent au présent avis d'appel, on peut les résumer ainsi:

a) Le gouvernement du Manitoba instituerait une organisation municipale connue sous le nom de Gouvernement local du district de Mystery Lake qui, une fois constituée, serait liée par les termes de la convention;

b) L'emplacement d'une ville serait aménagé dans le district au voisinage de la mine et de l'usine de l'appelante;

c) A ses propres frais, l'appelante construirait dans le lotissement urbain, les routes, les chemins, les trottoirs,

necessary townsite offices, fire stations, school buildings, sewers, water mains, a pumping station, and sewage disposal facilities would become the property of the District or of a School District to be formed in the District;

(d) The Appellant would pay to the District an annual amount computed according to formula to be applied against current expenditures of the District including school costs;

(e) No property, real or personal, of the Appellant (other than private residences and boarding houses) would at any time be subject to municipal, district, school district or other local government assessment tax rates of any kind or nature whatsoever.

7. The thirty-six-month period during which income derived from the Appellant's Thompson Mine was exempt under section 83(5) commenced on June 15, 1961.

8. Prior to the commencement of the exempt period the Appellant made or incurred expenditures aggregating \$5,891,780.74 in connection with the townsite referred to in paragraph 6. None of these expenditures came within any of the subparagraphs (a) to (f) inclusive of Regulation 1205(2).

By paragraph 13 of the amended notice of appeal the appellant claims a deduction of 25% of the foregoing amount in computing its income for its 1965 taxation year pursuant to s. 1205 of the Regulations¹ to the *Income Tax Act*.

Paragraph 13 reads as follows:

13. The Appellant made or incurred expenditures referred to in paragraph 8 prior to the Thompson Mine coming into production in reasonable commercial quantities. Such expenditures are reasonably attributable to the development of that mine within the meaning of Regulation 1205 in Part XII of the Income Tax Regulations and the Appellant claims a deduction of twenty-five per cent (25%) of that amount in computing its income for the year.

The Minister, by paragraph 15 of his amended reply, denies that the appellant is entitled to such deduction.

Paragraph 15 reads as follows:

15. In any event, the Respondent says that the expenditures, if any, incurred by the Appellant in respect of the Thompson townsite were not expenditures made or incurred by the Appellant which are reasonably attributed to the prospecting and exploration for and development of a mine prior to the mine coming into production in reasonable commercial quantities, and that the Appellant was not entitled to the deduction claimed under Regulation 1205 of the Income Tax Regulations.

une salle de réunion et les bureaux nécessaires de la ville, les postes d'incendie, les bâtiments scolaires, les égouts, les canalisations d'eau, une station de pompage et les stations d'épuration qui deviendraient propriété du district ou district scolaire constitués alors dans le district;

d) L'appelante verserait au district une somme annuelle calculée selon la formule à appliquer aux dépenses courantes du district y compris les frais scolaires.

e) En aucun cas, la propriété mobilière ou immobilière de l'appelante (autre que les habitations privées et les pensions de famille) ne serait assujettie aux impôts municipaux, de district, de district scolaire ou à d'autres cotisations du gouvernement local de quelque genre ou de quelque nature que ce soit.

7. La période de trente-six mois durant laquelle le revenu provenant de la mine de l'appelante à Thompson était exempté d'impôt conformément à l'article 83(5) débutait le 15 juin 1961.

8. Avant le début de la période d'exemption, l'appelante fit ou engagea des dépenses s'élevant à un total de \$5,891,780.74 pour l'aménagement du lotissement urbain mentionné à l'alinéa 6. Aucune de ces dépenses n'entraient dans le cadre des sous-alinéas a) à f) compris du règlement 1205(2).

A l'alinéa 13 de l'avis d'appel modifié, l'appelante demande une déduction de 25% du montant déjà cité dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 1965 conformément à l'art. 1205 des Règlements¹ de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

L'alinéa 13 est rédigé ainsi:

[TRADUCTION] 13. L'appelante fit ou engagea des dépenses mentionnées à l'alinéa 8 avant que la mine de Thompson n'entre en production en quantités commerciales raisonnables. Ces dépenses peuvent raisonnablement être attribuées à la mise en valeur de cette mine dans l'acceptation du règlement 1205 de la Partie XII des Règlements de l'impôt sur le revenu et l'appelante réclame une déduction de vingt-cinq pour cent (25%) de ce montant dans le calcul de son revenu pour l'année.

A l'alinéa 15 de sa réponse modifiée, le Ministre refuse à l'appelante le droit à une telle déduction.

L'alinéa 15 est rédigé ainsi:

[TRADUCTION] 15. En tous cas, l'intimé déclare que les dépenses, s'il en est, engagées par l'appelante pour le lotissement urbain de Thompson, n'étaient pas des dépenses faites ou engagées par l'appelante qui peuvent raisonnablement être attribuées aux travaux de prospection, d'exploration et de mise en valeur d'une mine, avant que cette dernière entre en production en quantités commerciales raisonnables, et que l'appelante n'avait pas droit à la déduc-

The Minister also contends that the issue with respect to the deductibility of expenditures incurred by the appellant for the townsite at Thompson, Manitoba, as set out immediately above, is *res judicata*, since the same issue, or substantially the same issue had been decided by my brother Gibson in a previous appeal in the Exchequer Court of Canada entitled *The International Nickel Co. v. M.N.R.* [1969] 1 Ex.C.R. 563.

In that case the appellant herein sought to deduct the townsite expenditures incurred in 1958 to 1961 under s. 83A(3)(c)(ii) of the *Income Tax Act* as "the prospecting, exploration and development expenses incurred by it in searching for minerals in Canada".

Mr. Justice Gibson held that the expenses so incurred by the appellant were not "development expenses" within the meaning of s. 83A(3).

In this appeal the same appellant seeks to deduct the same townsite expenses (subject to the fact that only that portion of those expenses up to June 15, 1961 are claimed) as

the aggregate of all expenditures made or incurred by the taxpayer which are reasonably attributable to the prospecting and exploration for and the development of the mine, prior to coming into production in reasonable commercial quantities

under Regulation 1205.

On June 29, 1970, the Minister moved for an order striking out the pertinent paragraphs of the appellant's notice of appeal on the ground that the issues of fact and law raised thereby were *res judicata*. The motion was dismissed without prejudice to the Minister's right to renew his submission in this respect at the trial which was done.

The next issue concerns the deductibility of expenditures made or incurred by the appellant in respect of scientific research in its 1965 taxation year which, again for convenience, may be referred to as the scientific research issue.

tion réclamée aux termes du règlement 1205 des Règlements de l'impôt sur le revenu.

Le Ministre soutient aussi que la question de la déduction des dépenses engagées par l'appelante pour le lotissement urbain de Thompson (Manitoba), comme on l'a exposé ci-dessus, est *res judicata*, puisque la même question, ou la même en substance, a été jugée par mon confrère Gibson lors d'un appel antérieur interjeté devant la Cour de l'Échiquier du Canada et intitulée *The International Nickel Co. c. M.N.R.* [1969] 1 R.C.É. 563.

Dans cette affaire, l'appelante en l'espèce cherchait à déduire les dépenses afférentes au lotissement urbain qu'elle avait engagées de 1958 à 1961 en vertu de l'art. 83A (3)c(ii) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au titre «des dépenses de prospection, d'exploration et de mise en valeur, par elle faites dans la recherche de minéraux au Canada».

M. le juge Gibson jugea que les dépenses ainsi engagées par l'appelante n'étaient pas «des dépenses de mise en valeur» selon l'acception de l'art. 83A(3).

Dans le présent appel, la même appelante cherche à déduire les mêmes dépenses afférentes au lotissement urbain (sous réserve que seule la fraction des frais engagés jusqu'au 15 juin 1961 est réclamée) comme étant

[TRADUCTION] La somme de toutes les dépenses faites ou engagées par le contribuable qui peuvent raisonnablement être attribuées aux travaux de prospection, d'exploration et de mise en valeur, avant que la mine entre en production en quantités commerciales raisonnables

aux termes du Règlement 1205.

Le 29 juin 1970, le Ministre demanda à la Cour de rendre une ordonnance radiant les alinéas pertinents de l'avis d'appel de l'appelante au motif que les questions de fait et de droit soulevées par celle-ci étaient *res judicata*. La requête fut rejetée sans porter préjudice au droit du Ministre de reprendre son argumentation sur ce point lors de l'instance, ce qu'il fit.

La question suivante porte sur la déduction des dépenses faites ou engagées par l'appelante pour les recherches scientifiques pour l'année d'imposition 1965, qu'on intitulera à nouveau pour plus de commodité, la question des recherches scientifiques.

During the year 1965 the appellant made or incurred expenditures in Canada in the aggregate amount of \$2,726,784 which fall within one or other of subpar. (i) to (v) of s. 72(1)(a) of the *Income Tax Act*².

These expenditures had been claimed by the appellant and allowed as deductions by the Minister.

The issue in this respect is outlined in the first sentence of par. 15 of the amended notice of appeal which reads as follows:

15. The expenditures on scientific research referred to in paragraph 10(a) hereof were not business expenditures deductible in the ordinary course in the computation of profits for the purpose of section 1201 of the *Income Tax Regulations* and were not deductible on any basis in computing profits for the purpose of the said section.

In par. 17 of the amended reply to the notice of appeal the Minister submits that such expenditures for scientific research were properly deductible in computing the appellant's profits for the purposes of Reg. 1201³.

Paragraph 17 reads as follows:

17. The Respondent says that in computing the Appellant's profits for the purposes of Regulation 1201 of the *Income Tax Regulations*, he properly deducted expenditures of a current nature incurred and claimed by the Appellant with respect to scientific research; the said amounts were deductible in the ordinary course in the computation of profits.

There is no dispute between the parties that the appellant operates base metal mines within the meaning of Reg. 1201(1)(a)(iii) and that the deduction allowed is 33 1/3% of the aggregate of the appellant's profits reasonably attributable to the production of prime metal from all resources operated by it.

It is agreed that the scientific research expenditures are deductible under s. 72(1)(a) of the *Income Tax Act* as expenditures of a current nature. The dispute between the parties lies in whether the amount expended by the appellant on scientific research is an amount which should be deducted in computing profits for the purposes of Reg. 1201.

Au cours de l'année 1965, l'appelante fit ou engagea des dépenses au Canada d'un montant global de \$2,726,784 qui entrent dans le cadre de l'un ou l'autre des sous-al. (i) à (v) de l'art. 72(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.²

L'appelante s'était prévaluée de ces dépenses dont la déduction fut accordée par le Ministre.

Le problème, à cet égard, est souligné dans la première phrase de l'al. 15 de l'avis d'appel modifié qui est rédigée ainsi:

[TRADUCTION] 15. Les dépenses de recherches scientifiques mentionnées à l'alinéa 10a) ci-dessus n'étaient pas des dépenses d'entreprise qu'on peut déduire ordinairement dans le calcul des bénéfices aux fins de l'article 1201 des *Règlements de l'impôt sur le revenu* ni sur un fondement quelconque dans le calcul des bénéfices aux fins dudit article.

A l'al. 17 de la réponse modifiée à l'avis d'appel, le Ministre soutient que l'appelante pouvait déduire à bon droit ces dépenses de recherches scientifiques en calculant ses bénéfices aux fins du *Règlement 1201*.³

L'alinéa 17 est rédigé ainsi:

[TRADUCTION] 17. L'intimé déclare que dans le calcul des bénéfices de l'appelante aux fins du *Règlement 1201* des *Règlements de l'impôt sur le revenu*, il a déduit à bon droit les dépenses de nature courante engagée par l'appelante et dont elle se prévaut en ce qui concerne les recherches scientifiques; lesdits montants peuvent être normalement déduits du calcul des bénéfices.

Il n'y a pas de litige entre les parties sur l'exploitation par l'appelante de mines de métal vil selon l'acception du *Règlement 1201* (1)a)(iii) et sur la déduction accordée de 33 1/3 p. 100 de l'ensemble des bénéfices de l'appelante qui peuvent raisonnablement être attribués à la production de métal brut tiré de toutes les ressources qu'elle exploite.

Il a été convenu que les dépenses de recherches scientifiques peuvent être déduites conformément à l'art. 72(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au titre des dépenses de nature courante. Les parties sont en litige sur le point de savoir si le montant dépensé par l'appelante pour les recherches scientifiques est un montant à déduire dans le calcul des bénéfices aux fins du *Règlement 1201*.

It is obviously to the appellant's advantage to keep the amount of its profits as high as possible for that is the amount by reference to which the deduction of 33 1/3% under Reg. 1201(2) is computed. The greater the amount of the profit, the greater is the deduction permitted. Conversely it is in the interest of the Minister to contend that the expenditures are deductible so that the base upon which depletion is computed is decreased.

The position of the appellant is that the expenditures in scientific research should not be deducted in computing profits under Reg. 1201, nor is it directed by Reg. 1201 that such expenditures should be deducted. It is the appellant's contention that these expenditures are not laid out to earn income but are of a capital nature. If such is the case then the expenditures are not deductible under Reg. 1201. On the other hand the Minister contends that these expenditures are current expenditures laid out in carrying on the appellant's business and as such are properly deductible.

A further issue arises in connection with the expenditures on scientific research.

The second sentence of par. 15 of the appellant's amended notice of appeal reads as follows:

If it should be held that any of these expenditures can be regarded as business expenditures deductible in the ordinary course, which the Appellant says is not the case, the Appellant claims that they should accordingly enter into the computation of profits under section 4 of the Act without prejudice to the Appellant's right to deduct the whole amount of such expenditures under section 72(1)(a) aforesaid in the calculation of income for the year.

In effect the appellant claims that the amount expended by it on scientific research is deductible twice. First they are deductible under s. 72 with respect to which there is no dispute and second, if it should be found that the scientific research expenditures are business expenditures deductible in the ordinary course and accordingly deductible for the purposes of Reg. 1201, then the appellant says that the expenditures are deductible in the computation of its profits under secs. 3 and 4 of the *Income Tax*

Il est évident que l'appelante a tout avantage à maintenir le montant de ses bénéfices aussi élevé que possible car c'est le montant auquel on se réfère pour calculer la déduction de 33 1/3 p. 100 conformément au Règlement 1201 (2). Plus le montant des bénéfices est élevé, plus la déduction autorisée l'est. Réciproquement, il est dans l'intérêt du Ministre de soutenir que les dépenses peuvent être déduites pour réduire la base sur laquelle l'exonération est calculée.

Selon l'appelante, les dépenses de recherches scientifiques ne devraient pas être déduites dans le calcul des bénéfices aux termes du Règlement 1201 et ledit Règlement 1201 ne prévoit pas non plus que ces dépenses doivent être déduites. L'appelante prétend que ces dépenses ne servent pas à gagner un revenu mais sont plutôt des dépenses de capital. Si tel est le cas, les dépenses ne peuvent alors être déduites aux termes du Règlement 1201. D'autre part, le Ministre affirme que ces dépenses sont des dépenses courantes déboursées pour la bonne marche de l'entreprise de l'appelante et en tant que telles, peuvent être déduites à bon droit.

En relation avec les dépenses de recherches scientifiques, une autre question est soulevée.

La deuxième phrase de l'al. 15 de l'avis d'appel modifié de l'appelante est la suivante:

[TRADUCTION] S'il devait être jugé que certaines de ces dépenses peuvent être considérées comme des dépenses d'entreprise déductibles normalement, ce que l'appelante conteste, l'appelante déclare qu'elles devraient par conséquent entrer dans le calcul des bénéfices conformément à l'article 4 de la Loi sans pour autant porter préjudice au droit de l'appelante à déduire le montant total de ces dépenses, conformément à l'article 72(1)a susmentionné, dans le calcul du revenu de l'année.

En effet l'appelante déclare que le montant qu'elle a consacré aux recherches scientifiques, peut être déduit deux fois. Premièrement, elles peuvent être déduites aux termes de l'art. 72 au sujet duquel il n'y a pas de litige et deuxièmement, s'il devait être établi que les dépenses de recherches scientifiques sont des dépenses d'entreprise déductibles normalement et par conséquent déductibles aux fins du Règlement 1201, l'appelante déclare donc que les dépenses peuvent être déduites dans le calcul de ses

Act as well as and in addition to the deduction permitted under s. 72.

This contention the Minister denies.

The issues before me may be summarized as follows:

1. The townsite expenditures;

(a) are those expenditures "reasonably attributable to the . . . development of the mine,"?; and

(b) is this matter *res judicata*?

2. The scientific research expenditures;

(a) are those expenditures properly deductible for the purpose of computing profit under Regulation 1201?; and

(b) if they are, then is the appellant entitled to double deduction of these expenditures once under s. 72 and again under secs. 3, 4 and 12?

[His Lordship here set out in extenso an agreement of the parties as to the facts on the townsite expenditures issue, and referred to the witnesses called by the appellant on the issue as to the scientific research expenditures, and then proceeded as follows:]

I turn to the first issue in the foregoing summary, that is the Township issue.

In *International Nickel Co. v. M.N.R.* (*supra*) the appellant herein sought to deduct \$6,920,825.75 expended in establishing and building the townsite at Thompson, Manitoba as development expenses incurred by it in searching for minerals in Canada in its 1958, 1959, 1960 and 1961 taxation years in accordance with s. 83A(3) of the *Income Tax Act* in computing its taxable income for those years.

The relevant language of s. 83A(3) reads as follows:

83A. (3) A corporation whose principal business is

bénéfices aux termes des art. 3 et 4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au même titre et en sus de la déduction accordée aux termes de l'art. 72.

Le Ministre rejette cette prétention.

On peut résumer ainsi les questions qui me sont soumises:

1. Les dépenses afférentes au lotissement urbain:

a) ces dépenses peuvent-elles «raisonnablement être attribuées à . . . la mise en valeur de la mine,»?; et

b) la question est-elle *res judicata*?

2. Les dépenses de recherches scientifiques:

a) peut-on déduire, à bon droit, ces dépenses aux fins du calcul des bénéfices conformément au Règlement 1201?; et

b) s'il en est ainsi, l'appelante a-t-elle alors droit à la double déduction de ces dépenses, une première fois aux termes de l'art. 72 et une deuxième, aux termes des art. 3, 4 et 12?

[Sa Seigneurie cita intégralement l'exposé de faits sur lequel les parties se sont entendues en ce qui concerne la question des dépenses afférentes au lotissement urbain et se référa aux témoins produits par l'appelante sur la question des dépenses de recherches scientifiques, puis poursuivit ainsi:]

Je vais envisager maintenant la première question du résumé précédent, qui est celle du lotissement urbain.

Dans l'affaire *International Nickel Co. c. M.R.N.* (*précitée*), l'appelante aux présentes cherchait à déduire la somme de \$6,920,825.75, dépensée pour créer et construire le lotissement urbain de Thompson (Manitoba) à titre de dépenses de mise en valeur qu'elle avait engagées pour rechercher du minerai au Canada durant ses années d'imposition 1958, 1959, 1960 et 1961 conformément à l'art. 83A(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dans le calcul de ses revenus imposables pour ces années-là.

Les termes importants de l'art. 83A(3) sont les suivants:

83A. (3) Une corporation dont l'entreprise principale est

(b) mining or exploring for minerals,

may deduct, in computing its income under this Part for a taxation year, the lesser of

(c) the aggregate of such of

...
(ii) the prospecting, exploration and development expenses incurred by it in searching for minerals in Canada, ...

The issue before my brother Gibson was whether the townsite expenses incurred by the appellant were "development expenses incurred in searching for minerals in Canada" within the meaning of s. 83A(3). In resolving this issue he said at page 584:

As to this first issue, in my view there are two questions to be answered namely, (1) whether the expenditures made by the appellant in building the Thompson Townsite in the relevant years were "development expenses", and (2) whether such expenditures were incurred in "searching for minerals" in Canada in such years, within the meaning of section 83A(3) of the *Income Tax Act* during the relevant taxation years.

Having posed the two foregoing questions for himself Mr. Justice Gibson then proceeded to construe the meaning of the words "development expenses" independently of the words "in searching for minerals".

He said at pages 587-588:

... In my view, what Parliament intended in this subsection of the Act, was to confine "development expenses" to those expenses which are incurred at the development stage of mining as understood by people in the mining business which is, in my view, evidenced by the opinion of Mr. Cox and the dictionary definitions and the definitions from mining publications put in evidence.

As a result, I am of opinion that "development expenses" within the meaning of section 83A(3)(c)(ii) of the *Income Tax Act* mean those expenses which are incurred in the opening up of an ore body by shafts, drives and subsidiary openings for the various purposes of subsequent mining such as, the valuation of deposits, the estimate of its tonnage and in due course, its extraction. This, in essence, is the meaning given to development by E. J. Pryor in his *Dictionary of Mineral Technology* above referred to.

Predicated on such a construction of those words, and on a consideration of the whole of the evidence, I am of the view and find as a fact, that the appellant's expenditures above referred to, on the Thompson Townsite in the Province of Manitoba are not of such a nature or kind as to fall

b) l'exploitation minière ou l'exploration pour la découverte de minéraux,

peut déduire, dans le calcul de son revenu aux fins de la présente Partie, pour une année d'imposition, le moindre de

c) l'ensemble

...
(ii) des dépenses de prospection, d'exploration et de mise en valeur, par elle faites dans la recherche de minéraux au Canada, ...

La question portée devant mon confrère M. Gibson était de savoir si les dépenses afférentes au lotissement urbain engagées par l'appelante étaient «des dépenses de mise en valeur, par elle faites dans la recherche de minéraux au Canada» selon l'acceptation de l'art. 83A(3). En statuant sur la question, il déclarait à la page 584:

[TRADUCTION] Quant au premier point, il faut à mon avis répondre à deux questions, savoir, (1) les dépenses faites par l'appelante pour la construction du lotissement urbain de Thompson durant les années en question étaient-elles «des dépenses de mise en valeur» et (2) lesdites dépenses furent-elles engagées dans «la recherche de minéraux» au Canada durant lesdites années, selon l'acceptation de l'art. 83A(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pendant les années d'imposition en question.

S'étant posé les deux questions précédentes, le juge Gibson chercha alors à interpréter le sens des mots «dépenses de mise en valeur» indépendamment des mots «dans la recherche de minéraux».

Aux pages 587 et 588, il déclarait:

[TRADUCTION] ... Dans ce paragraphe de la Loi, le Parlement avait, à mon avis, l'intention de limiter «les dépenses de mise en valeur» aux dépenses qui sont engagées au stade de la mise en valeur de l'exploitation comme le conçoivent les responsables des affaires minières, ce qui est, à mon sens, démontré par l'avis de M. Cox, les définitions du dictionnaire et les définitions tirées de publications minières apportées en preuve.

Il s'ensuit, me semble-t-il, que les «dépenses de mise en valeur» selon l'acceptation de l'article 83A(3)(c)(ii) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* désignent les dépenses qui sont engagées lors de l'ouverture d'un gisement par des puits, des galeries et des ouvertures annexes pour les diverses fins de l'exploitation minière ultérieure telles que l'évaluation des gisements, le calcul du tonnage et au moment voulu, l'extraction. C'est en substance le sens donné à mise en valeur par M. E. J. Pryor dans son *Dictionary of Mineral Technology* susmentionné.

Fondé sur cette interprétation des mots et sur l'examen de l'ensemble de la preuve, j'estime et je juge quant au fait que les dépenses susmentionnées de l'appelante, afférentes au lotissement urbain de Thompson (Manitoba) ne sont pas d'une nature ou d'un genre tel qu'elles tombent dans l'ac-

within such meaning of "development expenses". I am further of the opinion that, in the main, they are production expenses of the mining of the Thompson mine.

I construe the quoted comments of Mr. Justice Gibson as defining the words "development expenses" *per se* as indicated. Having concluded that the expenses incurred by the appellant in building the Thompson Townsite are not "development expenses" it follows logically that they cannot be development expenses incurred by it in searching for minerals in Canada.

He continues on page 588:

The conclusion I reach is that it is impossible to relate the development work done by the appellant at its Thompson mine "in searching for minerals" during the relevant taxation years to the necessity for the appellant building the townsite and incurring the cost of doing so. Instead, the necessity for building such a townsite and incurring the cost of doing so, was to enable the appellant to extract the ore at the production stage of mining this mine . . .

The appellant was, therefore, unsuccessful in this issue of its appeal before Mr. Justice Gibson.

In the present appeal the appellant contends that it is entitled to deduct 25% of its expenditures made or incurred in connection with the Thompson townsite in the total amount of \$5,891,799 pursuant to Reg. 1205 to the *Income Tax Act* over a period of successive taxation years as an expenditure made or incurred by the taxpayer which is "reasonably attributable to the prospecting and exploration for and the development of the mine, prior to the mine coming into production in reasonable commercial quantities," except to the extent that the expenditures were *inter alia* not deductible under s. 83A or with respect to which the property is subject to capital cost allowance, neither of which exceptions are applicable in the present case. The mine came into production in reasonable commercial quantities on June 14, 1961. What is being claimed as a deduction are the expenditures incurred from the inception of the townsite until June 14, 1961 which accounts for a lesser amount than was claimed under s. 83A in the appeal before Mr. Justice Gibson.

ception de «dépenses de mise en valeur». En outre, je pense que pour la plupart, ce sont des dépenses de production dues à l'exploitation de la mine de Thompson.

J'interprète les commentaires cités du juge Gibson comme une définition des termes «dépenses de mise en valeur» en soi comme indiqué. Ayant conclu que les dépenses engagées par l'appelante pour construire le lotissement urbain de Thompson ne sont pas «des dépenses de mise en valeur», il s'ensuit logiquement qu'elles ne peuvent pas être des dépenses de mise en valeur qu'elle a engagées dans la recherche de minéraux au Canada.

A la page 588, il poursuit:

[TRADUCTION] J'en conclus qu'il est impossible de relier le travail de mise en valeur accompli par l'appelante dans sa mine de Thompson «dans la recherche de minéraux» pendant les années d'imposition en question à la nécessité pour cette dernière de construire un lotissement urbain et d'engager les dépenses pour ce faire. Au contraire, la nécessité de construire un tel lotissement urbain et d'engager les dépenses pour ce faire, avait pour but de permettre à l'appelante d'extraire le minerai au stade de la production de l'exploitation minière . . .

Par conséquent, l'appelante fut déboutée de son appel interjeté devant le juge Gibson sur cette question.

Dans le présent appel, l'appelante affirme qu'elle a le droit de déduire 25% de ses dépenses faites ou engagées en ce qui concerne le lotissement urbain de Thompson s'élevant à un montant global de \$5,891,799 conformément au Règlement 1205 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* durant une période d'années d'imposition consécutives à titre de dépenses faites ou engagées par le contribuable qui peuvent «raisonnablement être attribuées aux travaux de prospection, d'exploration et de mise en valeur, avant que la mine entre en production de quantités commerciales raisonnables,» sauf pour autant que les dépenses ne pouvaient, entre autres, être déduites aux termes de l'art. 83A ou à l'égard desquelles les biens sont soumis à l'allocation du coût en capital, aucune de ces exceptions n'est applicable dans le cas présent. La mine entra en production en quantités commerciales raisonnables le 14 juin 1961. La demande de déduction porte sur les dépenses engagées depuis le début du lotissement urbain jusqu'au 14 juin 1961 ce qui s'élève à une somme inférieure à celle qui était demandée aux

The substance of the argument on behalf of the appellant, as I understood it, was that the word "development" may be used in two senses, first in a technical sense and second in a broad sense. It was submitted that in s. 83A the word is used in a technical sense and is further limited by the words "in searching for minerals" but in Reg. 1205 the word is not so limited and should be interpreted in its broadest sense. The word "mine" as used in Reg. 1205 can be extended to surface facilities and to include housing facilities and amenities for the labour force without which there could be no mine. That being so it follows that the expenditures on the townsite can be reasonably attributable to the development of the mine.

In support of the foregoing argument counsel for the appellant submitted that Mr. Justice Gibson in the previous appeal was considering the words "development expenses" within the context of s. 83A(3)(c)(ii) and that he attributed the technical meaning to them that he recognized the possibility of a wider interpretation.

Gibson J. said at page 587:

... I am of opinion that the meaning given to those words by the witness Wright is not what Parliament intended. His meaning is much too wide and is one which may be acceptable and relevant in reference to the concept of an overall development of many projects being done today which may involve the establishment of a new town but it is not the concept of development which is applicable to the subject matter of this case.

Counsel also referred to the Australian decision of *Mount Isa Mines Ltd. v. F. C. of T.* (1954) 92 C.L.R. 483, not as a precedent but as illustrative of the widest possible meaning being given to the word "development" in the context of the statute under review in that case, the pertinent section of which reads as follows:

Section 122. (1) Where a person, who is carrying on mining operations (other than coal mining) in Australia for the purpose of gaining or producing assessable income, incurs expenditure on necessary plant and development of the mining property, an amount ascertained in accordance with the provisions of the section shall be an allowable deduction.

termes de l'art. 83A dans l'appel interjeté devant le juge Gibson.

L'essentiel de la plaidoirie faite au nom de l'appelante, si je l'ai bien comprise, portait que le mot «mise en valeur» peut être utilisé dans deux sens, le premier dans un sens technique et le second dans un sens plus large. Il fut avancé qu'à l'art. 83A le mot est utilisé au sens technique et en outre est limité par les mots «dans la recherche de minéraux» mais dans le Règlement 1205 le mot n'est pas limité ainsi et devrait être interprété dans son sens le plus large. Le mot «mine», utilisé dans le Règlement 1205 peut être étendu aux installations de surface et inclure les installations de logement et de commodité pour la main-d'œuvre sans lesquelles il ne pourrait y avoir de mine. Ceci étant, il s'ensuit que les dépenses afférentes au lotissement urbain peuvent être raisonnablement imputables à la mise en valeur de la mine.

A l'appui de la plaidoirie précédente, l'avocat de l'appelante soutint que dans l'appel précédent le juge Gibson prenait les termes «dépenses de mise en valeur» dans le cadre de l'art. 83A(3)c(ii), qu'il leur attribuait un sens technique et qu'il reconnaissait la possibilité d'une interprétation plus large.

A la page 587, le juge Gibson déclarait:

[TRADUCTION] ... A mon avis, le sens donné à ces termes par le témoin, M. Wright, n'est pas celui prévu par le Parlement. Son sens est beaucoup trop large et c'est un sens que l'on peut accepter et considérer comme approprié si l'on se réfère aux concepts d'une mise en valeur globale de plusieurs projets actuels qui peuvent impliquer la fondation d'une nouvelle ville mais ce n'est pas le concept de mise en valeur qui est applicable dans cette affaire.

L'avocat se référait aussi à une décision australienne, *Mount Isa Mines Ltd. c. F. C. of T.* (1954) 92 C.L.R. 483, non pas comme à un précédent mais pour illustrer le sens le plus large possible qui peut être donné aux termes «mise en valeur» dans le contexte de la Loi examinée dans cette affaire, dont l'article pertinent est rédigé ainsi:

[TRADUCTION] Article 122. (1) Lorsqu'une personne, qui exploite en Australie une mine (à l'exception des mines de charbon) dans le but de gagner ou de produire un revenu imposable, engage des dépenses pour l'usine nécessaire et la mise en valeur de la propriété minière, elle sera autorisée à déduire un montant établi conformément aux dispositions du présent article.

Following upon a successful period of exploration and investigation the appellant had carried on a mining undertaking in a remote and isolated part of Australia. When the first exploration shafts were sunk there was a small township known as Mount Isa some two miles from the mining property. The existing facilities were totally inadequate for the reasonable accommodation and living amenities of its employees, the number of which was increasing steadily. The appellant, out of its own resources, undertook the building of a new township. This project involved the construction of houses, provision of a water supply, electrical power, sanitary services, medical, hospital and educational facilities and attendant amenities.

It was held that all expenditures, other than expenditure on a plant of a capital nature directly attributable to the establishment of the mine and to the working of it or its extension or expansion from time to time should for the purposes of s. 122 be regarded as an expenditure on the "development" of the mining property.

Mr. Justice Taylor said at pages 489-90:

The purely developmental phase of many projects may, perhaps, readily be recognized, but in the case of a mining venture this is not so. A mine is not constructed once and for all, it is not static but constantly progresses and grows to enable the winning of minerals to proceed. Sometimes this process goes hand in hand with working operations whilst on other occasions it may be the outcome of deliberate and independent operations designed to render the underlying minerals more easily accessible or to further plans for the expansion or extension of the mining operations. The expression in s. 122 is, however, one of wide import and was, I think, intended to signify, apart from expenditure on plant, all expenditure of a capital nature directly attributable to the establishment and conduct of the mining operations in which the taxpayer is engaged. There are, I think, sufficiently clear indications that this is so. The section permits a person who is carrying on mining operations for the purpose of gaining or producing assessable income to treat a wide class of expenditure of a capital nature as deductible for the purposes of the Act over a period calculated by reference to the estimated life of the mine, and it is inconceivable that the legislature intended to permit such a deduction in the case of capital expenditure incurred on development, in the sense of work preparatory to the commencement of or ancillary to actual mining operations, and yet deny such a deduction in respect of expenditure of a capital nature necessarily incurred contemporaneously with and directly in association with mining operations. This consideration alone

Après une période d'exploration et de recherches couronnée de succès, l'appelante avait poursuivi une entreprise d'extraction dans une zone isolée et éloignée en Australie. Lorsque les premiers puits d'exploration furent creusés, il y avait une petite ville connue sous le nom de Mount Isa à environ deux milles de la mine. Les installations existantes étaient totalement inadaptées au logement et au confort raisonnables des employés dont le nombre augmentait constamment. Puisant dans ses propres fonds, l'appelante entreprit de construire une nouvelle commune. Ce projet impliquait la construction de maisons, l'adduction d'eau, l'électricité, des services sanitaires, médicaux, un hôpital et des installations scolaires, et les commodités annexes.

Il fut jugé que toutes les dépenses, autres que les dépenses de capital concernant l'usine et directement imputables à la création de la mine et à son exploitation ou à son extension ou expansion à diverses reprises devaient, aux fins de l'art. 122, être considérées comme des dépenses de «mise en valeur de la mine».

Le juge Taylor déclarait aux pages 489 et 490:

[TRADUCTION] La phase de pure mise en valeur dans de nombreux projets peut, éventuellement, être facilement reconnue, mais dans le cas d'une entreprise minière, il n'en est rien. Une mine n'est pas construite une fois pour toutes, elle n'est pas statique mais progresse constamment et grandit pour permettre de poursuivre l'exploitation des minéraux. Parfois, ce processus va de pair avec l'exploitation alors que d'autres fois, il peut résulter d'opérations indépendantes et calculées pour rendre les minéraux sous-jacents plus facilement accessibles ou pour favoriser des plans d'expansion ou d'extension de la mine. Toutefois, l'expression employée dans l'art. 122 est large et devait, à mon avis, désigner, outre les dépenses concernant l'usine, toutes les dépenses de capital directement imputables à la création et à la gestion des opérations d'extraction dans lesquelles le contribuable travaille. A mon avis, il y a suffisamment d'indications claires pour dire qu'il en est ainsi. L'article permet à une personne qui poursuit des opérations minières dans le but de gagner ou de produire un revenu imposable de traiter une grande partie des dépenses de capital comme déductibles aux fins de la Loi pendant une période calculée par référence à la durée évaluée d'une mine et il est inconcevable que le Parlement ait prévu de permettre une telle déduction dans le cas d'immobilisations engagées pour la mise en valeur, au sens de travail préparatoire au début des opérations d'extraction ou accessoires aux opérations présentes, et qu'il rejette cependant une telle déduction pour les dépenses de capital nécessairement engagées à la même

would, I think, dispose of any suggestion that the word "development" should be understood in any restricted sense but there is a further contrary intention to be found in the section. The deduction which is permitted in respect of plant is a deduction in relation to expenditure of a capital nature incurred on *necessary* plant. That is, on the language of the section, plant which is necessary for the carrying on of the mining operations for the purpose of gaining or producing assessable income. In the case of plant the allowable deduction is not subject to any restriction other than that to be found in the wide words of the section. Accordingly, expenditure on plant is within the scope of the section whether it is necessary for the day-to-day working of the mine or for developmental work in the narrowest sense and I should think this circumstance throws some little light on the meaning of the word "development" as used in the section. The deduction in each case is clearly intended to serve the same purpose and it would be out of keeping with the general sense of the section to give a restricted meaning to the latter word and thereby limit the range of expenditure on development in respect of which a deduction might be claimed. Perhaps, the import of the section is best understood by regarding the use of the word "development" as intended to amplify the section and to cover capital works not covered by the word "plant". At all events I am satisfied that all other expenditure of a capital nature directly attributable to the establishment of the mine and to the working of it or to its expansion or extension from time to time should, for the purposes of the section, be regarded as expenditure on the development of the mining property.

He then held, in the circumstances of that case, the provision of accommodation and amenities was a necessary part of the establishment and conduct of the appellant's undertaking and accordingly, should be treated as an expenditure incurred in the development of the mining property for the purposes of the section.

With respect to the *Mount Isa* case (*supra*) the word "development" in the language "incurs expenditure on necessary plant and development of the mining property" is in a context far different from that in which it appears in the language of s. 83A of the *Income Tax Act*, the pertinent portion of which reads, "the prospecting, exploration and development expenses incurred by it in searching for minerals . . ." and from that in which the word appears in Reg. 1205 the pertinent language of which reads, "expenditures made or incurred by the taxpayer which are reasonably attributable to the prospecting and exploration for and the development of the mine, . . .".

époque que les opérations minières et directement associées à ces dernières. Cette observation à elle seule devrait, à mon avis, écarter toute suggestion selon laquelle le mot «mise en valeur» devrait être compris dans un sens restreint mais cet article comporte en outre une intention contraire. La déduction accordée pour l'usine est une déduction correspondant à des dépenses de capital engagées pour une usine *nécessaire*. C'est, aux termes de l'article, une usine qui est nécessaire à la poursuite des opérations minières dans le but de gagner ou de produire un revenu imposable. Dans le cas d'une usine, la déduction permise n'est pas soumise à d'autres restrictions que celles que l'on peut trouver dans les termes de l'article pris dans leur sens large. En conséquence, les dépenses pour l'usine tombent dans le cadre de l'article qu'elles soient nécessaires au travail quotidien de la mine ou aux travaux de mise en valeur au sens plus étroit et je pense que cette circonstance éclaire un peu la signification du mot «mise en valeur» tel qu'il est utilisé dans l'article. On voit nettement dans chaque cas que la déduction doit servir le même but et que ce serait ne pas respecter le sens général de l'article que de donner un sens restreint à ce dernier mot et par là-même limiter le nombre des dépenses de mise en valeur pour lesquelles on peut réclamer une déduction. Peut-être, saisirait-on mieux l'importance de l'article en se référant à l'utilisation du mot «mise en valeur» dans le but d'élargir l'article et de couvrir les travaux importants qui ne sont pas couverts par le mot «usine». En tout cas, je suis convaincu que toutes les autres dépenses de capital directement imputables à la création d'une mine et à son fonctionnement ou à son expansion ou extension devraient être en tout temps, aux fins de l'article, considérées comme dépenses de mise en valeur de l'exploitation minière.

Il jugea ensuite que, dans les circonstances de cette affaire, la fourniture de logement et des commodités était une partie nécessaire de la création et de la gestion de l'entreprise de l'appelante et qu'en conséquence, elle devrait être traitée comme une dépense engagée lors de la mise en valeur de l'exploitation minière aux fins de l'article.

En ce qui concerne l'affaire *Mount Isa* (*précitée*), le mot «mise en valeur» dans la phrase «engage des dépenses pour une usine nécessaire et la mise en valeur de l'exploitation minière» est dans un contexte très différent de celui des termes de l'art. 83A de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dont voici la partie pertinente: «les dépenses de prospection, d'exploration et de mise en valeur, par elle faites pour la recherche de minéraux . . .» et de celui du Règlement 1205 dont voici les termes pertinents: «les dépenses faites ou engagées par le contribuable qui peuvent raisonnablement être attribuées aux travaux de prospection, d'exploration et de mise en valeur de la mine, . . .».

Mr. Justice Taylor in concluding that the word "development" should not be construed in a restricted sense supplemented that conclusion by reliance on the maxim of *noscitur a sociis*. He construed the word "development" because of its association with the words "necessary plant" as used in the context of the section. In the case of "necessary plant" the allowable deduction was not subject to any restriction other than to be found in the wide words of the section and that throws a similar wide meaning on the word "development" as used in the section.

However in s. 83A and in Reg. 1205 the word "development" is used in association with the words, "prospecting" and "exploration".

In *M.N.R. v. MacLean Mining Co.* [1970] S.C.R. 877, Pigeon, J. in delivering the unanimous decision of the Supreme Court of Canada considered the meaning of the word "mine" as used in s. 83(5) of the *Income Tax Act* and said that the word could not be interpreted to mean the ore body but rather a "mining concern taken as a whole, comprising mineral deposits, workings, equipment and machinery capable of producing ore" and that "mining itself is complete by the production and hoisting of the ore".

It follows that what is done with the ore after it reaches the pit head is not "mining" but rather a subsequent process of treatment.

It therefore seems to me that the word "mine" as used in Reg. 1205 is not synonymous with the words "mining property" used in the section under review in the *Mount Isa* case (*supra*), which was the assumption made by counsel for the appellant, but rather the word "mine" has the more restricted meaning ascribed to it in the *MacLean Mining* case (*supra*).

In *Johnson's Asbestos Corp. v. M.N.R.* [1966] Ex.C.R. 212, Jackett, P. considered the meaning of the phases or activities of mining preceding the delivery of ore to the pit head. They are (a) prospecting, (b) exploration, (c) development, and (d) extraction, or production.

Concluant que le mot «mise en valeur» ne devrait pas être interprété dans un sens restreint, le juge Taylor étoffa cette conclusion en s'appuyant sur la maxime *noscitur a sociis*. Il analysa le mot «mise en valeur» en tenant compte de son association avec les mots «usine nécessaire» comme dans le contexte de l'article. Dans le cas d'«usine nécessaire», la déduction permise n'était pas soumise à d'autres restrictions que celles que l'on trouve dans les termes de l'article pris dans un sens large et cela donne un sens large semblable aux mots «mise en valeur» tel qu'il est utilisé dans l'article.

Cependant, dans l'art. 83A et dans le Règlement 1205, le mot «mise en valeur» est utilisé en association avec les mots: «prospection» et «exploration».

Dans l'affaire *M.R.N. c. MacLean Mining Co.* [1970] R.C.S. 877, le juge Pigeon, en rendant la décision unanime de la Cour suprême du Canada, examinait le sens du mot «mine» de l'art. 83(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et déclarait qu'on ne pouvait l'interpréter pour lui donner le sens de gisement mais plutôt «d'une entreprise minière prise dans son ensemble et comprenant des dépôts de minerai, des galeries, du matériel d'exploitation et des machines aptes à produire du minerai» et que «l'exploitation minière proprement dite est complète par l'abat-tage et l'extraction du minerai».

Il s'ensuit que ce qu'il advient du minerai après qu'il soit arrivé sur le carreau n'est pas «de l'extraction» mais plutôt un processus ultérieur de traitement.

Par conséquent, il me semble que le mot «mine» du Règlement 1205 n'est pas synonyme des mots «propriété minière» utilisés dans l'article examiné dans l'affaire *Mount Isa* (*précitée*), ce qui était présumé par l'avocat de l'appelante, mais plutôt que le mot «mine» a le sens plus restreint que lui attribua l'affaire *MacLean Mining* (*précitée*).

Dans l'affaire *Johnson's Asbestos Corp. c. M.R.N.* [1966] R.C.É. 212, le président Jackett analysa la signification des phases ou activités de l'extraction précédant la livraison du minerai sur le carreau de la mine. Ce sont: a) la prospection, b) l'exploration, c) la mise en valeur et

Jackett, P. then found the meaning of those words in the jargon of mining engineers and others in the mining industry to be,

(a) "prospecting" - the initial stage of locating the site of a possible mining operation;

(b) "exploration" - in general terms, is the operation of testing for the existence and extent of an ore body and includes prospecting;

(c) "development" of a mine, in general terms, means to uncover the body or area which is to be the subject matter of the extraction process. Development is the preparation of the deposit or mining site for actual mining;

(d) the actual production or extraction process he defined with respect to asbestos, which was the mineral in the case before him, as drilling the rock and breaking it up with explosives, selection of the fibre bearing portions and transporting it to a mill for separation. I should think that the meaning of production or extraction, in general terms, would be the removal of the ore to the pit head and that such meaning is self-evident.

Mr. Justice Gibson held that mining was comprised of the four foregoing phases in *International Nickel Co. v. M.N.R.* (*supra*) and in *Marbridge Mines Ltd. v. M.N.R.* [1971] C.T.C. 442.

As I have previously indicated, Mr. Justice Gibson in the appeal of the appellant with respect to the deductibility of these same town-site expenses under s. 83A of the Act first directed his attention to whether they were "development" expenses (which he held that they were not) and then considered whether they were development expenses incurred in searching for minerals (which he also held that they were not).

I am unable to follow how I can attribute a different and wider meaning to the expenditures attributable to the development of a mine where such words appear in Reg. 1205 than that which

d) l'extraction ou production. Le président Jackett chercha alors la signification de ces mots dans le langage des ingénieurs des mines ou des autres professionnels de l'industrie minière comme étant:

a) «prospection»: la première phase de détermination de l'emplacement d'une exploitation minière possible;

b) «exploration»: en termes généraux, c'est le fait de déterminer l'existence et l'étendue du gisement et cela inclut la prospection;

c) «mise en valeur» d'une mine: en termes généraux, signifie découvrir l'endroit ou la zone sur laquelle l'extraction doit avoir lieu. La mise en valeur consiste en la préparation du gisement ou de l'emplacement minier pour l'extraction à proprement parler;

d) la production ou l'extraction proprement dite est définie par rapport à l'amiante qui était le minerai en question dans cette affaire, comme étant le forage des roches et le fractionnement au moyen d'explosifs, la sélection des parties riches en minerai et le transport à l'usine pour le classement. Je pense que le sens de production ou d'extraction doit, en termes généraux, être le transport du minerai au carreau de la mine et que ce sens saute aux yeux.

Le juge Gibson jugea que l'extraction comprenait les quatre phases citées dans l'affaire *International Nickel Co. c. M.R.N.* (*précitée*) et dans l'affaire *Marbridge Mines Ltd. c. M.R.N.* [1971] C.T.C. 442.

Comme je l'ai indiqué précédemment, lors de l'appel interjeté par l'appelante de la déduction de ces mêmes dépenses de lotissement urbain conformément à l'art. 83A de la Loi, le juge Gibson porta tout d'abord son attention sur le fait de savoir s'il s'agissait de dépenses de «mise en valeur» (et il jugea que ce n'était pas le cas), puis s'interrogea pour savoir s'il s'agissait de dépenses de mise en valeur faites dans la recherche de minéraux (et il jugea aussi que ce n'était pas le cas).

Je ne vois pas du tout comment je pourrais attribuer aux dépenses imputables à la mise en valeur de la mine un sens différent et plus large lorsqu'il s'agit des termes du Règlement 1205

was attributed by Mr. Justice Gibson to the words "development expenses" where they appeared in the context of s. 83A of the Act as contended by the appellant.

It is a cardinal rule of construction to give the same meaning to the same words or expressions in different parts of a statute unless there is a very clear reason for not doing so. In my view no such reason exists. The first observation is that the meaning should be found from the section itself. If it is not clear then other sections may be looked at to see in what sense the word is used. The same principles of interpretation apply to regulations made under authority of a statute.

Section 15 of the *Interpretation Act* R.S.C. 1970, c. I-23, provides,

Where an enactment confers power to make regulations, expressions used in the regulations have the same respective meanings as in the enactment conferring the power.

In my view the word "development" in the context in which it appears in Reg. 1205 indicates that the word is used in the same sense that it is used in s. 83A of the Act. As I have previously indicated the word is used both in s. 83A and in Reg. 1205 in association with the words "prospecting" and "exploration" which affects the sense in which the word "development" is used. The meanings of the three operations of prospecting, exploration and development have been determined in the *Johnson's Asbestos* case (*supra*), the previous International Nickel appeal and in the *Marbridge* case (*supra*).

It is apparent from the agreed statement of facts that the employees of the appellant whom the townsite was to house were engaged in the extraction and milling operation and in smelting and refining operations and in management, supervisory and administrative capacities (see par. 16). Later in par. 18 it is stated that "such a town was necessary to keep a stable working force in the appellant's extraction, milling and processing operation". It was not contended that employees engaged in the development phase were intended to live nor that any such persons lived in the townsite. The evidence before Mr. Justice Gibson was to like effect. He

que celui qui fut attribué par le juge Gibson aux mots «dépenses de mise en valeur» placés dans le contexte de l'art. 83A de la Loi comme le soutient l'appelante.

La règle fondamentale d'interprétation consiste à accorder le même sens aux mêmes mots ou expressions dans les différentes parties d'une loi à moins qu'il y ait une raison très claire de ne pas le faire. A mon avis, il n'en existe pas. On remarquera tout d'abord qu'on devrait trouver le sens dans l'article lui-même. Si le texte n'est pas clair, on peut alors lire les autres articles pour voir dans quel sens le mot est utilisé. Les mêmes principes d'interprétation s'appliquent aux règlements établis aux termes d'une loi.

L'article 15 de la *Loi d'interprétation* S.R.C. 1970, c. I-23, prévoit:

Quand un texte législatif confère le pouvoir d'établir des règlements, les expressions employées dans ceux-ci ont respectivement le même sens que dans le texte législatif qui confère ce pouvoir.

A mon avis, le mot «mise en valeur», dans le contexte où il se trouve dans le Règlement 1205, indique que le mot est utilisé dans le même sens que celui de l'art. 83A de la Loi. Comme je l'ai déjà indiqué, le mot est utilisé à l'art. 83A ainsi que dans le Règlement 1205 en association avec les mots «prospection» et «exploration» ce qui influe sur le sens dans lequel les mots «mise en valeur» sont utilisés. Les significations des trois opérations de prospection, exploration et mise en valeur ont été définies dans l'affaire *Johnson's Asbestos (précitée)*, le précédent appel de l'International Nickel et dans l'affaire *Marbridge (précitée)*.

Il ressort de l'exposé conjoint des faits que les employés de l'appelante qui devaient loger dans le lotissement urbain furent employés aux opérations d'extraction, de broyage et à celles de fusion et d'affinage, et pour des fonctions de gestion, surveillance et administration (voir l'al. 16). Puis à l'al. 18, il est exposé que [TRADUCTION] «une telle ville était nécessaire pour garder une main-d'œuvre stable pour les opérations d'extraction, de broyage et de traitement de l'appelante». Elle ne soutint jamais qu'elle avait l'intention d'installer les employés travaillant à l'opération de mise en valeur ni qu'aucune de ces personnes ne vivaient dans le lotis-

held that the townsite expenditures were not "development expenses" but were related to extraction and production. That being so it follows that those townsite expenditures cannot be attributable to the development of the mine. They were attributable to extraction and subsequent treatment of the ore.

Accordingly the appeal on the issue that the township expenditures are deductible under Reg. 1205 is dismissed.

In view of the conclusion I have reached it is not necessary for me to consider whether the matter is *res judicata*.

There remains for determination the issue respecting expenditures by the appellant on scientific research.

The legislative intent in enacting s. 72 of the *Income Tax Act* is clear.

Section 11(1) provides that notwithstanding par. (a) and (b) of section 12(1) the amounts specifically mentioned in s. 11 may be deducted in computing the income of a taxpayer for the taxation year. Paragraph (j) of section 11(1) provides for the deduction of such amount in respect of expenditures on scientific research as is permitted by s. 72 or by s. 72A.

The obvious purpose of s. 72 is to permit the taxpayer to deduct from its income the amounts spent on scientific research within the meaning of s. 72 which might not otherwise be deductible either because barred by s. 12(1)(b) as capital expenditures or because of the possibility the amount so expended might not be incurred directly in the income earning process within the meaning of s. 12(1)(a)⁴.

It is common ground between the parties that the appellant's expenditures on scientific research are deductible under s. 72 of the *Income Tax Act* in computing its income for its taxation year as expenditures of a current nature made in Canada. This was done.

Il en est de même pour la preuve apportée devant le juge Gibson. Il jugea que les dépenses afférentes au lotissement urbain n'étaient pas «des dépenses de mise en valeur» mais étaient associées à l'extraction et à la production. En conséquence, il s'ensuit que les dépenses afférentes au lotissement urbain ne peuvent pas être attribuées à la mise en valeur de la mine. Elles sont attribuées à l'extraction et au traitement consécutif du minerai.

Par conséquent, l'appel portant sur la question de la déduction des dépenses afférentes au lotissement urbain aux termes du Règlement 1205 est rejeté.

Étant donné ma conclusion, il n'est pas nécessaire que je statue sur le point de savoir si la question est *res judicata*.

Il me reste à statuer sur la question des dépenses encourues par l'appelante pour les recherches scientifiques.

Le but du législateur en adoptant l'art. 72 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est clair.

L'article 11(1) prévoit que par dérogation aux al. a) et b) de l'article 12(1), les montants précisés à l'art. 11 peuvent être déduits dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition. L'alinéa j) de l'article 11(1) prévoit la déduction du montant qu'autorise l'art. 72 ou l'art. 72A à l'égard des frais de recherches scientifiques.

Le but évident de l'art. 72 est de permettre au contribuable de déduire de son revenu les montants dépensés pour les recherches scientifiques au sens de l'art. 72 qui autrement pourraient ne pas l'être, soit parce que l'art. 12(1)(b) l'exclurait à titre de dépenses de capital, soit parce qu'il serait possible que le montant ainsi dépensé n'ait pas été déboursé directement en vue de gagner un revenu au sens de l'art. 12(1)(a)⁴.

Les parties ont convenu que les dépenses de l'appelante pour des recherches scientifiques peuvent être déduites conformément à l'art. 72 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition à titre de dépenses de capital faites au Canada. Ainsi fut fait.

However the issue is whether the appellant's expenditures on scientific research are deductible in the computation of its profits for the purpose of Reg. 1201 to arrive at the base upon which depletion allowance is to be calculated.

The appellant's position is that these expenditures are not business expenditures laid out for the purpose of gaining or producing income from its business, but rather are an outlay on account of capital and as such are not to be deducted to determine profits in the ordinary course.

On the other hand, the Minister's position is that the expenditures on scientific research are current expenditures directly related to the appellant's business incurred with the view of improving the appellant's business position and form an integral part of the appellant's operations.

Put in succinct terms the dispute is whether the expenditures on scientific research are in substance revenue or capital expenditures.

Again it is common ground that if they are capital expenditures they are not properly deductible in ascertaining the depletion base for the purposes of Reg. 1201, but if they are expenditures incurred directly in the income earning process then they are deductible for the purposes of Reg. 1201.

The classical and most notable test whether a payment is one made on account of capital is that enunciated by Viscount Cave L. C. in *British Insulated and Helsby Cables Ltd. v. Atherton* [1926] A.C. 205, where he said at page 213:

... But when an expenditure is made, not only once and for all, but with a view to bringing into existence an asset or an advantage for the enduring benefit of a trade, I think that there is very good reason (in the absence of special circumstances leading to an opposite conclusion) for treating such an expenditure as properly attributable not to revenue but to capital.

The appellant in the present case because of the extent and nature of its business expends large sums on scientific research and had done so for many years. It employs highly qualified

Cependant, la question est de savoir si les dépenses de l'appelante pour les recherches scientifiques peuvent être déduites dans le calcul de ses bénéfices aux fins du Règlement 1201 pour obtenir la base sur laquelle doit être calculée la déduction pour épuisement.

Selon l'appelante, ces dépenses ne sont pas des dépenses d'entreprise déboursées dans le but de gagner ou de produire un revenu provenant de son entreprise, mais plutôt une somme déboursée à compte de capital et en tant que telles, ne peuvent pas être normalement déduites pour fixer les bénéfices.

D'autre part, selon le Ministre, les dépenses de recherches scientifiques sont des dépenses courantes directement reliées à l'entreprise de l'appelante et engagées dans le but d'améliorer sa position commerciale et formant partie intégrante des opérations de l'appelante.

En peu de mots, le conflit porte sur le point de savoir si les dépenses de recherches scientifiques sont au fond des dépenses ordinaires ou des dépenses de capital.

Il est encore admis que, si ce sont des dépenses de capital, elles ne peuvent être à bon droit déduites pour établir l'épuisement de base aux fins du Règlement 1201, mais si ce sont des dépenses engagées directement en vue de gagner un revenu, elles peuvent alors être déduites aux fins du Règlement 1201.

Le critère classique le plus remarquable pour déterminer s'il s'agit d'un paiement à compte de capital, fut exposé par le L. C. vicomte Cave dans l'affaire *British Insulated and Helsby Cables Ltd. c. Atherton* [1926] A.C. 205, dans laquelle il déclarait à la page 213:

[TRADUCTION]... Mais quand on fait des dépenses non seulement une fois pour toutes, mais encore dans le but d'apporter un élément d'actif ou un avantage pour le bénéfice durable d'un commerce, je pense qu'il y a de très bonnes raisons (en l'absence de circonstances particulières conduisant à une conclusion contraire) de traiter une telle dépense comme si elle était à juste titre imputable non pas au revenu mais au capital.

En raison de la nature et de l'étendue de son entreprise l'appelante dépense dans le cas présent des sommes considérables pour les recherches scientifiques et elle le fait depuis plusieurs

personnel whose exclusive function is to devote their entire time and outstanding ability to a constant study of existing processes used by the appellant with a view to improving and making those processes more efficient as well as projects as to the feasibility of hitherto untried processes and methods or discovery of unknown processes. If those studies prove the feasibility of such new projects it has resulted and may again result in the appellant expending large sums to build a plant to utilize the process so discovered or an improvement on a process in use. It has been by this constant search for better ways that the appellant has kept in the forefront of its field.

This necessarily results in a continual outlay on scientific research by the appellant. It is a continuing and never ending programme.

Therefore the expenditure may not be made "once and for all" within the test of Lord Cave. Conceivably the expenditures of the appellant might be considered as being made by the appellant on a number of separate scientific projects which overlap and thereby give the appearance of a continuing expenditure whereas when one of the multitudinous projects is completed that would be an expenditure on that particular project "once and for all". But whether an expenditure is made "once and for all" is not the sole or even the primary determinant.

In *Vallambrosa Rubber Co. v. Farmer* (1910) 5 Tax Cas. 529, Lord Dunedin said at page 536:

... Now, I don't say that this consideration is absolutely final or determinative, but in a rough way I think it is not a bad criterion of what is capital expenditure as against what is income expenditure to say that capital expenditure is a thing that is going to be spent once and for all, and income expenditure is a thing that is going to recur every year.

Lord Dunedin obviously recognized that payment once and for all is at best only a rough test and that it is not a complete and satisfactory one.

années. Elle emploie un personnel hautement qualifié qui a pour fonction exclusive de consacrer son temps tout entier et sa haute compétence à l'étude continue des procédés existants utilisés par l'appelante dans le but de les améliorer et de les rendre plus efficaces ainsi que des projets concernant les possibilités de procédés et de méthodes qui n'ont pas été essayés jusqu'à présent ou la découverte de procédés inconnus. Si ces études prouvent l'efficacité de ces nouveaux projets, il en a résulté, et il en résultera encore pour l'appelante, des dépenses plus importantes pour construire une usine afin d'utiliser le procédé ainsi découvert ou l'amélioration d'un procédé déjà utilisé. C'est grâce à ces recherches constantes de moyens meilleurs que l'appelante s'est maintenue à l'avant-garde dans son domaine.

Ceci implique nécessairement des dépenses continues engagées par l'appelante pour les recherches scientifiques. C'est un programme continu et sans fin.

Par conséquent, les dépenses ne peuvent pas être faites «une fois pour toutes» selon le critère de Lord Cave. On peut concevoir que les dépenses de l'appelante puissent être considérées comme faites par l'appelante pour un certain nombre de projets scientifiques distincts qui se chevauchent et par là-même donnent l'impression d'une dépense continue alors que lorsque l'un des innombrables projets est achevé, se serait une dépense pour ce projet précis «une fois pour toutes». Mais, qu'une dépense soit faite «une fois pour toutes», n'est pas l'unique ou même l'élément déterminant principal.

Dans l'affaire *Vallambrosa Rubber Co. v. Farmer* (1910) 5 Tax Cas. 529, Lord Dunedin déclarait à la page 536:

[TRADUCTION]... Maintenant, je ne dis pas que cet examen est absolument définitif ou concluant, mais en gros, je pense que ce n'est pas un mauvais critère de ce qu'est une dépense de capital par rapport à ce qu'est une dépense ordinaire, de dire que les dépenses de capital sont celles qui seront dépensées une fois pour toutes et que les dépenses ordinaires sont celles qui reviendront chaque année.

Visiblement, Lord Dunedin admettait que le paiement une fois pour toutes est au mieux, seulement une preuve grossière, et qu'elle n'est ni complète ni satisfaisante.

Lord Cave in *British Insulated and Helsby Cables Ltd. v. Atherton (supra)*, said this at page 213:

... But the criterion suggested is not, and was obviously not intended by Lord Dunedin to be, a decisive one in every case; for it is easy to imagine many cases in which a payment, though made "once and for all," would be properly chargeable against the receipts for the year.

The converse would be equally true. Recurrent payments may well be capital expenditures.

Dixon J. said in *Associated Newspapers Ltd. v. F. C. of T.* (1938) 61 C.L.R. 337 at p. 362,

Recurrence is not a test; it is no more than a consideration the weight of which depends upon the nature of the expenditure.

Basically it is necessary to determine whether an expenditure is a capital expenditure or a revenue expenditure to ascertain the profit which is the taxable income. What is allowed are those expenditures which are the real costs of earning the income. Capital expenditure is excluded not because it is unrelated to a profit earning purpose, but because it is not a "proper debit item" to be charged against the receipts of the trade.

Lord Cave has said in the *British Insulated and Helsby Cables* case (*supra*) at page 212, "... there remains the question ... whether ... the sum in question is ... a proper debit item to be charged against incomings of the trade when computing the profits of it; ..."

In general terms the purpose of capital expenditure is to provide, enlarge or alter the facilities or machinery for profit earning as distinguished from the expenditure of operating that machine.

The appellant carefully segregated the expenditures on scientific research between those directed to creating new processes or improving existing processes from those directed to maintaining and operating existing processes from information supplied and records kept by the many research departments of the appellant and the former is what is being claimed as not properly deductible to ascertain aggregate profits for the purposes of Reg. 1201.

Lord Cave, dans l'affaire *British Insulated and Helsby Cables Ltd. c. Atherton (précitée)*, déclarait à la page 213:

[TRADUCTION] ... Mais visiblement, Lord Dunedin n'entendait pas que le critère suggéré soit décisif dans chaque cas; car il est facile d'imaginer de nombreux cas où un paiement, bien qu'il soit fait «une fois pour toutes» est effectivement imputable aux recettes de l'année.

L'inverse serait également vrai. Les paiements périodiques peuvent bien être des dépenses de capital.

Le juge Dixon déclarait dans l'affaire *Associated Newspapers Ltd. c. F. C. of T.* (1938) 61 C.L.R. 337 à la p. 362,

[TRADUCTION] Le renouvellement n'est pas un critère; ce n'est pas plus qu'une observation dont le poids dépend de la nature de la dépense.

Il est fondamentalement nécessaire de déterminer si une dépense est une dépense de capital ou une dépense ordinaire pour savoir quel profit constitue un revenu imposable. On accorde les dépenses qui sont les coûts réels du gain de revenu. Les dépenses de capital sont exclues non pas parce qu'elles ne sont pas reliées au but de gagner un bénéfice mais parce qu'elles ne constituent pas un «élément propre du passif» imputable aux recettes d'une entreprise.

Lord Cave déclarait dans l'affaire *British Insulated and Helsby Cables (précitée)* à la p. 212 [TRADUCTION] «... il reste la question ... de savoir si ... la somme en question est ... un élément propre du débit imputable aux recettes d'une entreprise dans le calcul de ses bénéfices; ...»

En termes généraux, le but d'une dépense de capital est de fournir, d'agrandir ou de modifier les installations ou les machines pour en retirer un bénéfice distinct des dépenses consacrées au fonctionnement de cette machine.

L'appelante distingua soigneusement les dépenses de recherches scientifiques qui ont pour but de créer de nouveaux procédés ou d'améliorer les procédés existants de celles qui ont pour but de maintenir ou de faire fonctionner les procédés existants à partir de renseignements fournis et d'archives conservées par les nombreux services de recherche de l'appelante et ce sont ces derniers qu'on demande de ne pas considérer comme pouvant être déduits à bon

For the appellant's own commercial purposes all such expenditures on scientific research were included in operating costs and not as capital costs. The segregation was made for the purpose of preparing income tax returns.

I do not attach great significance to this book-keeping or accounting practice. The outlay on scientific research is not easily classifiable and I can readily understand why for commercial purposes the appellant would regard these expenditures as affecting its net profit or loss. But different considerations apply for income tax purposes.

It is quite understandable that a commercial enterprise in its books of account for its own purposes will treat certain classes of expenditures as revenue expenditures which are, in reality, for income tax purposes capital expenditures and conversely many items treated in the accounts of business as capital receipts are for income tax purposes taxable as income.

How an item is treated in the books of account is not the true or adequate test of the nature of the expenditure.

As I understand the essence of Lord Cave's declaration it is that an expenditure is of a capital nature when it is made with a view to securing an asset or advantage for the enduring benefit of the trade.

The intention of the appellant in embarking upon and continuing its programme of scientific research was to acquire for itself a fund of scientific "know how" upon which it could draw when necessity might arise. Some projects were abandoned. Some proved fruitless. Some continued over many years. Many projects were undertaken which accounts for the continuing nature of the expenditure as does the fact that some projects take many years for their culmination. It is immaterial that some of the projects failed if the intention is such that had the object been realized an asset or advantage

droit pour fixer les bénéfiques globaux aux fins du Règlement 1201.

Pour les propres buts commerciaux de l'appelante, toutes ces dépenses de recherches scientifiques furent incluses dans les coûts d'exploitation et non en tant que coûts en capital. La distinction fut faite dans le but de préparer les déclarations d'impôt sur le revenu.

Je n'attache pas grande importance à cette pratique de comptabilité ou de tenue de livres. Il n'est pas très facile de classer les dépenses de recherches scientifiques et je peux facilement comprendre pourquoi, à des fins commerciales, l'appelante considère que ces dépenses affectent ses bénéfiques ou pertes nets. Mais d'autres considérations entrent en ligne de compte aux fins de l'impôt sur le revenu.

Il est tout à fait compréhensible qu'une entreprise commerciale traite, dans ses livres de comptabilité et pour son propre compte, certaines catégories de dépenses comme des dépenses ordinaires qui sont en fait, aux fins de l'impôt sur le revenu, des dépenses de capital et inversement, plusieurs postes intitulés dans la comptabilité d'une entreprise, ressources de capital, sont aux fins de l'impôt sur le revenu, imposables comme revenu.

L'intitulé d'un poste dans les livres de comptabilité n'est pas le critère véritable ou adéquat de la nature de la dépense.

D'après la déclaration de Lord Cave, si j'en comprends bien le fond, une dépense est une dépense de capital quand elle est faite dans le but d'assurer un élément d'actif ou un avantage pour le bénéfice permanent de l'entreprise.

Le but de l'appelante, en entreprenant et en poursuivant son programme de recherches scientifiques, était d'acquérir pour elle-même un fonds de «savoir faire» scientifique auquel elle pourrait faire appel en cas de besoin. Certains projets furent abandonnés. D'autres s'avèrent stériles. D'autres enfin se poursuivirent pendant de nombreuses années. Plusieurs projets furent entrepris qui expliquent la nature continue des dépenses ainsi que le fait que certains projets demandent plusieurs années pour atteindre leur apogée. Il est sans importance que certains projets aient échoués si le but est que s'ils avaient

would have been obtained. If the ultimate object was an asset or advantage of a capital nature then the expenditures antecedent thereto, are also of a capital nature.

In answer to a question from myself Dr. Renzoni replied that in some instances the appellant applied for and obtained a patent of invention. If a patent is obtained the patent will represent a capital asset the value of which will include all costs of obtaining it. (See *Weinberger v. M.N.R.* [1964] Ex.C.R. 903). It was not the purpose of the appellant that its scientific research should result in a patent for the matter under investigation but rather that the appellant would have a fund of knowledge upon which to draw. If the appellant could and did obtain a patent, that was incidental.

I am unable to distinguish between an expenditure on scientific research which results in a patent and a similar expenditure which does not result in a patent but does result in the accumulation of a store of new knowledge upon which the appellant can draw and does draw to keep itself to the forefront of the particular trade in which it is engaged. That was the object of the expenditure. To me the expenditures are closely akin from which it follows that since a patent is a capital asset and the expenditures to obtain that patent are capital expenditures, the expenditures on research to acquire new knowledge, to devise and develop new processes and to improve existing processes are likewise capital expenditures.

In *M.N.R. v. Algoma Central Rly.* [1968] S.C.R. 447, Fauteux, J. (as he then was) in delivering the unanimous judgment of the Supreme Court of Canada said at page 449:

Parliament did not define the expressions "outlay . . . of capital" or "payment on account of capital". There being no statutory criterion, the application or non-application of these expressions to any particular expenditures must depend upon the facts of the particular case. We do not think that any single test applies in making that determination and agree with the view expressed, in a recent decision of the Privy Council, *B.P. Australia Ltd. v. Commissioner of Taxation of the Commonwealth of Australia*, ([1966] A.C. 224, [1965] 3 All E.R. 209) by Lord Pearce. In referring to the matter of determining whether an expenditure was of a capital or an income nature, he said, at p. 264:

été réalisés, un élément d'actif ou des avantages auraient été obtenus. Si l'objectif final était un élément d'actif ou un avantage de capital, alors les dépenses antérieures à ce dernier sont aussi de capital.

A une de mes question, D^r Renzoni répondit que dans certains cas, l'appelante fit une demande de brevet d'invention et l'obtint. Si elle obtient un brevet, celui-ci représente un capital fixe dont la valeur inclut tous les frais d'obtention. (Voir *Weinberger c. M.R.N.* [1964] R.C.É. 903). L'appelante n'avait pas pour but d'obtenir un brevet pour ses recherches scientifiques dans la présente affaire mais elle désirait plutôt avoir un fonds de connaissances auquel faire appel. Si l'appelante pouvait obtenir un brevet, et en fait l'obtint, c'était accessoire.

Je n'arrive pas à faire de distinction entre les dépenses de recherches scientifiques qui aboutissent à un brevet et les dépenses similaires qui n'aboutissent pas à un brevet mais à l'accumulation d'une somme de nouvelles connaissances auxquelles l'appelante peut faire appel et, effectivement, fait appel pour rester à l'avant-garde de son activité précise de travail. C'était le but des dépenses. A mon avis, les dépenses se ressemblent beaucoup, il s'ensuit donc que puisqu'un brevet est un capital fixe et les dépenses pour obtenir le brevet sont des dépenses de capital, les dépenses de recherches dans le but d'acquérir de nouvelles connaissances, d'inventer et de développer de nouveaux procédés et d'améliorer les procédés existants sont également des dépenses de capital.

Dans l'affaire *M.R.N. c. Algoma Central Rly.* [1968] R.C.S. 477, le juge Fauteux (alors juge puîné), en rendant la décision unanime de la Cour suprême du Canada, déclarait à la page 449:

[TRADUCTION] Le Parlement ne définit pas les expressions «dépense . . . de capital» ou «dépense à compte de capital». Comme il n'y a pas de critère législatif, appliquer ou non ces expressions à toutes dépenses particulières doit dépendre des circonstances propres à l'affaire. Nous ne pensons pas qu'un critère unique permette d'élaborer cette définition et nous approuvons l'avis exprimé dans une décision récente du Conseil privé rendue par Lord Pearce dans l'affaire *B.P. Australia Ltd. c. Commissioner of Taxation of the Commonwealth of Australia*, ([1966] A.C. 224, [1965] 3 All E.R. 209). En mentionnant la question de savoir si une dépense était de capital ou ordinaire, il déclarait à la page 264:

The solution to the problem is not to be found by any rigid test or description. It has to be derived from many aspects of the whole set of circumstances some of which may point in one direction, some in the other. One consideration may point so clearly that it dominates other and vaguer indications in the contrary direction. It is a common-sense appreciation of all the guiding features which must provide the ultimate answer.

After having considered all the facts in the present appeal I have concluded, for the reasons outlined above, that the appellant's expenditures on scientific research which it claimed as deductions under secs. 72, 72A and by virtue of s. 11(1)(j) in computing its taxable income for the year are expenditures of a capital nature as a consequence of which those expenditures are not deductible in determining the base for the depletion allowance for the purposes of Reg. 1201.

It follows that the appellant is successful on this issue of its appeal.

Having so concluded it is not necessary for me to consider the appellant's alternative contention that if it should be held that the scientific expenditures in question were of a revenue nature the appellant would then be entitled to deduct those expenditures under s. 12(1)(a) as well as under s. 72 in computing its taxable income for the year.

As I indicated at the outset the appeal is allowed and is referred back to the Minister for reassessment on matters with respect to which the parties have reached agreement.

The appeal is dismissed with respect to the issue as to the deductibility of the expenditures incurred or made by the appellant in connection with the townsite at Thompson, Manitoba.

The appeal is allowed with respect to the issue that the expenditures on scientific research are not deductible for the computation of profits for the purposes of Reg. 1201.

As success is divided on the issues which proceeded to trial each party is entitled to its costs applicable to the respective issues upon which each was successful.

On ne peut pas trouver la solution du problème en appliquant un critère ou une description rigide. Elle doit découler de plusieurs aspects de l'ensemble des circonstances dont certaines peuvent aller dans un sens et d'autres dans un autre. Une observation peut se détacher si nettement qu'elle domine d'autres et de plus vagues indications dans le sens contraire. C'est une appréciation saine de toutes les caractéristiques directrices qui doivent apporter la réponse finale.

Après avoir étudié tous les faits du présent appel, j'ai conclu que pour les motifs indiqués ci-dessus, les dépenses de l'appelante pour des recherches scientifiques qu'elle demandait de pouvoir déduire aux termes des art. 72, 72A et en vertu de l'art. 11(1)(j) dans le calcul de son impôt sur le revenu pour l'année, sont des dépenses de capital et que par conséquent elle ne peut les déduire pour déterminer la base de la déduction d'épuisement aux fins du Règlement 1201.

Il s'ensuit que l'appel de l'appelante est recevable sur ce point.

Après avoir ainsi conclu, il ne m'est pas nécessaire de prendre en considération l'autre prétention de l'appelante qui portait que, s'il était jugé que les dépenses scientifiques en question étaient ordinaires, l'appelante serait alors en droit de déduire ces dépenses aux termes de l'art. 12(1)(a) ainsi que de l'art. 72, dans le calcul de son revenu imposable pour l'année.

Comme je l'ai indiqué au début, l'appel est accueilli et est renvoyé au Ministre pour une nouvelle cotisation des questions sur lesquelles les parties se sont mises d'accord.

Pour ce qui est de la question de déduire les dépenses engagées ou faites par l'appelante pour le lotissement urbain de Thompson (Manitoba), l'appel n'est pas recevable.

Pour ce qui est de la question de ne pas déduire les dépenses de recherches scientifiques dans le calcul des bénéfices aux fins du Règlement 1201, l'appel est accueilli.

Chacune des parties ayant eu gain de cause sur certains points portés à l'instance, elles ont respectivement droit aux dépens applicables aux questions sur lesquelles elles ont eu respectivement gain de cause.

Counsel for the Minister shall prepare a draft of an appropriate judgment to implement the foregoing conclusions and may move for judgment in accordance with Rule 337(2)(b).

L'avocat du Ministre devra préparer un projet de jugement approprié pour donner effet à la précédente décision et peut demander que ce jugement soit prononcé en vertu de la Règle 337(2)(b).

¹ 1205. (1) Subject to subsection (3), where a taxpayer operates in Canada a coal mine or a mine described in paragraph (a) of subsection (1) of section 1201, he may deduct in computing his income for a taxation year, such amount as he may claim not exceeding 25% of an amount calculated as set forth in subsection (2).

¹ 1205. (1) Sous réserve du paragraphe (3), lorsqu'un contribuable exploite au Canada une mine de charbon ou une mine désignée à l'alinéa a) du paragraphe (1) de l'article 1201, il peut déduire, dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition, le montant qu'il peut réclamer sans dépasser 25 p. 100 d'un montant calculé aux termes du paragraphe (2).

(2) The amount referred to in subsection (1) is the aggregate of all expenditures made or incurred by the taxpayer which are reasonably attributable to the prospecting and exploration for and the development of the mine, prior to the mine coming into production in reasonable commercial quantities, except to the extent that the expenditures were

(2) Le montant mentionné au premier paragraphe est l'ensemble de toutes les dépenses faites ou engagées par le contribuable qui peuvent raisonnablement être attribuées aux travaux de prospection, d'exploration et de mise en valeur, avant que la mine entre en production en quantités commerciales raisonnables, sauf pour autant que les dépenses étaient

(a) expenditures in respect of which a deduction from, or in computing, a taxpayer's income tax or excess profits tax was provided by section 8 of the Income War Tax Act;

(b) expenditures in respect of which an amount was deducted in computing a taxpayer's income under section 16 of chapter 63 of the Statutes of 1947 or section 16 of chapter 53 of the Statutes of 1947-48 or, if the expenditure was incurred prior to 1953, under section 53 of chapter 25 of the Statutes of 1949, Second Session;

(c) expenditures incurred after 1952 in respect of which a deduction was or is provided by section 53 of chapter 25 of the Statutes of 1949, Second Session, or section 83A of the Act;

(d) expenditures deducted in computing the income of the taxpayer in the year incurred;

(e) the cost to the taxpayer of property in respect of which an allowance is provided under paragraph (a) of subsection (1) of section 11 of the Act; or

(f) the cost to the taxpayer of a leasehold interest.

a) des dépenses à l'égard desquelles l'article 8 de la Loi de l'impôt de guerre sur le revenu permettait d'opérer une déduction de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les surplus de bénéfices ou une déduction dans le calcul de ces impôts;

b) des dépenses à l'égard desquelles un montant a été déduit dans le calcul du revenu d'un contribuable en vertu de l'article 16 du chapitre 63 des Statuts de 1947 ou de l'article 16 du chapitre 53 des Statuts de 1947-1948 ou, si la dépense avait été engagée antérieurement à 1953, en vertu de l'article 53 du chapitre 25 des Statuts de 1949, seconde session;

c) des dépenses engagées après 1952 à l'égard desquelles une déduction était ou est prévue par l'article 53 du chapitre 25 des Statuts de 1949, seconde session, ou par l'article 83A de la Loi;

d) des dépenses qui ont été déduites dans le calcul du revenu du contribuable dans l'année où elles ont été engagées;

e) le coût pour le contribuable des biens à l'égard desquels une allocation est prévue en vertu de l'alinéa a) du paragraphe (1) de l'article 11 de la Loi; ou

f) le coût pour le contribuable d'une tenure à bail.

(3) The amount deductible under subsection (1) shall not exceed the amount calculated as set forth in subsection (2) minus the aggregate of

(3) Le montant déductible en vertu du paragraphe (1) ne doit pas dépasser le montant calculé selon le paragraphe (2) moins l'ensemble

(a) amounts deducted under subsection (1) in computing the income of the taxpayer for previous taxation years, and

(b) similar amounts deducted in computing the income of the taxpayer for the purpose of the Income War Tax Act and the 1948 Income Tax Act.

a) des montants déduits en vertu du paragraphe (1) dans le calcul du revenu du contribuable pour des années d'imposition antérieures, et

b) des montants semblables déduits dans le calcul du revenu du contribuable aux fins de la Loi de l'impôt de guerre sur le revenu et de la Loi de l'impôt sur le revenu (1948).

² 72. (1) There may be deducted in computing the income for a taxation year of a taxpayer who carried on business in Canada and made expenditures in respect of scientific research in the year

² 72. (1) Il peut être déduit dans le calcul du revenu, pour une année d'imposition, d'un contribuable qui a exercé des affaires au Canada et qui a fait des dépenses à l'égard de recherches scientifiques dans l'année, le montant par lequel l'ensemble de

(a) all expenditures of a current nature made in Canada in the year

- (i) on scientific research related to the business and directly undertaken by or on behalf of the taxpayer,
- (ii) by payments to an approved association that undertakes scientific research related to the class of business of the taxpayer,
- (iii) by payments to an approved university, college, research institute or other similar institution to be used for scientific research related to the class of business of the taxpayer,
- (iv) by payments to a corporation resident in Canada and exempt from tax under this Part by paragraph (gc) of subsection (1) of section 62,
- (v) by payments to a corporation resident in Canada for scientific research related to the business of the taxpayer;

³ So far as material to this appeal Reg. 1201 provides:

1201. (1) For the purpose of this Part,

(a) "resource" means

- (iii) a base or precious metal mine, or . . .

(2) Where a taxpayer operates one or more resources, the deduction allowed is 33 1/3% of

(a) the aggregate of his profits for the taxation year reasonably attributable to the production of oil, gas, prime metal or industrial minerals from all of the resources operated by him, . . .

⁴ **12.** (1) In computing income, no deduction shall be made in respect of

(a) an outlay or expense except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income from property or a business of the taxpayer,

(b) an outlay, loss or replacement of capital, a payment on account of capital or an allowance in respect of depreciation, obsolescence or depletion except as expressly permitted by this Part, . . .

a) toutes les dépenses de nature courante faites au Canada dans l'année

(i) pour des recherches scientifiques se rapportant aux affaires et directement entreprises par le contribuable ou pour son compte,

(ii) un paiement à une association approuvée qui entreprend des recherches scientifiques relatives au genre d'affaires du contribuable,

(iii) en paiement à une université, collège, institut de recherches approuvés ou autre institution semblable devant servir aux recherches scientifiques relatives aux genres d'affaires du contribuable,

(iv) en paiement à une corporation résidant au Canada et exemptée de l'impôt sous le régime de la présente Partie par l'alinéa gc) du paragraphe (1) de l'article 62, et

(v) en paiement à une corporation résidant au Canada pour des recherches scientifiques relatives aux affaires du contribuable;

³ Voici un extrait du Règlement 1201, dans la mesure où il est pertinent en l'espèce:

1201. (1) Aux fins de la présente Partie

a) l'expression «ressources» signifie

- (iii) une mine de métal vil ou précieux, ou . . .

(2) Lorsqu'un contribuable exploite une ou plusieurs ressources, la déduction accordée est de 33 1/3 p. 100 de

a) l'ensemble des bénéfices de l'année d'imposition qui peuvent raisonnablement être attribués à la production de pétrole, de gaz, de métal brut ou de minéraux industriels de toutes les ressources qu'il exploite, . . .

⁴ **12.** (1) Dans le calcul du revenu, il n'est opéré aucune déduction à l'égard

a) d'une somme déboursée ou dépensée, sauf dans la mesure où elle l'a été par le contribuable en vue de gagner ou de produire un revenu tiré de biens ou d'une entreprise du contribuable,

b) d'une somme déboursée, d'une perte ou d'un remplacement de capital, d'un paiement à compte de capital ou d'une allocation à l'égard de dépréciation, désuétude ou d'épuisement, sauf ce qui est expressément permis par la présente Partie, . . .

J. L. Guay Ltée (Appellant)

v.

Minister of National Revenue (Respondent)

Trial Division, Noël A.C.J.—Montreal, June 9; Ottawa, July 9, 1971.

Income tax—Business income, computation—Reserves or contingent accounts—General contractor—Percentage of progress payments withheld until 35 days after architect's approval—Whether deductible in year withheld—Income Tax Act, s. 12(1)(e).

Appellant, a general contractor, made monthly progress payments to sub-contractors based upon their estimates but, in accordance with the contracts between them, withheld a percentage of the estimates until 35 days after the architect's final approval of the work. The contracts provided that if approval was not given the sub-contract might be cancelled and the work done be paid for at current prices. The amount being withheld by appellant at the close of its 1965 taxation year was \$277,428.48, and appellant sought to deduct this sum in computing its taxable income for that year. The Minister disallowed the deduction and his disallowance was upheld by the Tax Appeal Board.

Held, dismissing an appeal, the amounts being withheld at the close of 1965 were prohibited from deduction in computing appellant's business profit for that year by s. 12(1)(e) of the *Income Tax Act* as being a reserve or contingent account. The amounts were withheld to ensure payment of any damages appellant might sustain from the sub-contractors' breach of contract and there was accordingly no certainty that those amounts would be paid in full to the sub-contractors. An expenditure may only be deducted from income for the period for which it is made.

John Colford Contracting Co. v. M.N.R. [1960] Ex.C.R. 433; *Southern Railway of Peru Ltd. v. Owen* [1957] A.C. 334; *Naval Colliery Ltd. v. I.R.C.* (1928) 12 T.C. 1017, applied.

APPEAL from Tax Appeal Board.

M. Paquin and *M. Gilbert* for appellant.

P. Boivin for respondent.

NOËL A.C.J.—The appeal is from a decision of the Tax Appeal Board [Mr. Boisvert], dated June 16, 1969, dismissing the appeal of J. L. Guay Ltée, appellant, from an income tax assessment, dated September 20, 1968, by which a tax in the amount of \$87,664.31 was levied for 1965.

J. L. Guay Ltée (Appelante)

c.

Le ministre du Revenu national (Intimé)

Division de première instance, J.C.A. Noël—Montréal, le 9 juin; Ottawa, le 9 juillet 1971.

Impôt sur le revenu—Calcul du revenu d'entreprise—Réserves ou comptes de prévoyance—Entrepreneur général de construction—Pourcentage des paiements provisoires retenu, payable 35 jours après l'acceptation de l'architecte—Deductible ou non pendant l'année de la retenue—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 12(1)e.

L'appelante, entrepreneur général de construction, versait à ses sous-traitants des paiements provisoires basés sur leurs estimés, mais, conformément aux contrats intervenus entre eux, elle retenait un pourcentage des estimés, payable 35 jours après l'acceptation finale des travaux par l'architecte. Les contrats prévoyaient que si l'acceptation n'intervenait pas, le sous-contrat pouvait être annulé et le travail exécuté payé au prix courant. A la fin de l'année fiscale 1965, l'appelante retenait une somme s'élevant à \$277,428.48, et elle chercha à la déduire dans le calcul de son revenu imposable pour l'année en question. Le Ministre rejeta la déduction et son rejet fut maintenu par la Commission d'appel de l'impôt.

Arrêt: rejet de l'appel. L'art. 12(1)e de la *Loi de l'impôt sur le revenu* interdit la déduction des sommes retenues, fin 1965, dans le calcul des bénéfices de l'entreprise de l'appelante pour l'année en question, à titre de réserve ou compte de prévoyance. Lesdites sommes furent retenues pour assurer le paiement de tous dommages que l'appelante pourrait subir à la suite de la violation du contrat par les sous-entrepreneurs et, en conséquence, il n'était pas certain qu'elles leur seraient versées en totalité. On ne peut déduire une dépense d'un revenu que pour la période dans laquelle elle a été faite.

Arrêts suivis: *John Colford Contracting Co. c. M.R.N.* [1960] R.C.É. 433; *Southern Railway of Peru Ltd. c. Owen* [1957] A.C. 334; *Naval Colliery Ltd. c. I.R.C.* (1928) 12 T.C. 1017.

APPEL d'une décision de la Commission d'appel de l'impôt.

M. Paquin et *M. Gilbert* pour l'appelante.

P. Boivin pour l'intimé.

LE JUGE EN CHEF ADJOINT NOËL—Il s'agit de l'appel d'une décision de la Commission d'appel de l'impôt [M. Boisvert], en date du 16 juin 1969, rejetant l'appel de J. L. Guay Ltée, l'appelante, d'une cotisation d'impôt sur le revenu, en date du 20 septembre 1968, en vertu de laquelle une taxe sur le revenu, au montant de \$87,664.31 fut prélevée pour l'année 1965.

Appellant is a general building contractor which, in order to perform some of its building contracts, delegates performance of certain operations to other businesses, i.e. sub-contractors. In accordance with established practice in the construction trade, appellant pays its sub-contractors on presentation by them of a monthly estimate showing what progress has been made. According to the terms of the contract with its sub-contractors, appellant withholds a percentage of the monthly estimates submitted and accepted, which it pays after the work is finally approved by the architect. Respondent in his assessment refused to admit as payable an amount of \$277,428.48, representing the balances owing to the sub-contractors from appellant as a result of the amounts withheld each month during 1965. These balances, representing a percentage of the monthly estimates submitted by the sub-contractors and accepted by appellant, are, the latter submits, payable at a specific date. The fact is that appellant is under an obligation to pay on a certain date, i.e. the thirty-fifth day after final approval of the work by the architect, as provided in the contract between it and its sub-contractors. Appellant stated that the existence of this obligation is not subject to any suspensive or resolutive condition: the obligation does exist and only its performance is postponed till the end of the period. At any time after the period of thirty-five days following approval by the architect, the sub-contractor is entitled to demand payment of the balance owing. Thus, the appellant contends, these balances owing at a definite time constitute amounts payable within the meaning of the *Income Tax Act* and case law, and must, accordingly, be included in the contract expenses and deducted from appellant's profits for the year. Indeed, we have here simply to determine whether appellant was entitled to deduct from its 1965 income the amounts withheld under its contracts with its sub-contractors in 1965—amounts which are payable, or may become payable, after the expiry of the said year.

Respondent, on the other hand, though admitting that appellant, under the contracts concluded with its sub-contractors, may withhold the specified percentage from the estimates, and

L'appelante est un entrepreneur général de construction qui, pour exécuter certains de ses contrats de construction, confie à d'autres entreprises, soit des sous-contracteurs, l'exécution de certains travaux. Selon les coutumes établies dans le domaine de la construction, l'appelante paie ses sous-traitants sur présentation par eux d'un estimé mensuel constatant l'avancement des travaux. Selon les termes du contrat avec ses sous-traitants, l'appelante retient un pourcentage des estimés mensuels soumis et acceptés, qu'elle paie après l'acceptation finale des travaux par l'architecte. Par sa cotisation, l'intimé a refusé de reconnaître comme payable un montant de \$277,428.48, représentant les soldes dus aux sous-traitants par l'appelante, par suite des retenues mensuelles effectuées au cours de l'année 1965. Ces soldes, représentant un pourcentage des estimés mensuels soumis par les sous-traitants et acceptés par l'appelante sont, selon cette dernière, payables à une date déterminable. Il s'agit, en effet, pour l'appelante, d'une obligation de payer à une certaine date, soit le trente-cinquième jour après l'acceptation finale des travaux par l'architecte, tel que prévu au contrat intervenu entre elle et ses sous-entrepreneurs. L'existence de cette obligation n'est soumise dit l'appelante, à aucune condition suspensive ou résolutoire, cette obligation étant actuelle et seule l'exécution en serait retardée jusqu'à l'échéance du terme. En tout temps après la période de trente-cinq jours, suivant l'acceptation de l'architecte, le sous-traitant a le droit d'exiger le paiement du solde dû. Ces soldes dus, soumis à un terme, constituent donc, selon l'appelante, des montants payables au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la jurisprudence et doivent, par conséquent, entrer dans le coût des contrats et être déduits des profits de l'appelante dans l'année. Il s'agit simplement, en effet, de déterminer ici si de ses revenus de 1965, l'appelante avait le droit de déduire les montants retenus en vertu de ses contrats avec ses sous-entrepreneurs ou sous-traitants en 1965 et qui sont payables, ou qui peuvent devenir payables, après l'expiration de ladite année.

L'intimé, d'autre part, tout en admettant que l'appelante peut, en vertu des contrats intervenus avec ses sous-contracteurs ou sous-traitants, retenir le pourcentage des estimés prévus

not pay these amounts until 35 days after approval of the work by the architect, states that it is always possible that the architect may not give his approval. The architect's final approval would thus be a suspensive condition to which the payment of the sums so withheld by appellant would be subject. According to respondent's contention, not only was the amount of \$277,428.48 thus withheld in 1965 not claimable or even due, but it was not even payable within the meaning of the *Income Tax Act*, and he was consequently obliged, in an assessment under date of September 20, 1968, to disallow deduction of the amount so withheld by appellant in computing its income for 1965.

In support of his assessment respondent cites secs. 3, 4, 12(1)(a) and 12(1)(e) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148. He submits that the amounts thus withheld by appellant were not, during the taxation year 1965, amounts payable to its sub-contractors. Payment of these amounts, he claims, was subject to the express condition that the work performed by the sub-contractors be approved by the architect in its final form on completion of the job. As the work for which the amounts were withheld was not so approved by the architect in appellant's 1965 taxation year, the said amounts could consequently not be used for a deduction in computing appellant's income.

The parties agreed that, for the purposes of the hearing before this Court, (1) the transcript of the testimony presented before the Tax Appeal Board, introduced at the hearing before this Court, shall be used as evidence subject to completion; (2) documentary evidence shall consist of copies of appellant's contracts with its clients and the sub-contractors, and of copies of invoices from appellant and its sub-contractors, all filed under the heading "Documentary Evidence"; (3) in computing its income appellant consistently adopted the "*comptabilité d'exercice*" accounting method, called in English "the accrual basis".

Referring to the decision of this Court by Kearney J. in *M.N.R. v. John Colford Contracting Co.* [1960] Ex.C.R. 433, the learned

et ne payer ces retenues qu'après les 35 jours qui suivent l'approbation des travaux par l'architecte, déclare qu'il peut arriver que cette acceptation par l'architecte des travaux n'ait pas lieu. Cette acceptation finale de l'architecte serait alors une condition suspensive à laquelle est subordonné le paiement des sommes ainsi retenues par l'appelante. Selon l'intimé, non seulement la somme de \$277,428.48 ainsi retenue en 1965 n'était ni exigible ni encore due, mais elle n'était même pas payable au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et il dut, par conséquent, par une cotisation du 20 septembre 1968, refuser la déduction de la somme ainsi retenue par l'appelante aux fins du calcul de son revenu pour l'année 1965.

L'intimé se fonde, pour soutenir sa cotisation, sur les art. 3, 4, 12(1)(a) et 12(1)(e) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148. Il soumet que les retenues ainsi effectuées par l'appelante n'étaient pas, au cours de son année d'imposition 1965, des montants payables à ses sous-traitants. Le paiement de ces sommes, dit-il, était subordonné à la condition expresse que les travaux exécutés par les sous-traitants soient acceptés en forme finale par l'architecte à la fin des travaux. Comme les travaux donnant lieu aux retenues n'ont pas été ainsi acceptés par l'architecte au cours de l'année d'imposition de l'appelante, 1965, les retenues ne pouvaient, par conséquent, faire l'objet d'aucune déduction aux fins du calcul du revenu de l'appelante.

Les parties convinrent que pour les fins de l'enquête devant cette Cour, 1) les dépositions prises devant la Commission d'appel de l'impôt produites à l'enquête devant cette Cour serviront comme preuve, sauf à parfaire; 2) la preuve documentaire sera constituée des copies de contrats de l'appelante avec ses clients et les sous-entrepreneurs et des copies de factures de l'appelante et des sous-entrepreneurs, le tout produit sous le titre de «Preuve documentaire»; 3) l'appelante, dans le calcul de ses revenus, a toujours adopté la méthode de comptabilité d'exercice, soit ce que l'on appelle en anglais «*the accrual basis*».

Le savant commissaire de la Commission d'appel de l'impôt [M. Boisvert] se référant à la décision de cette Cour, par le juge Kearney

member of the Tax Appeal Board [Mr. Boisvert] stated that, although the facts in that case were the opposite of those established in the present case, he nevertheless felt obliged to apply the principles contained therein. In *Colford*, in fact, Kearney J. refused to include in a construction company's income amounts withheld during the current year and payable on the architect's approval. In Kearney J.'s opinion, these amounts were not "receivables"; for them to be receivables they must, in the learned judge's view, be amounts which "the intended recipient has a clearly legal, though not necessarily immediate, right to receive".

According to Mr. Boisvert, applying that decision to the case which now concerns us, if the amount withheld could not constitute a debt due and payable to be included in a taxation year, because it represented a contingent debt, similarly an amount withheld which is due and payable in the future can only constitute an allowable deduction in the year in which it becomes certain and mandatory. Only then does it meet the condition set forth in s. 12(1)(a), i.e. it becomes an outlay incurred by the taxpayer for the purpose of gaining income from a business, or, to go back to the argument of the learned counsel for the respondent, Mr. Boivin, if, in Kearney J.'s opinion, these amounts could not be regarded as income, it is because they were not due as long as the architect's certificate had not been issued; and for the same reasons they could not be regarded as due and payable in the hands of the person owing them. If they were not payable, then they could not be deducted from appellant's income for 1965.

Appellant, on the other hand, maintains just the opposite. If I have understood its counsel's argument correctly, its obligations and rights are to be considered in the light of the contracts entered into with its sub-contractors, which all include the same clauses except for the amount withheld. The only pertinent ones are the following:

dans *M.R.N. c. John Colford Contracting Co.* [1960] R.C.É. 433, déclara que bien que les faits dans cette cause soient à l'opposé de ceux prouvés dans la présente cause, il se crut quand même obligé d'appliquer les principes qui s'en dégagent. Dans *Colford*, en effet, le juge Kearney avait refusé d'inclure dans le revenu d'une compagnie de construction les montants retenus dans l'année en cours et payables sur approbation de l'architecte. Ces montants n'étaient pas, selon le juge Kearney, des «recevables» qui, pour l'être, doivent toujours être selon le savant juge, des montants que [TRADUCTION] «le bénéficiaire prévu a le droit de recevoir, même s'ils ne sont pas nécessairement exigibles».

Or, selon M. Boisvert, transposant cette décision dans celle qui nous préoccupe, si la retenue ne pouvait constituer une dette exigible et payable devant entrer dans une année d'imposition parce qu'elle représentait une dette contingente, de même la retenue qui est payable et exigible dans l'avenir ne peut constituer une déduction permise que dans l'année où elle est devenue certaine et obligatoire. C'est alors seulement qu'elle réalise la condition pour sa déduction prescrite par l'art. 12(1)a), à savoir, qu'elle devient une somme déboursée par le contribuable en vue de gagner un revenu d'une entreprise, ou, pour reprendre l'argument du savant procureur de l'intimé, M^e Boivin, si ces montants ne pouvaient être considérés comme des revenus selon le juge Kearney, c'est parce qu'ils n'étaient pas dus tant et aussi longtemps que le certificat de l'architecte n'était émis et ils ne pouvaient, pour les mêmes raisons, être considérés entre les mains de celui qui les devait, comme payables et exigibles. S'ils ne sont pas payables, ils ne peuvent, par conséquent, être déduits du revenu de l'appelante pour l'année 1965.

L'appelante, d'autre part, soutient le contraire. Si j'ai bien compris l'argument de son procureur, il faut, dit-il, considérer ses obligations et droits en tenant compte des contrats passés avec ses sous-traitants qui tous, sauf pour le montant de la retenue, comportent les mêmes clauses. Les seules qui sont pertinentes sont les suivantes:

3. Terms of payments: % of the monthly estimates submitted and accepted, the balance namely %, 35 days after final approval of the work by the architect.

...

5. If the work is not considered satisfactory by the architect, we reserve the right to cancel your contract and have it carried on by another contractor at your expense. Work already done will be paid for at the current market price, without your being entitled to any damages for cancellation of the contract.

...

20. In the event of cancellation or termination of the contractor's main contract or suspension of the work forming the subject of the said contract, including the work specified in the present contract, for whatever cause, even for cause attributable to the contractor, it is agreed that by simple notice your contract shall be cancelled or terminated, or your work suspended, as the case may be, and that you shall only be entitled to payment in proportion to the amount of your contract, of the labour and of the materials incorporated in the work and delivered to the site of the main contract, according to the reckoning of the architect, less the total amount of prior payments.

These clauses, which counsel for the appellant relies on as a basis for his argument, clearly indicate, he says, that whatever the result of the work carried out by the sub-contractor, whether it is approved by the architect or not, the sub-contractor is nonetheless entitled to be paid eventually the amount withheld on the monthly estimates received. In fact, clause 5 states that if the work is not found satisfactory by the architect, the contractor shall be entitled to cancel the contract, but the sub-contractor shall nevertheless be paid in full at the current market prices for work already done. He concludes that for the work performed, for which amounts are withheld, the sub-contractor will then be entitled to receive the full amount withheld. If, on the other hand, the amount withheld or a part thereof is used to pay damages claimed by the principal contractor, it would then be compensation for losses, and in the event of a dispute the Court will not decide whether the said amount is payable; rather, it will decide the reverse, i.e. that this amount which was due is no longer owing because it is to be used for compensation of the damages owing and the sums payable on the amounts withheld and, in the event of a surplus, it would also be paid to the sub-contractor. According to

3. Termes de paiements: % des estimés mensuels soumis et acceptés, la balance soit %, 35 jours après l'acceptation finale des travaux par l'architecte.

...

5. Si les travaux ne sont pas jugés satisfaisants par l'architecte, nous nous réservons le droit de annuler votre contrat et de le faire continuer par un autre entrepreneur à vos frais et dépens. Les travaux déjà exécutés seront payés selon les prix courants du marché sans que vous ayez recours à aucun dédommagement pour la annulation du contrat.

...

20. Advenant la résiliation ou terminaison ou annulation du contrat principal de l'entrepreneur ou la suspension des travaux faisant l'objet du contrat principal de l'entrepreneur, incluant les travaux prévus dans le présent contrat pour quelque cause que ce soit, même pour cause imputable à l'entrepreneur, il est convenu que, sur simple avis, votre contrat sera alors résilié ou terminé ou annulé ou vos travaux suspendus selon le cas et que vous n'aurez droit qu'au paiement équivalent à la valeur proportionnée au montant de votre contrat, de la main-d'œuvre et des matériaux incorporés dans les travaux et livrés à l'emplacement du contrat principal, d'après le calcul de l'architecte, moins la somme globale des paiements antérieurs.

Ces clauses, sur lesquelles le procureur de l'appelante se fonde pour étayer son argument, indiquent clairement, dit-il, que quelle que soit l'issue des travaux exécutés par le sous-entrepreneur, qu'ils soient approuvés par l'architecte ou non, il a quand même droit de recevoir éventuellement la retenue faite sur les estimés mensuels reçus. La clause 5, en effet, déclare que si les travaux ne sont pas jugés satisfaisants par l'architecte, l'entrepreneur aura droit d'annuler le contrat mais le sous-traitant sera quand même payé intégralement selon les prix courants du marché pour les travaux exécutés. Il en déduit que pour les travaux exécutés, et pour lesquels des montants sont retenus, le sous-traitant aura alors toujours droit de recevoir le plein montant de la retenue. Si, d'autre part, la retenue ou une partie d'icelle est utilisée pour payer des dommages réclamés par le contracteur principal, il s'agirait alors d'une compensation pour pertes et ce n'est pas le tribunal, au cas de contestation, qui décidera si le montant est payable mais il décidera plutôt l'inverse, soit que ce montant qui était dû ne l'est plus parce qu'il doit être utilisé pour une compensation qui s'est opérée entre les dommages dus et le montant payable sur les retenues et, au cas de surplus, ce surplus serait aussi payé au sous-

counsel for the appellant, the principal contractor is paying himself with the sub-contractor's money, not with his own. In neither case, therefore, does the principal contractor benefit from the amounts so withheld. Indeed, contends counsel for the appellant, the amount withheld will in any event be either paid to the sub-contractor 35 days after the work is approved by the architect or used to compensate the principal contractor for damages incurred. Consequently, he says, such amounts are payable, not under a suspensive condition, but rather with a term. A term, he adds, differs from a suspensive condition in as much as it does not suspend the obligation, but only delays the execution of it (cf. Articles 1089 *et seq.*, C.C.).

Accordingly, to determine whether the amounts withheld are payable or not, we must in any case, according to counsel for the appellant, take into consideration the special situation created by the contract which governs the rights and obligations of the contractor; and, he contends, this contract does not provide that the sub-contractor may lose the amounts withheld. As they are to be payable eventually, i.e. on completion of the specified term, 35 days after approval by the architect, these amounts may consequently not be regarded as contingency payments or amounts transferred or credited to a reserve or contingent account, and thus they are not subject to s. 12(1)(e) of the *Income Tax Act*, which prohibits the deduction of such amounts. Consequently, concludes counsel for the appellant, we are dealing either with amounts payable with a term, but payable nonetheless, or with a charge or expense which should be deducted from income; and in either case these amounts should not be included in appellant's income.

As stated by appellant, the contract does provide that, if the work is not found satisfactory by the architect, the sub-contractor will nevertheless have the right to be paid in full at the current market price for the work already done; this does not mean, however, that the contractor will always have to pay the amount so withheld in full. In fact, it must not be forgotten that the purpose of the provision which permits

entrepreneur. C'est, selon le procureur de l'appelante, avec l'argent du sous-entrepreneur que l'entrepreneur principal se paie et non avec son argent. Il n'y a donc pas dans l'un ou l'autre cas d'enrichissement de l'entrepreneur principal par les montants ainsi retenus. En effet, soutient le procureur de l'appelante, le montant de la retenue sera toujours ou bien payé au sous-entrepreneur 35 jours après que les travaux seront approuvés par l'architecte, ou utilisé pour compenser l'entrepreneur principal pour dommages subis. Ces montants sont, par conséquent, dit-il, payables non pas sous condition suspensive, mais bien à terme. Or, le terme, ajoute-t-il, diffère de la condition suspensive, en ce qu'il ne suspend point l'obligation mais en retarde seulement l'exécution (cf. Articles 1089 *et seq.* C.C.).

Il faut, par conséquent, selon le procureur de l'appelante, pour établir si les montants retenus sont payables ou non, toujours tenir compte de la situation spéciale créée par le contrat qui régit les obligations et droits de l'entrepreneur et ce contrat, soutient-il, ne prévoit pas que le sous-traitant puisse perdre ici le montant des retenues. Devant être payables éventuellement, soit à l'accomplissement du terme prévu, 35 jours après l'approbation de l'architecte, ces montants ne peuvent, par conséquent, être considérés comme des paiements contingents (contingency payments) ou des montants transférés ou crédités à une réserve ou un compte de prévoyance et, par conséquent, ils ne sont pas assujettis à l'art. 12(1)(e) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui défend la déduction de semblables montants. Nous sommes donc, conclut le procureur de l'appelante, en face soit de montants payables à terme, mais payables quand même, ou bien d'une charge ou dépense qui doit être déduite du revenu, et dans l'un ou l'autre cas, ces montants ne doivent pas être inclus dans le revenu de l'appelante.

Il est vrai, comme le déclare l'appelante, que le contrat prévoit que si les travaux ne sont pas jugés satisfaisants par l'architecte, le sous-entrepreneur, ou sous-traitant, aura quand même droit d'être payé intégralement selon les prix courants du marché pour les travaux exécutés, mais ceci, cependant, ne veut pas dire que l'entrepreneur devra toujours payer intégralement le montant ainsi retenu. Il ne faut pas

withholding of a certain percentage of the contract price is to ensure the payment of any damages the owner or the general contractor may incur from the sub-contractor's failure to perform the work or its faulty performance of it. If such damages correspond to, or exceed, the amounts so withheld, the owner or the general contractor may keep the entire amount; if, on the other hand, the damages are less, the sub-contractor will be entitled to receive the difference.

It seems to me, therefore, that it is far from certain that the amounts so withheld will be paid in full to the sub-contractor. In fact, the payment of these amounts to the sub-contractor is perhaps to be regarded, if damages are incurred, as contingent. It is true that, once fixed, such damages may be offset by the amounts withheld, and that the general contractor will not benefit therefrom, but the damages have not yet been liquidated for 1965, and compensation cannot be paid until they are. Until then, and even after, until the architect has issued his certificate and 35 days have elapsed, the general contractor is under no obligation to pay this amount, and it is not claimable by the sub-contractor. In fact, compensation takes place by the sole operation of law only between debts which are equally liquidated and exigible, and have each for object a sum of money or a certain quantity of indeterminate things of the same kind and quality (cf. Articles 1187 and 1188 C.C.).

The *Income Tax Act* does not always give a complete answer to the question as to what the total amount of profits and earnings in the year assessed is. In determining the taxable profits of a taxpayer we can take as a starting point the profit and loss statement prepared according to the rules of accounting practice. However, the profit shown on this statement has always to be adjusted according to the statutory rules used in determining taxable profits. This is because a number of facts taken into consideration by accountants are excluded by certain provisions of the *Income Tax Act* in the determining of taxpayers' profits. The profit and loss state-

oublie en effet que le but de la disposition qui permet de retenir un certain pourcentage du prix du contrat est d'assurer le paiement des dommages que peut subir soit le propriétaire ou l'entrepreneur général par suite du défaut d'exécution ou de la mauvaise exécution des travaux par le sous-traitant ou le sous-entrepreneur. Si ces dommages correspondent aux montants ainsi retenus ou excèdent ces montants, le propriétaire ou l'entrepreneur général pourra garder le tout; si, d'autre part, ils sont inférieurs, le sous-entrepreneur aura le droit d'en recevoir l'excédent.

Il me paraît donc qu'il est loin d'être sûr que les montants ainsi retenus seront intégralement payés au sous-entrepreneur. En effet, le paiement de ces montants au sous-traitant doit peut-être, au cas de dommages, être considéré comme contingent. Il est vrai que ces dommages, une fois fixés, pourront être compensés par les montants retenus et que l'entrepreneur général n'en bénéficiera pas mais pour l'année 1965 ces dommages n'ont pas encore été liquidés et la compensation ne pourra s'effectuer que lorsqu'ils le seront. Jusqu'à ce moment, et même après, jusqu'à ce que l'architecte aura émis son certificat et que 35 jours se seront écoulés, il n'existe pas d'obligation de la part de l'entrepreneur général de payer et ce montant n'est pas exigible par le sous-traitant ou sous-entrepreneur. La compensation, en effet, ne s'opère de plein droit qu'entre deux dettes également liquidées et exigibles et ayant pour objet une somme de deniers ou une quantité de choses indéterminées de même nature et qualité (cf. Articles 1187 et 1188 C.C.).

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne donne pas toujours une réponse complète à la question de savoir quel est le montant total des profits et des gains de l'année cotisée. L'on peut accepter comme point de départ pour établir les profits taxables d'un contribuable l'état des profits et pertes préparé selon les règles de pratique comptable. Le profit indiqué sur cet état doit toujours, cependant, être ajusté selon les règles statutaires utilisées pour déterminer les profits imposables. Cela tient au fait qu'un certain nombre de faits dont les comptes tiennent compte sont exclus par certaines dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans la détermi-

ment, indeed, is really a statement of fact, and, consequently, a matter of evidence. It includes facts which cannot be questioned and statements of facts which may be called provisional. It is difficult to challenge the first category unless the figures used were taken, for instance, from improperly kept books. When, however, a statement of provisional facts is involved, the Minister is not obliged to accept what is submitted to him by the accountants. Such a situation occurs when, for instance, in a case such as this, a reserve is to be set up, for accounting purposes, to provide for receipt of a benefit or payment of a demand which is contingent or conditional. In *Southern Rly. of Peru Ltd. v. Owen* [1957] A.C. 334, respondent, which operated a railway, was required under Peruvian law to make compensation payments, determined according to a set rule, to an employee on termination of his employment; payment of these amounts was, however, uncertain, since in certain cases he could lose them. The headnote of the judgment clearly explains how the company went about determining the amount of the reserve.

The company claimed to be entitled to charge against each year's receipts the cost of making provision for the retirement payments which would ultimately be thrown on it, calculating what sum would be required to be paid to each employee if he retired without forfeiture at the close of the year and setting aside the aggregate of what was required insofar as the year had contributed to the aggregate.

The House of Lords did not agree, however, that the company could deduct as expenses from each year's income the amounts set aside to cover retirement payments it might eventually be called on to make. However, the Court did not formulate any basic principle as grounds for its refusal, and Lord Radcliffe gave his opinion as follows (at p. 355):

It is clear, at any rate, from what I have quoted above that there is nothing improper in admitting valuations or estimates if by so doing a truer balance is arrived at between the receipts of a year and the cost of earning them or the expenses of a year and the fruits of incurring them. Such estimates were in fact directed by the Court of Appeal and by this House in *Harrison v. John Cronk & Sons Ltd.* [1937] A.C. 185 and again by this House in *Absalom v. Talbot* [1944] A.C. 204. See, too, the judgment of Lord

nation du profit des contribuables. L'état des profits et pertes est en effet véritablement une déclaration de faits et, par conséquent, une question de preuve. Il comprend des questions de faits incontestables et des conclusions de faits que l'on peut appeler provisoires. Quant aux premières, elles peuvent difficilement être contestées à moins que les chiffres utilisés aient été tirés, par exemple, de livres mal tenus. Lorsque, cependant, il s'agit d'une conclusion de faits provisoires, le Ministre n'est pas obligé d'accepter ce que les comptables lui ont présenté. L'on se trouve dans une telle situation lorsque, par exemple, dans un cas comme celui-ci, pour des fins comptables, une réserve doit être établie pour prévoir la réception d'un avantage ou le paiement d'une exigibilité qui est contingente ou conditionnelle. Dans *Southern Rly. of Peru Ltd. c. Owen* [1957] A.C. 334, l'intimée qui opérerait un chemin de fer était obligée, en vertu de la loi péruvienne, de faire des paiements de compensation déterminés selon une règle fixe, à un employé à la fin de son emploi, montants, cependant, dont le paiement était incertain puisque, dans certains cas, il pouvait les perdre. Le résumé du jugement explique bien de quelle façon la compagnie procéda pour établir le montant de la réserve:

[TRADUCTION] La compagnie déclare avoir droit d'imputer sur les recettes de chaque année le coût des montants prévus pour faire face aux paiements de retraite qu'elle devrait en fin de compte verser, en faisant le calcul des sommes nécessaires au versement à tout employé, s'il prenait sa retraite à la fin de l'année sans être déchu de ses droits, et en mettant de côté l'ensemble de ce qui était nécessaire, dans la proportion de l'année à l'ensemble.

La Chambre des Lords n'accepta pas, cependant, que la compagnie déduise comme dépenses du revenu de chaque année le coût des montants prévus pour faire face aux paiements de retraite qu'elle pouvait éventuellement être obligée de payer. La Cour, cependant, n'établit aucun principe de base pour fonder son refus et Lord Radcliffe s'exprima ainsi (à la page 355):

[TRADUCTION] Quoi qu'il en soit, il ressort clairement de ma citation susmentionnée qu'il n'y a rien d'incorrect à admettre des évaluations ou des estimés si, ce faisant, la balance des recettes d'une année et du coût de leur obtention ou des dépenses d'une année et des fruits en découlant est plus exacte. La Cour d'appel et cette Chambre ont, en fait, demandé de tels estimés dans l'affaire *Harrison c. John Cronk & Sons Ltd.* [1937] A.C. 185; cette Chambre fit à nouveau cette demande dans l'affaire *Absalom c. Talbot*

Greene M.R. in *Johnson v. Try Ltd.* [1946] 27 T.C. 167. The decision in the last mentioned case is, I think, of value in illustrating the point that, however desirable it may be to bring in a valuation or estimate in order to give a better balance to a year's accounts, it cannot be right to do so if the figure which is to be inserted, "hedged round . . . with every kind of contingency and speculation", is too uncertain to be fairly treated as a receipt. What is true of receipts is true of liabilities. In my opinion, it is that point which constitutes the real difficulty of the present case.

In most tax cases only amounts which can be exactly determined are accepted. This means that, ordinarily, provisional amounts or estimates are rejected, and it is not recommended that data which are conditional, contingent or uncertain be used in calculating taxable profits. If, indeed, provisional amounts or estimates are to be accepted, they must be certain. But then it is always difficult to find a procedure by which to arrive at a figure which is certain. Accountants are always inclined to set aside reserves for unliquidated liabilities, for, if they do not do so, the financial statement will not reflect the true position of the client's affairs. The difficulty arises from the fact that making it possible to determine the taxpayer's tax liability is not the main purpose of accounting. The accountant's report is, in fact, intended to give the taxpayer a general picture of his affairs so as to enable him to carry on his business with full knowledge of the facts. To achieve this end, it is not necessary for the profit shown to be exact, but it must be reasonably close, while the *Income Tax Act* requires it to be exact, and it is thus necessarily arbitrary. In *Southern Rly. of Peru Ltd. v. Owen (supra)*, the company's auditor stated that he would not have signed its financial statement if the reserve for future debts had not been entered on the balance sheet. The House of Lords was not influenced by this statement, however, and decided nevertheless that the company could not deduct the amounts payable until the employees terminated their employment. However, *Southern Rly. of Peru Ltd. v. Owen (supra)* concerned a reserve made for uncertain amounts which the company might be called upon to pay in the future. What is the situation when the amounts involved are certain, but are not due until a subsequent accounting period? Such amounts were involved in *Naval Colliery Co. v. I.R.C.* (1928) 12 T.C.

[1944] A.C. 204. Voir aussi le jugement de Lord Greene, M.R., dans l'affaire *Johnson c. Try Ltd.* [1946] 27 T.C. 167. A mon avis, la décision rendue dans cette dernière affaire illustre bien le point selon lequel, si désirable soit-il d'introduire une évaluation ou un estimé pour mieux équilibrer les comptes d'une année, il ne peut pas être juste de le faire si les données qui doivent être introduites sont «enveloppées . . . de contingences et d'incertitudes», et sont trop imprécises pour être vraiment considérées comme recettes. Ce qui est vrai des recettes, vaut pour le passif. A mon avis, c'est ce point qui constitue la véritable difficulté en l'espèce.

Dans la plupart des causes fiscales, l'on n'accepte que les montants dont la quantité exacte est établie. Ce qui veut dire que les montants provisoires ou estimés sont ordinairement rejetés et il n'est pas recommandable de calculer les profits imposables en utilisant des données qui sont conditionnelles, contingentes ou incertaines. Il faut, en effet, pour que les montants provisoires ou les estimés soient acceptés, qu'ils soient sûrs. Il est, d'autre part, toujours difficile de trouver une procédure qui permet d'arriver à un chiffre qui est sûr. Les comptables sont toujours enclins à prévoir des réserves pour des exigibilités non liquidées, car s'ils ne le font pas, l'état financier ne reflètera pas l'état véritable des affaires du client. La difficulté vient du fait que le but principal d'une comptabilité n'est pas de permettre la détermination de la dette fiscale du contribuable. En fait, le rapport comptable est destiné à indiquer d'une façon générale au contribuable l'état de ses affaires pour lui permettre de les poursuivre en toute connaissance de cause. Pour atteindre cette fin, il n'est pas nécessaire que le profit indiqué soit précis mais il doit représenter raisonnablement ce profit, tandis que la loi de l'impôt exige qu'il soit précis et, par conséquent, il est nécessairement arbitraire. Dans la cause de *Southern Rly. of Peru Ltd. c. Owen (supra)*, le comptable auditeur de la compagnie déclara qu'il n'aurait pas signé l'état financier de la compagnie à moins que la réserve pour dettes futures n'ait été inscrite au bilan. La Chambre des Lords, cependant, ne fut pas influencée par cette déclaration et décida quand même que la compagnie ne pouvait déduire les montants payables que lorsque les employés termineraient leur emploi. Dans *Southern Rly. of Peru Ltd. c. Owen (supra)* cependant, il s'agissait d'une réserve faite pour des montants incertains que pouvait encourir la compagnie dans l'avenir. Mais qu'arrive-t-il

1017, (H.L.) and the Court decided nevertheless that they could not be deducted so long as the outlay had not been made. In that case, Lord Buckmaster indeed stated clearly that these amounts could only be deducted in the period in which they were actually spent:

According to the appellants' contention, however, it is not the actual expenditure that is deducted, but the need for making the expenditure which is to be measured in their favour and brought into the account. This contention would involve the conclusion that the subject could choose which period he liked as the one in which the allowance is to be brought into account, either that when the expenditure became necessary or that when it was made (p. 1040).

As a general rule, if an expenditure is made which is deductible from income, it must be deducted by computing the profits for the period in which it was made, and not some other period.

The procedure adopted by appellant, of deducting from its income amounts withheld by it, which it may one day be required to pay its sub-contractor, but which the latter may not claim until 35 days after the work is approved by the architect, is, as we have just seen, contrary to the rule that an expenditure may only be deducted from income for the period in which it was made, and this would suffice to dispose of the present appeal. However, as we have seen above, there is an additional reason for dismissing the appeal: this is that we are dealing with amounts withheld which are not only uncertain as to *quantum* if partial damages result from badly done work, but which will no longer even be due or payable if damages exceed the amounts withheld. How can it be claimed in such circumstances that a certain and current expense is involved, and that the amounts withheld, which appellant has full enjoyment of until it pays the amounts owing to the sub-contractor, or until compensation becomes due, may be deducted by appellant as it receives them from the owner.

lorsqu'il s'agit de montants certains mais qui ne sont dus que dans une période comptable subséquente? Dans une cause de *Naval Colliery Co. c. I.R.C.*, (1928) 12 T.C. 1017 (H.L.), il s'agissait de tels montants et la Cour décida quand même qu'il ne pouvait y avoir déduction de ces montants tant et aussi longtemps que la dépense n'avait été faite. Lord Buckmaster, dans cette cause, déclara en effet clairement que ces montants ne pouvaient être déduits que dans la période où ils étaient en fait dépensés:

[TRADUCTION] Toutefois, selon les prétentions des appelants, on ne déduit pas la dépense réelle, mais le besoin de faire cette dépense, qui doit être évalué en leur faveur et porté à leur compte. Le résultat de cette prétention serait que l'intéressé pourrait choisir quelle période il préfère pour porter cette somme à son compte, soit le moment où la dépense devenait nécessaire, soit celui où elle était faite (p. 1040).

En règle générale, si une dépense déductible du revenu est faite, elle doit être déduite en calculant les profits pour la période dans laquelle elle a été faite et non pas dans une autre période.

La procédure adoptée par l'appelante de déduire de son revenu les montants qu'elle retient et qu'elle pourra un jour être obligée de payer à son sous-traitant, mais que ce dernier ne peut, cependant, exiger que dans les 35 jours qui suivent l'approbation des travaux par l'architecte, va, comme nous venons de le voir, à l'encontre de la règle qu'une dépense ne peut être déduite du revenu que pour la période où elle a été faite, ce qui suffirait à disposer de cet appel. Il y a, cependant, comme nous l'avons vu plus haut, une raison additionnelle pour rejeter cet appel et c'est que nous sommes en présence de montants retenus qui sont non seulement incertains quant au *quantum* si des dommages partiels sont causés par des travaux mal faits mais qui ne seront même plus dus ni payables si les dommages excèdent la retenue. Comment, dans ces circonstances, peut-on soutenir qu'il s'agit là d'une charge certaine et actuelle et que cette retenue dont l'appelante a la jouissance la plus complète jusqu'à ce qu'elle paie les montants qui reviennent au sous-contracteur ou jusqu'à ce que la compensation soit opérée peut être déduite par l'appelante au fur et à mesure qu'elle les reçoit du propriétaire.

The appeal is therefore dismissed and respondent will be entitled to his taxable costs.

L'appel est, par conséquent, rejeté et l'intimé aura droit à ses dépens taxés.

Montreal Trust Company, Executor under the last will and codicil of John Stewart Donald Tory (Appellant)

v.

Minister of National Revenue (Respondent)

Trial Division, Walsh J.—Toronto, May 27; Ottawa, June 25, 1971.

Income Tax—Fees owing deceased solicitor transferred by executor to legatee—Amount in excess of legacy paid by legatee to estate—Not a transfer or distribution of fees to beneficiary qua beneficiary—Solicitor's estate taxable on fees exceeding legacy—Income Tax Act, secs. 64(2), 64(3).

A Toronto solicitor was owed \$483,350 in fees by various clients at the time of his death in August 1965. By his will his daughter was entitled to a legacy of \$90,000 and a share of the residue. In February 1966, pursuant to an agreement between the solicitor's executor and his daughter, the \$483,350 in fees were paid by the clients to the daughter, who paid \$380,000 to the estate. The daughter was not resident in Canada and accordingly not taxable here. The Minister relying on s. 64(2) of the *Income Tax Act* assessed the solicitor's estate to income tax for 1965 on the \$380,000 as being "rights or things" which "when realized would have been included in computing" his income for that year. The estate appealed.

Held, the assessment was properly made. Section 64(3) which declares s. 64(2) inapplicable to rights or things "transferred or distributed to beneficiaries" only applies to transfers or distributions to beneficiaries *qua beneficiaries* and not, as in this case, to a purchaser for value who happens to be a beneficiary. The deceased's daughter was a purchaser for value of the client's accounts in excess of her \$90,000 legacy.

Fasken's Estate v. M.N.R. [1948] Ex.C.R. 580; *Bennett v. Ogston* (1930) 15 T.C. 374; *Highway Sawmills Ltd. v. M.N.R.* [1964] S.C.R. 304, applied.

INCOME tax appeal.

F. W. Callaghan, Q.C. and R. J. Gathercole for appellant.

G. W. Ainslie, Q.C. and M. J. Bonner for respondent.

WALSH J.—This is an appeal from a notice of re-assessment in respect of the 1965 taxation year of the taxpayer wherein \$380,000 was included in his income for that year. The taxpayer died on August 27, 1965 in Ontario where he had formerly carried on the practice of law in the City of Toronto and at the date of his death amounts totalling \$483,350 were owed to

Montréal Trust Company, exécutrice testamentaire de feu John Stewart Donald Tory (Appelante)

c.

Le ministre du Revenu national (Intimé)

Division de première instance. Le juge Walsh—Toronto, le 27 mai; Ottawa, le 25 juin 1971.

Impôt sur le revenu—Honoraires dus à l'avocat défunt cédés par l'exécutrice à la légataire—Montant payé à la succession par la légataire supérieur à son legs—N'est pas une cession ou distribution des honoraires à un bénéficiaire en qualité de bénéficiaire—La succession est assujettie à l'impôt sur les honoraires supérieurs au legs—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 64(2), 64(3).

Divers clients devaient \$483,350 d'honoraires à un avocat de Toronto au moment de son décès en août 1965. Son testament comportait un legs de \$90,000 et d'une part du résidu à sa fille. En février 1966, conformément à une entente entre l'exécutrice testamentaire de l'avocat et sa fille, les clients payaient les \$483,350 d'honoraires à cette dernière qui remettait \$380,000 à la succession. La fille ne résidait pas au Canada et n'était donc pas assujettie à l'impôt canadien. Le Ministre, se fondant sur l'art. 64(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, assujettissait ces \$380,000 de la succession de l'avocat à l'impôt sur le revenu comme étant des «droits ou des choses dont le montant obtenu lors de la réalisation eût été inclus dans le calcul de son revenu» pour cette année. La succession a interjeté appel.

Arrêt: La cotisation a été correctement établie. L'art. 64(3) qui déclare que l'art. 64(2) ne s'applique pas aux droits ou choses «cédées ou distribuées aux bénéficiaires», ne s'applique qu'aux cessions ou distributions aux bénéficiaires à titre de bénéficiaires et non, comme en l'espèce, à un acquéreur à titre onéreux qui se trouve être un bénéficiaire. La fille du défunt était un acquéreur à titre onéreux des comptes des clients supérieurs à son legs de \$90,000.

Arrêts suivis: *Succession Fasken c. M.R.N.* [1948] R.C.É. 580; *Bennett c. Ogston* (1930) 15 T.C. 374 et *Highway Sawmills Ltd. c. M.R.N.* [1964] R.C.S. 304.

IMPÔT sur le revenu.

F. W. Callaghan, c.r. et R. J. Gathercole pour l'appelante.

G. W. Ainslie, c.r. et M. J. Bonner pour l'intimé.

LE JUGE WALSH—Le présent appel a été interjeté à l'encontre d'un avis de nouvelle cotisation relatif à l'année d'imposition 1965 du contribuable, qui ajoutait à son revenu de ladite année la somme de \$380,000. Le contribuable est décédé le 27 août 1965 en Ontario où il avait jusque là pratiqué le droit à Toronto; au moment de son décès, divers clients lui devaient

him by various clients. His daughter, Mrs. Mary Virginia Denton, was a beneficiary under the terms of his last will and codicil, and on or about February 11, 1966 the right to receive these amounts was transferred to her under an arrangement whereby she released the estate of the taxpayer from its liability to pay her the \$90,000 balance of a legacy payable to her under his last will and codicil and agreed to pay the estate the sum of \$380,000 Canadian funds within one year from the date of the transfer.

The appellant did not include in the income of the taxpayer the amount so transferred to Mrs. Denton on the basis that the right to receive same had been transferred to a beneficiary of the estate of the taxpayer within the time prescribed by s. 64(3) of the *Income Tax Act*.

In making the re-assessment, the Minister did so on the basis that the amounts totalling \$483,350 owed to the taxpayer by his clients at the date of his death were rights or things, the amount whereof when realized would have been included in computing his income, that of this amount an amount of \$103,350 was transferred or distributed to Mrs. Mary Virginia Denton, a beneficiary of his estate prior to the time for making an election under the provisions of s. 64(2) of the *Income Tax Act*, leaving a balance of \$380,000 of rights or things not so transferred or distributed.

In the agreed statement of facts the parties admit, *inter alia*, that the appellant is executor of the last will and testament of the taxpayer and codicil thereto for which letters probate were duly granted and a true copy filed as an exhibit; that on or about November 10, 1965, appellant paid the sum of \$10,000 to Mary Virginia Denton, one of the three children of the deceased taxpayer, representing part payment of the legacy of \$100,000 made to her in paragraph 3(h) of the will; that the value of the accounts receivable to the taxpayer at the date of his death as reported in his estate tax return was \$483,350; on February 4, 1966, appellant sent the said Mary Virginia Denton a letter offering to transfer the accounts to her, which concluded:

des sommes totalisant \$483,350. Ses derniers testament et codicille faisaient de sa fille, dame Mary Virginia Denton, l'une de ses bénéficiaires; le ou vers le 11 février 1966, le droit de toucher ces montants lui était cédé aux termes d'un accord suivant lequel elle libérait la succession du contribuable de son obligation de lui remettre le solde de \$90,000 d'un legs à elle dû aux termes des derniers testament et codicille de celui-ci et convenait de verser à la succession la somme de \$380,000 en monnaie canadienne, dans l'année suivant la date de la cession.

L'appelante n'a pas ajouté au revenu du contribuable le montant ainsi cédé à M^{me} Denton au motif que le droit de le toucher avait été cédé à un bénéficiaire de la succession du contribuable dans le délai prescrit par l'art. 64(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le Ministre a ainsi établi la nouvelle cotisation aux motifs que les montants totalisant \$483,350 dus au contribuable par ses clients au moment de son décès étaient des droits ou des choses dont le montant obtenu lors de la réalisation eût été inclus dans le calcul de son revenu et que, de ces montants, \$103,350 ont été cédés ou versés à M^{me} Mary Virginia Denton, une des bénéficiaires de sa succession, avant l'expiration du délai accordé pour arrêter un choix en vertu des dispositions de l'art. 64(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, laissant un solde de \$380,000 représentant des droits ou des choses non cédés ni aliénés.

Dans l'exposé des faits admis, les parties reconnaissent entre autres que l'appelante est exécutrice du dernier testament du contribuable et du codicille à celui-ci qui ont été dûment homologués (copie certifiée de l'homologation a été versée au dossier); que le ou vers le 10 novembre 1965, l'appelante a versé à M^{me} Mary Virginia Denton, l'une des trois enfants du contribuable défunt, la somme de \$10,000 en paiement partiel du legs de \$100,000 à elle fait à l'alinéa 3h) du testament; que la valeur des comptes à recevoir par le contribuable à la date de son décès, comme le mentionnait sa déclaration d'impôt sur les successions, était de \$483,350; le 4 février 1966, l'appelante a envoyé à ladite M^{me} Mary Virginia Denton une lettre

This transfer would be made to you in consideration of your releasing the Estate from its liability to pay you the \$90,000 balance of the legacy payable to you under your late father's Will and in consideration of your agreement to pay the Estate the sum of \$380,000 (Canadian funds), such payment to be made within one year from the effective date of the transfer of the foregoing amounts to you.

Would you kindly confirm the foregoing arrangement by signing and returning to us the enclosed copy of this letter.

Mrs. Denton did so on February 5, 1966. She then, on February 7, 1966, sent letters to the debtors of the said accounts advising them of the transfer and requesting that the settlement cheque be sent to her at the Lucayan Beach Hotel in Freeport, Bahamas. On February 11, 1966, appellant sent letters to each of the debtors advising them of the transfer, enclosing copies of the probate and Ontario and federal succession duty and estate tax releases and authorizing them to make the payments to Mrs. Denton in Freeport as requested.

It is further agreed that on February 11, 1966 Mrs. Denton left Canada with her children to join her husband who had accepted employment in the United States of America and that she has remained a non-resident of Canada since that date, and that the appellant, in an endeavour to realize the assets of the estate in a manner most beneficial thereto discussed with Mrs. Denton a proposal that the said arrangement be entered into, the intention being to utilize the provisions of s. 64(3) of the *Income Tax Act* and to preclude the inclusion under s. 64(2) in the computation of the taxpayer's income for the taxation year in which he died of the value of the said accounts receivable at the time of his death. Mrs. Denton sought the advice of counsel as to the effect of the said arrangement on her United States income tax liability and it was as a result of such advice that, upon leaving Canada, she went to Freeport, Bahamas where, between February 18, 1966 and February 21, 1966, she received payment in full of the said accounts receivable. On February 16, 1967, pursuant to the arrangement made, Mrs. Denton paid appellant the sum of \$380,000. This payment was included in the

offrant de lui céder les comptes et se terminant ainsi:

[TRADUCTION] Cette cession vous serait consentie en contrepartie de la décharge que vous accorderiez à la succession de l'obligation de vous remettre le solde de \$90,000 du legs qui vous est dû aux termes du testament de feu votre père et en contrepartie de votre engagement de payer à la succession la somme de \$380,000 (en monnaie canadienne) dans l'année suivant la date réelle de la cession desdits montants.

Veuillez avoir l'obligeance de confirmer l'accord ci-dessus en signant et nous retournant la copie ci-jointe de la présente lettre.

M^{me} Denton l'a effectivement fait le 5 février 1966. Le 7 février 1966, elle a envoyé aux débiteurs des lettres leur donnant avis de la cession et demandant de lui adresser les chèques de paiement au Lucayan Beach Hotel à Freeport (Bahamas). Le 11 février 1966, l'appelante a envoyé à chacun des débiteurs une lettre les avisant de la cession, en y joignant des copies de l'homologation et des permis de disposer émis par les services des droits successoraux fédéral et ontarien, et les autorisant à effectuer les paiements à M^{me} Denton à Freeport comme elle l'avait demandé.

Il est également reconnu que M^{me} Denton a quitté le Canada avec ses enfants le 11 février 1966 pour rejoindre son époux qui avait accepté un emploi aux États-Unis et que depuis lors elle ne réside plus au Canada et que l'appelante, dans un effort pour réaliser les biens de la succession de la façon la plus avantageuse, a négocié avec M^{me} Denton ledit accord avec l'intention de se prévaloir des dispositions de l'art. 64(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et d'empêcher que ne soit incluse, en vertu de l'art. 64(2), dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année d'imposition pendant laquelle il est décédé, la valeur desdits comptes à recevoir au moment de son décès. M^{me} Denton a demandé une consultation juridique sur les conséquences dudit accord sur son assujettissement à l'impôt sur le revenu aux États-Unis et c'est à la suite de cette consultation qu'en quittant le Canada, elle s'est rendue à Freeport aux Bahamas, où, entre les 18 et 21 février 1966, elle a reçu le paiement intégral desdits comptes à recevoir. Le 16 février 1967, faisant suite à l'accord conclu, M^{me} Denton a versé à l'appelante la somme de \$380,000. Ce paiement a été

capital account of the estate, the entry being as follows:

Payment for purchase of \$483,350 legal fees receivable by deceased at date of death—\$470,000 less \$90,000—balance of cash legacy payable as per Clause 3(h) of The Will—\$380,000.00

On June 1, 1966, respondent assessed tax for the 1965 taxation year of the taxpayer on the basis that the amount properly included, pursuant to the provisions of s. 64(2) of the *Income Tax Act*, in computing the taxpayer's income for 1965 in respect of the accounts receivable was \$483,350. Appellant duly objected to the assessment and served on the respondent a notice of objection dated August 23, 1966, as a result of which, on August 7, 1968, pursuant to s. 58(3) of the *Income Tax Act*, respondent re-assessed tax for the 1965 taxation year of the taxpayer on the basis that the amount properly included pursuant to the provisions of s. 64(2) of the *Income Tax Act* in computing the taxpayer's income for 1965 in respect of the accounts receivable was \$380,000. Appellant then commenced this appeal.

No witnesses were called by either party and no explanation was given as to the discrepancy of \$13,350 between the amount of the accounts collected by Mrs. Denton in the amount of \$483,350 and the amount of \$470,000 which she paid for them, partly by accepting same in lieu of the balance of \$90,000 owing her under the \$100,000 legacy to which she was entitled, and partly by the cash payment by her of the sum of \$380,000, which is the amount for which the taxpayer has now been re-assessed, and counsel for the parties conceded that this was not an issue in the present appeal.

Three options were open to appellant for dealing with the deceased taxpayer's income tax liability in the year 1965 with respect to these accounts receivable and to avoid having them included in his taxable income for that year in which he died.

(a) It could have, within one year from the date of his death or within 90 days after the

inclus au compte capital de la succession sous l'inscription suivante:

[TRADUCTION] Paiement pour acquisition de \$483,350 d'honoraires juridiques exigibles par le défunt au moment du décès—\$470,000 moins \$90,000—solde du legs en espèces dû aux termes de l'alinéa 3h) du testament—\$380,000.00.

Le 1^{er} juin 1966, l'intimé a procédé à la cotisation d'impôt pour l'année d'imposition 1965 du contribuable en se fondant sur le principe que le montant à inclure, conformément aux dispositions de l'art. 64(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année 1965 à l'égard des comptes à recevoir, devait être de \$483,350. L'appelante s'est dûment opposée à la cotisation et a signifié à l'intimé un avis d'opposition daté du 23 août 1966, après quoi, l'intimé a procédé le 7 août 1968, conformément à l'art. 58(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, à une nouvelle cotisation relativement à ladite année d'imposition du contribuable en se fondant sur le principe que le montant à inclure, conformément aux dispositions de l'art. 64(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année 1965 à l'égard des comptes à recevoir devait être de \$380,000. L'appelante a alors institué le présent appel.

Les parties n'ont cité aucun témoin. Aucune explication n'a été donnée relativement à l'écart de \$13,350 entre le montant des comptes perçus par M^{me} Denton, soit \$483,350, et la somme de \$470,000 qu'elle a versée pour en devenir cessionnaire, en partie en consentant au remplacement du solde de \$90,000 qui lui était dû aux termes du legs de \$100,000 auquel elle avait droit et en partie par le versement en espèces effectué par elle de \$380,000 qui constitue d'ailleurs le montant de la nouvelle cotisation adressée au contribuable; les procureurs des parties ont toutefois reconnu que cela n'était pas en litige en l'espèce.

Trois alternatives s'offraient à l'appelante pour classer l'assujettissement du contribuable défunt à l'impôt pour l'année 1965 à l'égard de ses comptes à recevoir et éviter qu'ils ne soient inclus dans son revenu imposable pour l'année pendant laquelle il est décédé.

a) Elle pouvait, dans l'année de son décès ou dans les quatre-vingt-dix jours après l'envoi

mailing of a notice of assessment in respect of his tax for the year of his death, whichever was later, availed itself of the provisions of s. 64(2)(a) of the *Income Tax Act* and included one-fifth of the value of said accounts in computing his income for each of his last five taxation years including the year of death, and paid the resulting additional tax for any year other than the year in which he died within thirty days from the day of mailing of the notice of assessment for the year in which he died; or

(b) It could have filed a separate return of the value of these accounts and paid tax thereon for the taxation year in which he died as if he had been another person entitled to the same deductions to which he was entitled under s. 26 of the Act for that year (that is to say his deductions for dependants);

(c) The third option and that which it adopted forms the subject of the present appeal and results from the wording of s. 64(3) of the Act, which reads as follows:

64. (3) Where before the time for making an election under subsection (2) has expired, a right or thing to which that subsection would otherwise apply has been transferred or distributed to beneficiaries or other persons beneficially interested in the estate or trust,

(a) subsection (2) is not applicable to that right or thing, and

(b) an amount received by one of the beneficiaries or other such persons upon the realization or disposition of the right or thing shall be included in computing his income for the taxation year in which he received it.

By transferring the accounts receivable to a beneficiary who was not herself taxable for income in Canada on the realization by her of these accounts, the appellant was able to receive from her an amount representing nearly the full value of them without the estate paying income tax on behalf of the deceased in the year 1965 for the amounts received in payment for this transfer. The fact that Mrs. Denton did not have to pay income tax on the amount of the accounts so purchased when she received payment of them, since she was not at that time a beneficiary resident in Canada and taxable therein when these accounts were realized is

par la poste d'un avis de cotisation à l'égard de son impôt pour l'année du décès, en prenant la dernière de ces deux dates, se prévaloir des dispositions de l'art. 64(2)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et inclure un cinquième de la valeur desdits comptes dans le calcul de son revenu pour chacune de ses cinq dernières années d'imposition y compris l'année du décès, et payer l'impôt additionnel en résultant pour toute année autre que l'année de son décès dans les trente jours qui suivaient la date de la mise à la poste de l'avis de cotisation pour l'année de son décès; ou

b) Elle pouvait produire une déclaration distincte de la valeur de ces comptes et payer l'impôt y afférent pour l'année d'imposition pendant laquelle il est décédé, comme s'il avait été une autre personne admissible aux déductions auxquelles il avait droit, aux termes de l'art. 26, pour ladite année (c'est-à-dire ses déductions pour personnes à charge);

c) La troisième alternative, celle qui fut effectivement adoptée, fait l'objet du présent appel et provient du libellé de l'art. 64(3) de la loi, que voici:

64. (3) Lorsque, avant l'expiration du délai accordé pour le choix prévu au paragraphe (2), un droit ou une chose à laquelle ledit paragraphe s'appliquerait autrement, a été cédée ou distribuée aux bénéficiaires ou à d'autres personnes ayant un intérêt bénéficiaire dans la fiducie ou succession,

a) le paragraphe (2) ne s'applique pas à ce droit ou à cette chose, et

b) un montant reçu par l'un des bénéficiaires ou autres semblables personnes lors de la réalisation ou de la disposition de ce droit ou de cette chose doit être inclus dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition dans laquelle il l'a reçu.

En cédant les comptes à recevoir à une bénéficiaire qui n'était pas elle-même assujettie à l'impôt au Canada sur la réalisation par ses soins de ces comptes, l'appelante pouvait en recevoir un montant représentant presque la totalité de leur valeur sans que la succession ne paie d'impôt à l'acquit du défunt pour l'année 1965 à l'égard des montants reçus en paiement de cette cession. Le fait que M^{me} Denton n'ait pas eu à payer d'impôt sur le revenu à l'égard du montant des comptes dont elle s'était portée acquéreur lorsqu'elle en a reçu le paiement, étant donné qu'à ce moment elle n'était pas une bénéficiaire résidant au Canada et, partant, non

not, of course, relevant to the present issue which merely concerns the applicability of s. 64(3) to the determination of the deceased's income tax liability.

The whole case turns on the interpretation to be given to the words "transferred or distributed to beneficiaries or other persons beneficially interested in the estate or trust". The word "transferred" used by itself has been dealt with in several previous decisions. In rendering judgment in the case of *Fasken Estate v. M.N.R.* [1948] Ex.C.R. 580, Thorson P. referred to two dictionary definitions of the word "transfer". The New English Dictionary gives the meaning:

2. Law. To convey or make over (title, right or property) by deed or legal process.

Webster's New International Dictionary, 2nd ed., says:

2. To make over the possession or control of, to make transfer of; to pass; to convey, as a right, from one person to another; as, title to land is *transferred* by deed.

At page 592 he states:

In *Gathercole v. Smith* ((1880-81) 17 Ch.D. 1 at 7) James L.J. spoke of the word "transfer" as "one of the widest terms that can be used" and Lush L.J. said, at page 9:

The word "transferable," I agree with Lord Justice James, is a word of the widest import and includes every means by which the property may be passed from one person to another.

The word "transfer" is not a term of art and has not a technical meaning. It is not necessary to a transfer of property from a husband to his wife that it should be made in any particular form or that it should be made directly. All that is required is that the husband should so deal with the property as to divest himself of it and vest it in his wife, that is to say, pass the property from himself to her. The means by which he accomplishes this result, whether direct or circuitous, may properly be called a transfer.

He was dealing with s. 32(2) of the *Income War Tax Act* and its predecessor s. 7 of the 1926 Act which were somewhat analogous to s. 21(1) of the present Act dealing with transfers of property between husband and wife. Further on he states, at pages 595-96:

If then it was not a condition of liability under section 7 of the 1926 Act that the transfer therein referred to was made for the purpose of evading taxation there can be no

assujettie à l'impôt canadien lorsqu'elle les a réalisés, n'a évidemment aucun rapport avec le présent litige qui a trait simplement à l'applicabilité de l'art. 64(3) à la détermination de l'assujettissement du défunt à l'impôt sur le revenu.

Tout le litige tourne autour de l'interprétation qu'il faut donner à l'expression «cédée ou distribuée aux bénéficiaires ou à d'autres personnes ayant un intérêt bénéficiaire dans la fiducie ou succession». Plusieurs arrêts antérieurs ont discuté du mot «cédé» en lui-même. En prononçant le jugement dans l'affaire *Succession Fasken c. M.R.N.* [1948] R.C.É. 580, le président Thorson s'est reporté à deux définitions de dictionnaire du mot «cession». Le New English Dictionary donne le sens suivant:

[TRADUCTION] 2. Droit. Transporter ou transférer (titre, droit ou propriété) par acte ou procédé juridique.

Le Webster's New International Dictionary, 2^{ème} éd., déclare:

[TRADUCTION] 2. Transférer la possession ou le contrôle, faire la cession de; transmettre; transporter, par exemple un droit, d'une personne à une autre; par exemple, un titre immobilier est *cédé* par contrat.

Il déclare à la page 592:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Gathercole c. Smith* ((1880-81) 17 Ch.D. 1, à la page 7) le Lord juge James parle du mot «cession» comme étant «un des termes les plus larges que l'on puisse utiliser» et le Lord juge Lush déclare à la page 9:

L'expression «qui peut être cédé», j'en conviens avec le Lord juge James, est une expression d'une très large portée et comprend tous les moyens par lesquels la propriété peut être transmise d'une personne à une autre.

Le mot «cession» n'est pas un terme de l'art et n'a pas un sens technique. Il n'est pas nécessaire qu'un transport¹ de biens par un mari en faveur de son épouse soit fait sous une forme particulière ni qu'il le soit directement. Il suffit que le mari agisse de façon à se départir des biens et les remettre à son épouse, c'est-à-dire transporter les biens de l'un à l'autre. Les moyens d'arriver à cette fin, qu'ils soient directs ou non, peuvent être à juste titre appelés une cession.

Il traitait de l'art. 32(2) de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu* et de celui qui le précédait, l'art. 7 de la loi de 1926, qui étaient dans une certaine mesure les mêmes que l'art. 21(1) de la loi actuelle qui a trait aux transports de biens entre conjoints. Il déclare ensuite aux pages 595 et 596:

[TRADUCTION] Ainsi, s'il n'était pas nécessaire, pour qu'elle soit soumise à l'article 7 de la loi de 1926, que la cession y mentionnée soit effectuée dans le but d'échapper

such condition in section 32(2) of the 1927 Revision. Moreover, quite apart from any statutory provisions relating to the Revised Statutes, it is not permissible, where the words in a taxing Act are clear, to read into it either conditions of liability thereunder or exemptions therefrom other than those that are within its express terms. Full effect must be given to its words without additions or subtractions. In my opinion, the words section 32(2) of the 1927 Revision and the corresponding part of its predecessor, section 7 of the 1926 Act, are free from any ambiguity and liability thereunder is not confined to cases where the transfer of property was made for the purpose of evading taxation, nor does the fact that the transfer was made in good faith or for valuable consideration place it outside the scope of the sections.

This judgment was referred to and followed in the case of *German v. M.N.R.* [1957] C.T.C. 291 by Mr. Justice Thurlow who stated at page 295:

In my opinion, the expression "has transferred" in Section 21(1) of the *Income Tax Act* has a similar meaning. I read that expression as referring to an act whereby the husband has divested himself of property and vested it in his wife; that is to say, has passed the property from himself to her. Had the appellant in this case deeded a share of his homestead property to his wife, whether for consideration or not, there would undoubtedly have been a transfer of such share to her. Had he deeded his property to a purchaser and directed the purchaser to pay the price to his wife, again in my opinion there would have been a transfer. In such a transaction, the property having been his, the price paid for it would also have been his, but for the transfer of it to his wife accomplished by his direction to the purchaser to pay it to her.

The word "transfer" was also discussed in the Tax Appeal Board case of *Campbell v. M.N.R.* (1963) 32 Tax A.B.C. 203 where, at page 204, the Assistant Chairman, after referring to the exhaustive examination of the meaning of "transfer" by Thorson P. in the *Fasken Estate* case (*supra*) stated: "That term embraces any passing of ownership". In the case of *Dunkelman v. M.N.R.* [1960] Ex.C.R. 73, Thurlow J., considering the taxability of income from property transferred or from property substituted for property transferred by the appellant to a person under 19 years of age within the meaning of s. 22(1) of the Act again referred to the *Fasken Estate* case (*supra*) and then went on to say at page 78:

And in *St. Aubyn v. Attorney-General* ([1952] A.C. 15), Lord Radcliffe put the matter in almost the same way when he said at p. 53:

à l'impôt, cette condition ne pourrait se retrouver à l'article 32(2) de la révision de 1927. De plus, abstraction faite de toutes dispositions réglementaires ayant trait aux Statuts révisés, il n'est pas admissible, lorsque les termes de la loi fiscale sont clairs, d'en dégager soit des conditions d'assujettissement, soit des exemptions autres que celles expressément mentionnées. On doit donner plein effet à ses termes sans addition ni soustraction. A mon avis, les termes de l'article 32(2) de la révision de 1927 et de la partie correspondante de celui qui le précédait, l'article 7 de la loi de 1926, ne comportent aucune ambiguïté et l'assujettissement en résultant ne se borne pas aux cas où le transport de biens a été fait dans le but d'échapper à l'impôt; de même, le fait que le transport ait été fait de bonne foi ou pour une contrepartie appréciable en argent ne le soustrait pas à la portée de ces articles.

Le juge Thurlow s'est reporté à ce jugement et l'a suivi dans l'affaire *German c. M.N.R.* [1957] C.T.C. 291 en déclarant à la page 295:

[TRADUCTION] A mon avis, l'expression «... transporté» de l'article 21(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* a le même sens. Je conçois cette expression comme ayant trait à un acte par lequel le mari s'est départi d'un bien et l'a remis à son épouse; c'est-à-dire qu'il l'a transporté de l'un à l'autre. Si l'appelant en l'espèce avait cédé une portion de son patrimoine à son épouse, avec ou sans contrepartie, il y aurait sans aucun doute eu transport de cette portion en faveur de son épouse. S'il avait cédé ses biens à un acquéreur avec l'indication d'en payer le prix à son épouse, il se serait encore agi d'un transport. Dans une telle transaction, le bien lui ayant appartenu, le prix qu'il en a reçu lui aurait aussi appartenu, n'eût été transporté à son épouse réalisé par l'indication donnée à l'acquéreur d'en effectuer le paiement à son épouse.

Le mot «cession» a également été discuté dans un arrêt de la Commission d'appel de l'impôt, *Campbell c. M.N.R.* (1963) 32 Tax A.B.C. 203, où le vice-président, après s'être référé à l'étude approfondie de la signification de ce mot faite par le président Thorson dans l'arrêt *Succession Fasken* (précité), déclarait à la page 204: [TRADUCTION] «Ce terme englobe toute transmission de propriété». Dans l'arrêt *Dunkelman c. M.N.R.* [1960] R.C.É. 73, le juge Thurlow, faisant l'étude de la nature imposable du revenu provenant du bien cédé ou du bien remplaçant le bien cédé par l'appelant à une personne âgée de moins de dix-neuf ans dans le cadre de l'art. 22(1) de la loi, s'est également reporté à l'arrêt *Succession Fasken* (précité) et a poursuivi en disant à la page 78:

[TRADUCTION] Et dans l'arrêt *St. Aubyn c. Le procureur général* ([1952] A.C. 15), Lord Radcliffe a présenté l'affaire presque de la même manière lorsqu'il a déclaré à la p. 53:

If the word "transfer" is taken in its primary sense, a person makes a transfer of property to another person if he does the act or executes the instrument which divests him of the property and at the same time vests it in that other person.

The expression "has transferred" in s. 22(1) has, in my opinion, a similar meaning. All that is necessary is that the taxpayer shall have so dealt with property belonging to him as to divest himself of it and vest it in a person under 19 years of age. The means adopted in any particular case to transfer property are of no importance, as it seems clear that the intention of the subsection is to hold the transferor liable for tax on income from property transferred or on property substituted therefor, no matter what means may have been adopted to accomplish the transfer.

He concludes that the making of a loan is not a transaction within the meaning of the expression "has transferred property". With regard to the question of taxation of income of one person in the hands of another, he says, at page 77:

... It goes without saying that, if the rule set out in s. 22(1) applies, the appellant will be liable for tax on the income in question, regardless of how harsh or unjust the result may appear to be. But, as it is not within the purview of the general taxing provisions of the statute to tax one person in respect of the income of another, the subsection must, in my opinion, be regarded as an exception to the general rule, and while it must be given its full effect so far as it goes, it is to be strictly construed and not extended to anything beyond the scope of the natural meaning of the language used, regardless again of how much a particular case may seem to fall within its supposed spirit or intentment.

All of the above cases dealt with a different section of the Act where the words "has transferred" were used alone and not in conjunction with the words "or distributed", but in the case of *Hawk Estate v. M.N.R* (1957) 17 Tax A.B.C. 71, it was s. 64(3) itself which was considered. In that case the deceased and his three sons operated their own farms under an arrangement whereby grain and livestock were sold under a partnership name and the proceeds divided amongst them in certain proportions. After the deceased's death an agreement was reached by his widow and sons, although never put in writing, whereby all the interests of the deceased in grain or livestock became the property of the sons in return for which certain payments were to be made to the widow. It was held that the cattle and grain which formed part of the deceased's estate were "transferred or distributed" to his sons as beneficiaries, within the

Si on prend le mot «transport» dans son sens premier, une personne effectue un transport de biens à une autre si elle accomplit l'acte ou signe le document qui l'en départit et du même coup l'attribue à cette autre personne.

L'expression «a... transporté» de l'art. 22(1) a, à mon avis, le même sens. Il suffit que le contribuable ait agi envers le bien lui appartenant de façon à s'en départir et à l'attribuer à une personne âgée de moins de dix-neuf ans. Les moyens utilisés dans un cas particulier pour transporter le bien n'ont pas d'importance car il semble évident que l'intention du paragraphe est d'assujettir le cédant à l'impôt sur le revenu provenant de biens transportés ou de biens qui leur sont substitués, quels que soient les moyens adoptés pour réaliser la cession.

Il conclut qu'un prêt n'est pas une transaction entrant dans le sens de l'expression «a... transporté des biens». Concernant la question de l'imposition du revenu d'une personne entre les mains d'une autre, il déclare à la page 77:

[TRADUCTION]. . . Il va sans dire que si la règle énoncée à l'art. 22(1) s'applique, l'appelant sera assujéti à l'impôt sur le revenu en cause, quelque dures et injustes qu'en puissent sembler les conséquences. Mais, comme le corps des dispositions fiscales générales de la loi ne vise jamais à frapper une personne d'un impôt sur le revenu d'une autre, le paragraphe doit, à mon avis, être considéré comme une exception à la règle générale et, bien qu'on doive lui donner plein effet dans cette mesure, il faut l'interpréter de façon stricte et non pas l'étendre à quelque chose qui ne fait pas partie du sens courant des termes qui y sont utilisés, sans égard encore à la façon dont un cas particulier peut sembler entrer dans le cadre de l'esprit ou de l'intention qu'on lui prête.

Tous les arrêts précédents ont trait à un autre article de la loi où l'expression «a... transporté» était utilisée seule et non en la rapprochant de l'expression «ou distribué»; cependant, l'affaire *Succession Hawk c. M.R.N.* (1957) 17 Tax A.B.C. 71, mettait en cause l'art. 64(3) lui-même. Dans cette affaire, le défunt et ses trois fils exploitaient leurs propres fermes en vertu d'un accord suivant lequel le grain et le bétail étaient vendus sous une raison sociale et les bénéfices en provenant partagés entre eux dans certaines proportions. Après le décès du père, sa veuve et ses fils ont conclu un accord verbal suivant lequel tous les intérêts du défunt dans le grain ou le bétail devenaient la propriété des fils, en contrepartie de quoi ils devaient effectuer certains paiements à la veuve. Il fut jugé que le bétail et le grain faisant partie de la succession du défunt avaient été «cédés ou distribués» à ses fils à titre de bénéficiaires au

meaning of s. 64(3), and therefore their value was not taxable in the hands of the executors under s. 64(2). In his judgment, W. S. Fisher, Q.C., after referring to the meaning of the word "transfer" as defined in the case of *Gathercole v. Smith* (*supra*) and the quotation from the judgment of Thorson P. in the *Fasken Estate* case (*supra*), concluded that as the three sons were beneficiaries of their father's estate, together with their mother, transfer, even though *de facto* in nature, was sufficient to bring it within the provisions of s. 64(3) of the Act. In another Tax Appeal Board case dealing with s. 64(3), namely that of *Willis Estate v. M.N.R.* (1968) Tax A.B.C. 177, a contrary conclusion was reached. In that case the finding was based on the fact, however, that the company which had acquired assets of the deceased in exchange for paid up shares pursuant to a court order following his death to give effect to an arrangement he had made during his lifetime but had not carried into effect, was not a person beneficially interested in the estate merely because it had paid the estate tax assessed against the estate, but was merely a creditor of the estate. This decision of W. O. Davis refers, at page 185, to the argument of counsel for the Minister, which is similar to the argument made in the present case, as follows:

Counsel for the respondent urged that, inasmuch as the word "transfer" is used in conjunction with the word "distributed" in Section 64(3), it was evidently intended to connote something in the nature of a bequest as opposed to a sale such as had occurred in the instant matter, the word "distributed" carrying with it no element of payment for value received but suggesting a distribution of something to someone who was already entitled to that something as, for example, a beneficiary under a will.

It also refers, at page 184, to a definition of "beneficial interest" taken from Black's Law Dictionary as "profit, benefit, or advantage resulting from a contract", pointing out, however, that the definition goes on to say:

When considered as designation of character of an estate, is such an interest as a devisee, legatee, or donee takes solely for his own use or benefit, and not as holder of title for use and benefit of another. *People v. Northern Trust Co.*, 330 Ill. 238, 161 N.E. 525, 528.

In conclusion, at page 187, he states:

sens de l'art. 64(3) et que leur valeur n'était donc pas imposable entre les mains des exécuteurs en vertu de l'art. 64(2). Dans son jugement, M^e W. S. Fisher, c.r., après s'être reporté à la signification du mot «cession» qu'a précisée l'arrêt *Gathercole c. Smith* (précité) et à la citation du jugement du président Thorson dans l'arrêt *Succession Fasken* (précité), a conclu que, puisque les trois fils étaient bénéficiaires de la succession de leur père, de même que leur mère, la cession, même si elle était faite en nature, entrainait dans le cadre des dispositions de l'art. 64(3) de la loi. Dans l'arrêt *Succession Willis c. M.R.N.* (1968) Tax A.B.C. 177, traitant également de l'art. 64(3), la Commission d'appel de l'impôt est arrivée à une conclusion différente. Elle était cependant fondée sur le fait que la compagnie qui s'était portée acquéreur des biens du défunt en échange d'actions entièrement libérées à la suite d'une ordonnance d'un tribunal postérieure à son décès, donnant effet à un accord conclu de son vivant mais auquel il n'avait jamais donné suite, n'était pas une personne ayant un intérêt bénéficiaire dans la succession pour la seule raison qu'elle avait payé l'impôt successoral et qu'elle était plutôt un simple créancier de la succession. La décision de W. O. Davis mentionne de la façon suivante, à la page 185, l'argument, semblable à celui présenté en l'espèce, présenté par l'avocat du Ministre:

[TRADUCTION] L'avocat de l'intimé a fait valoir que, dès lors que le mot «cédé» est employé à l'article 64(3) en corrélation avec le mot «distribué», cela était évidemment destiné à ajouter quelque chose du genre d'un legs par opposition à une vente, comme c'est le cas en l'espèce, car le mot «distribué» ne comporte aucun élément de paiement pour une valeur reçue mais laisse entendre une distribution de quelque chose à quelqu'un qui y a déjà droit, par exemple un bénéficiaire testamentaire.

Il se reporte aussi, à la page 184, à une définition d'«intérêt bénéficiaire» extraite du Black's Law Dictionary comme étant un [TRADUCTION] «profit, bénéfice ou avantage résultant d'un contrat», signalant toutefois que la définition poursuit en disant:

[TRADUCTION] Lorsqu'il est envisagé comme désignation de la nature d'un patrimoine, il s'agit d'un intérêt comme celui qu'un institué, légataire ou donataire reçoit exclusivement pour son usage personnel et non comme détenteur d'un titre pour l'usage et le bénéfice d'un autre. *People v. Northern Trust Co.*, 330 Ill. 238, 161 N.E. 525, 528.

En conclusion, il déclare à la page 187:

Having given careful consideration to all the facts and circumstances involved herein and to the authorities referred to by counsel, I have reached the conclusion that the said rights and things were *not* transferred or distributed within the terms of Section 64(3) but were *sold* by the executor of the estate to Princeton Stock Ranch Ltd. for good and valuable consideration, namely, 98 shares of the company stock.

Respondent's contention in the present case is that the transaction in form and substance really breaks down into two separate transactions:

- (a) a transfer by consent of book debts having a value of at least \$90,000 in satisfaction of the balance of the legacy payable to Mrs. Denton under the will of her late father; and
- (b) a sale of book debts having a value of at least \$380,000 for full and valuable consideration made by the executor in the course of the administration of the estate to Mrs. Denton, whose title thereto was acquired not as a legatee or beneficiary under the will of her father but rather as a purchaser for value.

Respondent's counsel argued that the use of the word "distributed" in connection with the word "transferred" in s. 64(3) in a cognate sense has the effect of narrowing the meaning of the word "transferred", quoting as authority for this Maxwell on Statutes, 12th ed., at page 289:

Where two or more words which are susceptible of analogous meaning are coupled together, *noscuntur a sociis*, they are understood to be used in their cognate sense. They take, as it were, their colour from each other, the meaning of the more general being restricted to a sense analogous to that of the less general.

He contended that both words had to be used because, while the word "transfer" would apply to the distribution of a specific asset to a beneficiary who had an equitable interest in the asset transferred, "distributed" has reference to a distribution of the assets of the estate of the deceased to those who are entitled thereto but who during the course of the administration thereof do not have any equitable interest in any specific asset. In this connection he referred to the case of *Commissioner of Stamp Duties (Queensland) v. Livingston* [1965] A.C. 694 which held that in the case of an unadministered estate the assets as a whole were in the hands of the executor, his property, and until administration was completed, it could not be

[TRADUCTION] Après un examen attentif de tous les faits et circonstances des présentes et des autorités invoquées par les avocats, j'ai conclu que lesdits droits et choses n'ont pas été cédés ni distribués au sens des termes de l'article 64(3), mais ont été *vendus* par l'exécuteur testamentaire à la Princeton Stock Ranch Ltd. contre bonne et valable contrepartie, savoir 98 actions du capital social de la compagnie.

L'intimé soutient en l'espèce que la transaction, tant par sa forme que par sa substance, se partage réellement en deux transactions distinctes:

- a) un transport volontaire de créances d'une valeur d'au moins \$90,000 pour parfaire le solde du legs dû à M^{me} Denton aux termes du testament de feu son père; et
- b) une vente de créances d'une valeur d'au moins \$380,000 contre entière et valable contrepartie effectuée par l'exécuteur pendant son administration de la succession, consentie à M^{me} Denton qui en a acquis le titre non en qualité de légataire ou bénéficiaire nommée au testament de son père, mais à titre d'acquéreur à titre onéreux.

Le procureur de l'intimé a soutenu que l'emploi à l'art. 64(3) du mot «distribué» en corrélation avec le mot «cédé» a pour effet de restreindre le sens du mot «cédé»; à l'appui de cette assertion, il a cité Maxwell on Statutes, 12^e éd. à la page 289:

[TRADUCTION] Où deux ou plusieurs mots pouvant présenter une analogie sont groupés, *noscuntur a sociis*, ils sont utilisés dans leur sens parent. Ils prennent, pour ainsi dire, leur couleur commune, le sens du plus général étant restreint à un sens analogue à celui du moins général.

Il a prétendu que l'emploi des deux mots était nécessaire parce que, bien que le mot «cession» s'applique à la distribution d'un bien précis à un bénéficiaire qui y a un juste intérêt, «distribué» a trait à une distribution de biens de la succession du défunt à ceux qui y ont droit mais qui, pendant qu'ils sont sous administration, n'ont pas un juste intérêt dans un bien précis. A ce sujet, il s'est reporté à l'arrêt *Commissioner of Stamp Duties (Queensland) c. Livingston* [1965] A.C. 694 où il a été décidé que dans le cas d'une succession sans administrateur, l'ensemble des biens qui était entre les mains de l'exécuteur lui appartenait et que tant que durait son administration, on ne pouvait dire en quoi consisterait le résidu à la reddition de compte ni

said of what the residue, when ascertained, would consist or what its value would be. It was further held that what the widow was entitled to in respect of her rights under the testator's will was a chose in action, capable of being invoked for any purpose connected with the proper administration of her husband's estate. A similar finding was made by the Supreme Court in the case of *M.N.R. v. Fitzgerald (Steed Estate)* [1949] S.C.R. 453, in which Kerwin J. at page 460 refers to a proprietary interest either legal or such an equitable interest as is recognized by our courts, which Steed did not have, stating:

... All that devolved upon his death was a right to have the estate of Bonnie Steed administered; and that right was a chose in action properly enforceable . . .

In the present case, while Mrs. Denton had an equitable interest in the legacy left her in her father's will, she only had an eventual interest in her share of the residue of the estate when same would be distributed on the death or remarriage of certain of the income beneficiaries. He contended, therefore, that Mrs. Denton was not "a beneficiary or other person beneficially interested" in the estate or trust save to the extent of the balance due her under the legacy, and that beyond this her right only consisted in a right to have the estate administered so ultimately she would obtain her proper share in the residue when same was distributed. With respect to the sum of \$380,000, therefore, she was simply a purchaser for value from the trustees of the accounts due to the estate, and to this extent the accounts could not be considered as having been transferred to her *qua* beneficiary or person beneficially interested.

He contended that this interpretation conforms to the apparent scheme of Parliament in enacting s. 64(3). Section 85F gives a special privilege to taxpayers who carry on a profession or the business of farming by permitting them to compute their income on a cash basis rather than a current earnings basis. As a consequence of this, if there had not been any specific statutory provision, then on the cessation of business, the amounts subsequently received would not be subject to tax since they would no

quelle en serait la valeur. On a en outre jugé que ce à quoi avait droit la veuve concernant ses droits en vertu du testament de son défunt mari, était une *chose in action* pour être invoquée pour toutes fins relatives à la saine administration de la succession de son époux. La Cour suprême est arrivée à une conclusion semblable dans l'affaire *M.R.N. c. Fitzgerald (Succession Steed)* [1949] R.C.S. 453, où le juge Kerwin fait état, à la page 460, d'un intérêt à titre de propriétaire, soit juridique, soit équitable au point d'être reconnu par nos tribunaux, ce que M. Steed n'avait pas. Il déclare à ce sujet:

[TRADUCTION] . . . Ce qui a été transmis à son décès est exclusivement le droit de faire administrer la succession Bonnie Steed; ce droit constituait une *chose in action* tout à fait exécutoire . . .

En l'espèce, M^{me} Denton avait un juste intérêt dans le legs lui revenant aux termes du testament de son père, mais elle n'avait qu'un intérêt éventuel à sa part du résidu de la succession lors de sa distribution au décès ou convol en nouvelles noces de certains bénéficiaires du revenu. Il a donc prétendu que M^{me} Denton n'était pas «une bénéficiaire ou autre personne ayant un intérêt bénéficiaire» dans la succession ou fiducie, si ce n'est jusqu'à concurrence du solde qui lui était dû en vertu du legs et que, pour l'excédent, son droit consistait exclusivement à faire administrer la succession jusqu'à ce qu'elle reçoive finalement sa juste part du résidu lors de sa distribution. En ce qui concerne la somme de \$380,000, elle était donc simplement un acquéreur à titre onéreux des comptes à recevoir auprès des administrateurs et, dans cette mesure, les comptes ne pouvaient être considérés comme lui ayant été cédés à titre de bénéficiaire ou de personne ayant un intérêt bénéficiaire.

Il a soutenu que cette interprétation était conforme à l'intention qu'avait le Parlement en promulguant l'art. 64(3). L'article 85F accorde un privilège spécial aux contribuables tirant leurs revenus de l'agriculture ou d'une profession en leur permettant de calculer lesdits revenus d'après une méthode de caisse plutôt qu'une méthode de bénéfices. Par conséquent, en l'absence d'une disposition statutaire précise, les montants reçus postérieurement à la discontinuation de l'entreprise ne seraient pas assujettis

longer be income from a source. In support of his contention he quoted the British case of *Bennett v. Ogston* (1930) 15 Tax Cas. 374 at p. 378, approved by Lord Simonds L.C. in *Gospel v. Purchase* [1951] 2 All E.R. 1071 at 1074D, in which Rowlatt J. stated:

When a trader or a follower of a profession or vocation dies or goes out of business . . . and there remain to be collected sums owing for goods supplied during the existence of the business or for services rendered by the professional man during the course of his life or his business, there is no question of assessing those receipts to income tax; they are the receipts of the business while it lasted, they are arrears of that business, they represent money which was earned during the life of the business and are taken to be covered by the assessment made during the life of the business, whether that assessment was made on the basis of bookings or on the basis of receipts.

Similarly, in the case of *Frankel Corp. v. M.N.R.* [1959] S.C.R. 713, where a profit made on the sale of a business operation, including inventory, was held to be not taxable, it was found that the sale of the inventory was not a sale in the business of the appellant but was made as a part of a sale of a business of the appellant and consequently the proceeds of the sale were not income from a business within the meaning of s. 4 of the *Income Tax Act*. A similar finding was made in the case of *Crompton (Inspector of Taxes) v. Reynolds and Gibson* [1952] 1 All E.R. 888, where a firm purchased a business, including a book debt which was acquired at a written-down figure but which was later collected in full and a profit of £50,000 thereby being made by the new firm. It was held that although the debt was a trading debt in the hands of the old firm its acquisition by the new firm and its subsequent collection was not a transaction within the scope of its business but produced an accretion of value analogous to the profit made by the sale of a fixed asset and this was therefore not taxable. In line with this reasoning he argued, therefore, that s. 64 was necessary to provide for the taxation of income from book debts which, on the death of the deceased, had never entered into his computation of profit. The scheme of the legislation is that these debts are then to be taxed either in the hands of the deceased or of the beneficiary. If they have been transferred or distributed to a beneficiary *in this quality* then they will be

à l'impôt puisqu'il n'y aurait plus de source de revenu. A l'appui de son assertion, il a cité l'arrêt britannique *Bennett c. Ogston* (1930) 15 Tax Cas. 374, p. 378 auquel a souscrit le Lord chancelier Simonds dans l'arrêt *Gospel c. Purchase* [1951] 2 All E.R. 1071, p. 1074D, où le juge Rowlatt déclarait:

[TRADUCTION] Lorsqu'un commerçant ou un membre d'une profession ou d'un corps de métier décèdent ou mettent fin à leur entreprise . . . et qu'il reste à recouvrer des sommes dues pour des marchandises fournies alors que l'entreprise existait ou pour des services rendus par le professionnel de son vivant ou pendant l'existence de son entreprise, il n'est pas question d'assujettir ces recettes à l'impôt sur le revenu; ce sont des recettes de l'entreprise alors qu'elle existait, ce sont des arriérés de cette entreprise représentant des sommes gagnées pendant son existence et elles sont considérées comme comprises dans les cotisations établies pendant son existence, que ces cotisations aient été dressées d'après une méthode de caisse ou de recettes.

De la même façon, dans l'affaire *Frankel Corp. c. M.N.R.* [1959] R.C.S. 713, où l'on avait jugé qu'un bénéfice réalisé sur la vente d'une entreprise commerciale, y compris le stock, n'était pas imposable, on a conclu que la vente du stock n'était pas une vente effectuée au cours des activités commerciales de l'appelante, mais faisait partie de la vente de son entreprise et que les produits de la vente ne constituaient donc pas un revenu provenant d'une entreprise au sens de l'art. 4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Une décision semblable a été prononcée dans l'affaire *Crompton (Inspector of Taxes) c. Reynolds et Gibson* [1952] 1 All E.R. 888, où une firme s'était portée acquéreur d'une entreprise, y compris une créance acquise au rabais, qui fut par la suite recouvrée en entier, faisant ainsi réaliser un bénéfice de £50,000 à la nouvelle firme. Il fut décidé que bien que la dette ait été une dette d'exploitation entre les mains de l'ancienne firme, son acquisition et son recouvrement ultérieur par la nouvelle ne constituaient pas une transaction faisant partie du champ d'activité de cette dernière; cette transaction aboutissait à une plus-value semblable au bénéfice réalisé sur la vente d'un actif immobilisé et, partant, non imposable. Partant de ce raisonnement, il a donc soutenu que l'art. 64 était nécessaire pour assujettir à l'impôt le revenu provenant de créances qui, au moment du décès, n'avaient jamais été calculées dans les bénéfices du défunt. L'intention du législateur est que les créances doivent être imposées, que

included in the beneficiary's income if and when realized. If the extent to which the purchaser for value is also beneficiary is not to be taken into consideration in the interpretation of s. 64(3), this would lead to some peculiar results. For example, a professional man might leave a substantial sum of accounts receivable, as in the present case, and a token legacy of perhaps only \$1,000 to a trusted servant or friend who would then be a beneficiary, although only to this extent. By arranging for the sale of the receivables to such a beneficiary (which sale could readily be financed by a short term loan when the accounts are as readily collectable as in the present case) then even if the sale were made at a discount, taking into consideration the taxation which the purchaser would have to pay on collection of these accounts, the estate might nevertheless save substantial sums if the recipient were in a much lower tax bracket than the deceased. The appellant's attorney was very frank in the present case in admitting that after payment of 50% estate tax on these accounts and income tax at the rate of approximately 70% on the balance, the total sum paid in taxation would have amounted to 85% of the value of the accounts and the arrangement worked out with Mrs. Denton was an attempt to avoid this. Avoidance of taxation that can be done within the provisions of the governing statute is perfectly permissible and respectable as has frequently been stated by courts both in England and Canada. However, when the interpretation of the meaning of the words used in a section of the *Income Tax Act* is in doubt, it is preferable to adopt an interpretation which brings a result which conforms to the apparent scheme of the legislation, rather than one which will defeat it. In the case of *Highway Sawmills Ltd. v. M.N.R.* [1966] S.C.R. 384, Cartwright J. stated at page 393:

The answer to the question what tax is payable in any given circumstances depends, of course, upon the words of the legislation imposing it. Where the meaning of those words is difficult to ascertain it may be of assistance to consider which of two constructions contended for brings

ce soit entre les mains du défunt ou entre celles du bénéficiaire. Si elles ont été cédées ou distribuées à un bénéficiaire *en tant que tel* elles seront alors ajoutées au revenu du bénéficiaire au moment de leur réalisation, à condition qu'elle ait lieu. Si, en interprétant l'art. 64(3), on ne devait pas tenir compte de la mesure où l'acquéreur à titre onéreux est également bénéficiaire, cela donnerait des résultats bizarres. Ainsi, un professionnel pourrait laisser une somme substantielle en comptes à recevoir, comme c'est le cas en l'espèce, et un legs particulier de \$1,000 seulement, par exemple, à un serviteur fidèle ou à un ami qui deviendrait alors bénéficiaire jusqu'à concurrence de ce montant mais bénéficiaire tout de même. En vendant les comptes à recevoir à ce bénéficiaire (vente qui pourrait être facilement financée par un prêt à court terme si les comptes sont aussi facilement recouvrables qu'en l'espèce), même si la vente était consentie au rabais en tenant compte de l'impôt que l'acquéreur aurait à payer sur le recouvrement de ces comptes, la succession pourrait néanmoins économiser alors des sommes substantielles si le bénéficiaire faisait partie d'une tranche d'imposition beaucoup plus basse que celle du défunt. En l'espèce, le procureur de l'appelante a été très franc et a reconnu qu'après paiement d'un impôt de succession de 50% sur ces comptes et d'un impôt sur le revenu d'environ 70% sur le solde, la somme totale payée en impôt aurait été de 85% de la valeur des comptes et que l'accord conclu avec M^{me} Denton visait à éviter cette situation. L'évasion fiscale qui peut être réalisée dans le cadre des dispositions de la loi maîtresse est parfaitement admise et honnête comme l'ont d'ailleurs souvent déclaré les tribunaux britanniques et canadiens. Cependant, lorsqu'il y a doute sur l'interprétation des mots employés dans un article de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, il est préférable d'adopter une interprétation qui donne un résultat conforme à l'esprit apparent de la loi et non un résultat qui va à son encontre. Dans l'arrêt *Highway Sawmills Ltd. c. M.N.R.* [1966] R.C.S. 384, le juge Cartwright déclarait à la page 393:

[TRADUCTION] La réponse à la question de savoir quel est l'impôt dû dépend, bien sûr, des termes de la loi qui le crée. Lorsque le sens de ces termes est difficile à déterminer, il peut être d'un grand secours de se demander laquelle des

about a result which conforms to the apparent scheme of the legislation.

The case of *M.N.R. v. Pillsbury Holdings Ltd.* [1965] 1 Ex.C.R. 676, in interpreting s. 8(1)(c) of the Act, held that it was intended to sweep into income, payments, distributions, benefits and advantages that flow from a corporation to a shareholder by some route other than the dividend route, which payments might be expected to reach the shareholder by the more orthodox dividend route if the corporation and the shareholder were dealing at arm's length, but that there could be no question of conferring a benefit or advantage within the meaning of s. 8(1)(c) on a shareholder where the corporation enters into a *bona fide* transaction with him. In rendering judgment, Cattanach J. stated at page 687:

... To come within that paragraph, it must be an arrangement or device whereby a corporation confers a benefit or advantage on a shareholder *qua* shareholder.

I believe a similar distinction should be made in the present case. Section 64(3) applies to transfers or distributions of the right or thing to a beneficiary or other person beneficially interested in the estate or trust only when such transfer or distribution has been made to him *qua* beneficiary, and not to the extent that he has acquired it as a purchaser for value. Therefore, had Mrs. Denton been a legatee of an amount equal to or in excess of \$483,350 and had accepted the accounts in satisfaction of this legacy, no tax would have been collectable from the estate of the deceased when these accounts were paid, and since Mrs. Denton herself was not taxable in Canada, the accounts would have been collected without payment of income tax on them by anyone, and this would have been a perfectly proper and legitimate application of s. 64(3) of the Act. I cannot interpret this section, however, as applying to all rights or things which may be transferred or distributed by way of a sale for value to a purchaser who also happens to be a beneficiary or other person beneficially interested in an estate or trust irrespective of how small his benefit or beneficial interest in same may be. I therefore find that with respect to the rights or things so transferred which are in excess of the amount for which the purchaser is a beneficiary or person

deux interprétations soumises donne un résultat conforme à l'esprit apparent de la loi.

L'arrêt *M.R.N. c. Pillsbury Holdings Ltd.* [1965] 1 R.C.É. 676, sur l'interprétation de l'art. 8(1)c) de la loi, a décidé que cet article était destiné à transformer en revenu les paiements, répartitions, bénéfices et avantages provenant d'une corporation et attribués à un actionnaire autrement que par dividendes, lesquels paiements seraient normalement attribués à l'actionnaire par le moyen plus orthodoxe des dividendes si la corporation et l'actionnaire traitaient à distance, mais qu'il ne pouvait être question d'attribuer un bénéfice ou un avantage au sens de l'art. 8(1)c) à un actionnaire lorsque la corporation conclut avec lui une transaction de bonne foi. En prononçant sa décision, le juge Cattanach déclarait à la page 687:

[TRADUCTION]... Pour tomber sous le coup de cet alinéa, il doit s'agir d'un accord ou d'un plan par lequel une corporation attribue un bénéfice ou avantage à un actionnaire à titre d'actionnaire.

Je crois qu'en l'espèce il faudrait apporter la même distinction. L'article 64(3) s'applique aux cessions ou distributions de droits ou de choses à un bénéficiaire ou à une autre personne ayant un intérêt bénéficiaire dans la succession ou la fiducie, uniquement lorsque cette cession ou distribution lui a été faite à titre de bénéficiaire et non à titre d'acquéreur à titre onéreux. Si donc M^{me} Denton avait été légataire d'un montant égal ou supérieur à \$483,350 et avait accepté les comptes en paiement de ce legs, aucun impôt n'aurait pu être exigé de la succession du défunt au moment de leur perception et, puisque M^{me} Denton n'était pas elle-même assujettie à l'impôt au Canada, les comptes auraient été perçus sans que personne n'ait à payer d'impôt à leur égard, ce qui aurait d'ailleurs été une application tout à fait correcte et légitime de l'art. 64(3) de la loi. Je ne puis cependant interpréter cet article comme s'appliquant à tous les droits ou choses pouvant être cédés ou distribués par vente à titre onéreux à une personne qui est par ailleurs un bénéficiaire ou a un intérêt bénéficiaire dans une succession ou fiducie, quelle que soit la modicité de l'intérêt bénéficiaire qu'elle y détient. Je conclus donc qu'à l'égard des droits ou choses ainsi cédés, excédant le montant pour lequel l'acquéreur est bénéficiaire ou pour lequel il détient un intérêt

beneficially interested in the estate he is simply a purchaser for value and the estate or trust is taxable under the provisions of s. 64(2) on the amounts so transferred. The appeal is therefore dismissed, with costs.

bénéficiaire dans la succession, il est un simple acquéreur à titre onéreux et que la succession ou fiducie sont assujetties à l'impôt sur les montants ainsi cédés en vertu des dispositions de l'art. 64(2). L'appel est donc rejeté avec dépens.

¹ La version française de la loi emploie indifféremment les termes cession et transport (voir art. 64(3) et 21(1)) N.D.T.

**Le syndicat de Normandin Lumber Ltd.
(Plaintiff)**

v.

The Angelic Power et al. (Defendants)

Trial Division, Pratte J.—Montreal, July 19;
Ottawa, August 17, 1971.

Shipping—Practice—Arbitration clause in charterparty—Validity of arbitration clause under Quebec law—Stay of action pending arbitration.

Plaintiff chartered defendant ship by a charterparty signed in London on January 4, 1970. The charterparty provided that any dispute between owners and charterers should be decided by arbitrators in London. On January 28, 1970, plaintiff initiated an action in this Court for breach of the charterparty arising from the refusal of the ship's captain to sign bills of lading for cargo loaded at Quebec. The ship was seized in Quebec City but was released on defendants' solicitors undertaking by letter to file an appearance in the action and to furnish security. This they did a few days later. Defendants' solicitors in their letter stated that it would appear that the dispute would be settled by arbitrators in London and that the action would be discontinued. Plaintiff proceeded with the action, however, and on December 15, 1970, filed a statement of claim in the action. Defendants moved to dismiss the action.

Held, proceedings in the action should be stayed. Plaintiff had not shown that enforcement of the arbitration clause would lead to an injustice and it must therefore be enforced.

1. Art. 951 of the Quebec Code of Civil Procedure enacted in 1965 recognizes the validity of such clauses. *National Gypsum Co. v. Northern Sales Ltd.* [1964] S.C.R. 144, distinguished.

2. Although valid by the law of Quebec (the *lex fori*), an arbitration clause cannot exclude the jurisdiction of the Federal Court, and accordingly plaintiff's action may not be dismissed but merely stayed pending the arbitration.

3. By filing an appearance defendants could not be taken in the circumstances to have acquiesced in the Court's jurisdiction and disentitled themselves from pleading the arbitration clause.

MOTION to dismiss action.

T. Bishop for defendants, applicants.

R. Gaudreau for plaintiff, contra.

PRATTE J.—By their motion defendants seek dismissal of the suit brought by the plaintiff, on the ground that the parties agreed, under the

**Le syndicat de Normandin Lumber Ltd.
(Demanderesse)**

c.

Le navire Angelic Power et al. (Défendeurs)

Division de première instance, le juge Pratte—
Montréal, le 19 juillet; Ottawa, le 17 août 1971.

Marine marchande—Procédure—Clause compromissoire de la charte-partie—Validité de la clause compromissoire en droit québécois—Suspension de l'action jusqu'à l'arbitrage.

Par une charte-partie signée à Londres le 4 janvier 1970, la demanderesse affréta le navire défendeur. La charte-partie prévoyait que tout différend entre les propriétaires et les affréteurs devait être réglé par des arbitres à Londres. Le 28 janvier 1970, la demanderesse intenta une action devant cette Cour pour rupture de charte-partie, le capitaine du navire ayant refusé de signer les connaissements relatifs à la cargaison chargée à Québec. Le navire fut saisi à Québec, mais mainlevée fut donnée de cette saisie lorsque les procureurs des défendeurs se furent engagés par écrit à déposer un acte de comparution et à fournir une caution, ce qu'ils firent quelques jours plus tard. Dans leur lettre, les procureurs des défendeurs déclarèrent qu'il semblerait que le différend doive être réglé par arbitrage à Londres et que l'action doive faire l'objet d'un désistement. Cependant, la demanderesse continua les poursuites et, le 15 décembre 1970, déposa sa déclaration en l'espèce. Les défendeurs demandèrent le rejet de l'action.

Arrêt: Les procédures intentées en cette affaire sont suspendues. La demanderesse n'a pas démontré que donner effet à la clause compromissoire conduirait à une injustice et, en conséquence, elle doit être appliquée.

1. L'Art. 951 du Code de procédure civile du Québec, édicté en 1965, reconnaît la validité de ces clauses. Distinction à faire avec l'arrêt *National Gypsum Co. c. Northern Sales Ltd.* [1964] R.C.S. 144.

2. Bien que le droit québécois (la *lex fori*) reconnaisse la clause compromissoire, cette dernière ne peut pas exclure la compétence de la Cour fédérale; en conséquence, l'action de la demanderesse ne peut être rejetée mais seulement suspendue jusqu'à l'arbitrage.

3. Dans les circonstances, on ne peut pas estimer que les défendeurs ont acquiescé à la juridiction de la Cour en déposant un acte de comparution et qu'ils ont ainsi renoncé à se prévaloir de la clause compromissoire.

REQUÊTE en rejet de l'action.

T. Bishop pour les défendeurs, requérants.

R. Gaudreau pour la demanderesse, partie adverse.

LE JUGE PRATTE—Il s'agit d'une requête par laquelle les défendeurs demandent le rejet de l'action intentée par la demanderesse pour le

charterparty they entered into, to submit all their disputes to arbitration.

By a charterparty signed in London on January 4, 1970, plaintiff chartered the ship *Angelic Power*. This agreement contains an arbitration clause which reads as follows:

17. That should any dispute arise between Owners and the Charterers, the matter in dispute shall be referred to three persons at London, one to be appointed by each of the parties hereto, and the third by the two so chosen; their decision or that of any two of them, shall be final, and for the purpose of enforcing any award, this agreement may be made a rule of the Court. The Arbitrators shall be commercial men.

Plaintiff initiated this suit on January 28, 1970 for breach of the charterparty and had the *Angelic Power*, which was then at Quebec City, seized. By this suit plaintiff sought compensation for damages allegedly suffered by it because the captain of the vessel, contrary to the terms of the charterparty, refused to sign, or to authorize anyone else to sign, the bills of lading for cargo loaded at Quebec. The ship was however released the next day, after counsel for the defendants had contacted plaintiff's counsel and undertaken to file an appearance to the suit and to write them a letter in which they would undertake to furnish security if requested.

In performance of this agreement counsel for the defendants wrote to plaintiff's counsel, on January 30, 1970, a letter which, with the Court's leave and without objection by the opposing party, was filed at the hearing. This letter read as follows:

Dear Sirs:

We have received your telex of January 29, 1970, and should like to confirm that we agree to file an Appearance into court provided that you send us copies of the proceedings which were served on the ship.

Since it would appear that any dispute will be settled by arbitration in London, we would appreciate your advising us that the charterer is willing to discontinue this action, each side paying its own costs.

We understand that Mr. N. J. Thwaites of the United Kingdom P & I Association will be in Montreal on

motif que les parties auraient convenu, aux termes de la charte-partie intervenue entre elles, de régler par voie d'arbitrage tous les différends qui pourraient les opposer.

Par une charte-partie signée à Londres le 4 janvier 1970, la demanderesse a affrété le navire *Angelic Power*. Ce contrat contient une clause compromissoire qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] 17. Si un différend quelconque survient entre les propriétaires et les affréteurs, l'affaire en litige sera soumise à trois personnes siégeant à Londres; chaque partie en nommera une, et les deux personnes ainsi choisies, la troisième; leur décision ou celle de deux d'entre elles sera définitive, et, pour les fins de l'exécution forcée d'une sentence arbitrale, cet accord pourra devenir ordonnance du tribunal. Les arbitres devront être des commerçants.

Le 28 janvier 1970, la demanderesse intenta la présente action pour bris de charte-partie et fit saisir l'*Angelic Power* qui se trouvait alors à Québec. Par cette action, la demanderesse demandait réparation des dommages lui résultant de ce que, contrairement aux clauses de la charte-partie, le capitaine du navire aurait refusé de signer ou d'autoriser quelqu'un d'autre à signer les connaissements relatifs à la cargaison chargée à Québec. Mainlevée de cette saisie fut cependant donnée dès le lendemain, après que les procureurs des défendeurs eurent communiqué avec ceux de la demanderesse et leur eurent promis de comparaître à l'action et de leur adresser une lettre aux termes de laquelle ils s'engageraient à fournir, sur demande, un cautionnement.

Pour donner suite à cette entente, les procureurs des défendeurs écrivirent aux procureurs de la demanderesse, le 30 janvier 1970, une lettre qui, avec la permission de la Cour et sans objection de la partie adverse, a été produite lors de l'audition. Cette lettre se lisait comme suit:

[TRADUCTION] Messieurs,

Nous avons bien reçu votre telex du 29 janvier 1970 et nous voulons confirmer que nous acceptons de déposer un acte de comparution à la cour, à condition que vous nous envoyiez des copies des actes de procédure signifiés au navire.

Puisqu'il semblerait que tout différend doit être réglé par arbitrage à Londres, nous vous saurions gré de nous informer que l'affréteur est prêt à se désister de son action, chaque partie payant ses propres dépens.

Nous apprenons que M. N. J. Thwaites de la United Kingdom P & I Association sera à Montréal le lundi 16

Monday, February 16, 1970, and would appreciate the opportunity of meeting with you and Mr. Hampton-Davies to further discuss this matter. Would you kindly advise us whether you can attend at Montreal on that day and if so, at what time. We think that the afternoon of February 16th would be best.

The promised appearance was filed a few days later and on February 17, counsel for the defendants, acting "for and on behalf of the United Kingdom Freight, Demurrage & Defence Association, Limited, and the Owners of the *Angelic Power*," wrote the following letter to counsel for the plaintiff:

In consideration for your releasing the "ANGELIC POWER" from arrest in the above action, we, on behalf of the United Kingdom Freight, Demurrage & Defence Association, Limited, and the owners of the "ANGELIC POWER" do hereby consent and agree that on demand, and whether or not the "ANGELIC POWER" shall have been lost or sold, to cause to be filed in the said proceedings a bail bond in the usual form from a surety company authorized to become surety in the said court for an amount not exceeding Six Thousand Two Hundred Fifty-One Dollars and Forty-Two Cents Canadian (\$6,251.42) but without prejudice to the amount of any final judgment in your favour against the "ANGELIC POWER" and her Owners relating to the alleged refusal of the Master to sign or authorize to be signed bills of lading for the cargo loaded at Quebec City and for damages resulting from this refusal.

This letter is given without prejudice to any defences which may be available to the said "ANGELIC POWER" and/or her owners and is not to be deemed an admission of liability.

Discussions were held between the parties in an attempt to reach an amicable settlement of plaintiff's claim; in November 1970, however, the latter decided to proceed with its suit. On December 15, 1970, therefore, plaintiff filed its statement [of claim] at the Registry of the Court, a copy of which statement had been received by counsel for the defendants "in lieu of service" the previous November 27. Some weeks later, i.e. on January 5, 1971, counsel for the defendants wrote plaintiff's counsel to inform them that their clients insisted on the dispute's being settled by arbitration under Clause 17 of the charterparty and calling upon plaintiff to appoint its arbitrator. This letter read as follows:

In reply to our request for details to file a Defence to this action, our principals have requested us to have your principals, Le Syndicat de Normandin Lumber Ltd., con-

février 1970, et nous serions heureux de vous rencontrer ainsi que M. Hampton-Davies pour étudier le problème plus à fond. Auriez-vous l'amabilité de nous faire savoir si vous pouvez vous rendre à Montréal ce jour-là et, dans l'affirmative, à quelle heure. Nous pensons que le mieux serait le 16 février dans l'après-midi.

La comparution promise fut produite au greffe le 18 février suivant. Le jour précédent, savoir le 17 février, les procureurs des défendeurs, agissant [TRADUCTION] «pour et au nom de la United Kingdom Freight, Demurrage & Defence Association, Limited et les propriétaires de l'*Angelic Power*», adressèrent la lettre suivante aux procureurs de la demanderesse:

[TRADUCTION] En raison de la mainlevée de la saisie du navire «ANGELIC POWER» dans l'action précédente, au nom de la United Kingdom Freight, Demurrage & Defence Association, Limited et des propriétaires de l'«ANGELIC POWER», nous acceptons par la présente que, sur requête, même si l'«ANGELIC POWER» a été perdu ou vendu, une caution soit donnée pour lesdites poursuites de la manière habituelle, par une compagnie de cautionnement autorisée à devenir caution à ladite cour, pour une somme n'excédant pas six mille deux cent cinquante et un dollars quarante-deux cents canadiens (\$6,251.42), sous réserve de toute somme accordée par jugement définitif rendu en votre faveur contre l'«ANGELIC POWER» et ses propriétaires en ce qui concerne le prétendu refus du capitaine de signer ou d'autoriser la signature des connaissements relatifs à la cargaison chargée à Québec et pour les dommages-intérêts en résultant.

Cette lettre est rédigée sous réserve de tous les moyens de défense à la disposition dudit «ANGELIC POWER» et (ou) de ses propriétaires; elle ne doit pas être considérée comme une reconnaissance de responsabilité.

Des pourparlers eurent lieu entre les parties afin de régler à l'amiable la réclamation de la demanderesse qui décida, en novembre 1970, de poursuivre son action. Le 15 décembre 1970, la demanderesse déposa donc sa déclaration au greffe, déclaration dont les procureurs des défendeurs avaient «recu copie pour valoir signification» le 27 novembre précédent. Quelques semaines plus tard, soit le 5 janvier 1971, les procureurs des défendeurs écrivirent à ceux de la demanderesse pour leur signifier que leurs clients insistaient pour que le litige soit tranché par voie d'arbitrage suivant la clause 17 de la charte-partie et pour sommer la demanderesse de procéder à la nomination de son arbitre. Cette lettre se lisait comme suit:

[TRADUCTION] En réponse à notre demande de production de détails pour nous permettre de déposer une défense dans cette affaire, nos commettants nous ont

sent to proceed to arbitration in London as per Clause 17 of the Charterparty dated in Montreal on January 4, 1970.

On January 30, 1970, we requested that this action be discontinued and that the matter in dispute be sent to arbitration in London. However, we never received any reply from you, probably because settlement negotiations were pending at the time between representatives of the Plaintiff in London and Defendant's P & I association.

Our principals, the owners of the "ANGELIC POWER", have the following counter-claims against the Plaintiff arising out of the same charterparty:

1. Unpaid hire	Canadian \$ 5,776.74
2. Repairs to the "ANGELIC POWER" arising from ice damage	18,597.23
3. Overtime during temporary repairs	2,444.61
4. Repairs to the "ANGELIC POWER" arising from damage by stevedores	Minimum 3,000.00

As it would be in the interest of justice if all the issues were decided by arbitration in London, including the dispute which is the subject of Plaintiff's action, we hereby, in accordance with Clause 17 of the said charterparty, call upon the Plaintiff to appoint an arbitrator within the next ten (10) days to represent it with respect to all disputes arising out of the said charterparty. On January 5, 1971, the owners appointed Mr. Cedric Barclay of 1 Cromwell Road, London SW 7, as their arbitrator.

We suggest Plaintiff therefore appoint its own arbitrator within the next ten (10) days, failing which we will apply to the court to have the present action dismissed and/or suspended and/or for the arbitration to proceed ex-parte and/or in accordance with the arbitration laws of the United Kingdom.

This summons was repeated in two other letters dated January 20 and February 4, 1971, respectively and, as plaintiff did not comply, defendants submitted the motion now before the Court.

At the hearing counsel for the plaintiff contended that the motion should be dismissed for two reasons: first, because the dispute between the parties was not one which should, under Clause 17 of the charterparty, be submitted to arbitration; secondly, because, he said, defendants had submitted to the Court's jurisdiction by filing an unconditional appearance to the suit. Counsel for the plaintiff further maintained

demandé que le vôtre, Le Syndicat de Normandin Lumber Ltd., accepte de recourir à l'arbitrage à Londres, conformément à la clause 17, de la charte-partie datée à Montréal du 4 janvier 1970.

Le 30 janvier 1970, nous avons demandé l'abandon de l'action et le renvoi de l'affaire en litige en arbitrage à Londres. Toutefois, nous n'avons jamais reçu votre réponse, probablement parce que les négociations d'un règlement entre les représentants de la demanderesse à Londres et la P & I Association du défendeur étaient en cours.

Nos commettants, propriétaires de l'«ANGELIC POWER», présentent à la demanderesse la demande reconventionnelle suivante, qui découle de la même charte-partie:

1. Location due	(Can.) \$ 5,776.74
2. Réparations de l'«ANGELIC POWER» par suite des avaries causées par les glaces	18,597.23
3. Heures supplémentaires pendant les ré- parations provisoires	2,444.61
4. Réparations de l'«ANGELIC POWER» par suite des avaries causées par les arri- meurs	minimum 3,000.00

Comme il serait de l'intérêt de la justice que toutes les questions soient résolues par arbitrage à Londres, y compris le différend objet de l'action de la demanderesse, nous demandons par la présente, conformément à la clause 17 de ladite charte-partie, que la demanderesse nomme un arbitre dans les dix (10) prochains jours pour la représenter pour tous les différends soulevés par ladite charte-partie. Le 5 janvier 1971, les propriétaires ont nommé un arbitre, M. Cedric Barclay (1 Cromwell Road, Londres SW 7).

En conséquence, nous suggérons que la demanderesse nomme son propre arbitre dans les dix (10) prochains jours, faute de quoi nous déposerons une requête au tribunal pour obtenir le rejet et (ou) la suspension de la présente action, et (ou) pour que l'arbitrage ait lieu ex-parte et (ou) conformément au droit régissant l'arbitrage au Royaume Uni.

Cette mise en demeure fut répétée dans deux autres lettres datées respectivement du 20 janvier et du 4 février 1971 et, comme la demanderesse n'y obtempérait pas, les défendeurs ont présenté la requête dont je suis actuellement saisi et qui conclut à ce que l'action de la demanderesse soit rejetée.

Le procureur de la demanderesse, lors de l'audition, a soutenu que la requête devrait être rejetée pour deux motifs: d'abord, parce que le litige qui oppose les parties n'en serait pas un qui, suivant la Clause 17 de la charte-partie, devrait être soumis à l'arbitrage; ensuite, parce que les défendeurs auraient acquiescé à la juridiction de la Cour en comparissant purement et simplement à l'action. Subsidiairement, le

that, even if defendants' motion were allowable, the Court should not, as prayed, dismiss the action but merely order a stay of proceedings.

Defendants' counsel contented himself at the hearing with maintaining that the arbitration clause contained in Clause 17 of the charterparty should be considered valid, and that no reason existed for not giving effect to it. He added he was not insisting on being granted dismissal of the suit, and that he would be content if the Court ordered a stay of proceedings, so that the parties could go ahead with the arbitration agreed upon.

The first question raised by this case is that of the validity and effect of the arbitration clause relied on by the defendants.

In *National Gypsum Co. v. Northern Sales Ltd.* [1964] S.C.R. 144, the Supreme Court of Canada affirmed a decision of the Exchequer Court, sitting in Admiralty, which had dismissed a motion like the present one because an arbitration clause like the one cited by defendants was held void and contrary to public order. The Court reached this conclusion because it considered that an arbitration clause is an agreement regarding procedure, and, consequently, that its validity should be determined by the *lex fori*. As there was no provision on this point in the rules of the Court, reference had to be made, under practice rule 2(1)(b) of the Exchequer Court Rules, to the law of Quebec, where the cause of action originated, to decide whether the clause was valid; and it was because Quebec law condemned arbitration clauses as contrary to public order that the Supreme Court concluded, in the case before it, that the arbitration clause could not be enforced.

As I feel I am bound by this decision, I should hold, if the law of the Province of Quebec had remained unchanged, that the arbi-

procureur de la demanderesse a soutenu que, même si la requête des défendeurs devait être accueillie, elle ne pouvait pas l'être suivant ses conclusions, la Cour ne devant pas ordonner le rejet de l'action, mais devant seulement ordonner la suspension des procédures.

Le procureur des défendeurs s'est contenté de soutenir à l'audition que la clause compromissoire contenue à la Clause 17 de la charte-partie devait être tenue pour valide et qu'il n'existait pas de raison pour ne pas y donner suite. Il a ajouté qu'il ne tenait pas à obtenir le rejet de l'action et qu'il serait satisfait que la Cour ordonne la suspension des procédures de façon à ce que les parties puissent procéder à l'arbitrage convenu.

La première question que soulève cette affaire est celle de la validité et de l'effet de la clause compromissoire dont se prévalent les défendeurs.

Dans l'affaire *National Gypsum Co. c. Northern Sales Ltd.* [1964] R.C.S. 144, la Cour suprême du Canada a confirmé une décision de la Cour de l'Échiquier siégeant en amirauté, qui avait rejeté une requête comme celle qui m'est soumise pour le motif qu'une clause compromissoire comme celle dont se prévalent les défendeurs serait nulle et contraire à l'ordre public. Pour en venir à cette conclusion, la majorité de la Cour a d'abord considéré qu'une clause compromissoire est une convention relative à la procédure et que, en conséquence, sa validité doit être déterminée par la *lex fori*. Comme il ne se trouvait, dans les règles en vigueur, aucune disposition concernant cette matière, il fallait, suivant la règle de pratique 2(1)(b) des Règles de la Cour de l'Échiquier, se référer au droit du Québec, où la cause d'action avait pris naissance, pour apprécier la validité de la clause. Et c'est parce que le droit de la province de Québec condamnait les clauses compromissoires comme contraires à l'ordre public que la Cour suprême en est venue à la conclusion qu'il ne fallait pas, dans l'affaire qui lui était soumise, donner effet à la clause compromissoire.

Comme je me considère lié par cette décision, je devrais, si le droit de la province de Québec n'avait pas été modifié depuis qu'elle a été

tration clause invoked by defendants is void, and, consequently, dismiss their motion. The fact is, however, that since 1965 Quebec law has not been the same as it was prior to that date. Indeed, in that year the Legislature enacted a new *Code of Civil Procedure* which, in Article 951, specifically regulates arbitration clauses:

951. An undertaking to arbitrate must be set out in writing.

When the dispute contemplated has arisen, the parties must execute a submission. If one of them refuses, and does not appoint an arbitrator, a judge of the court having jurisdiction makes such appointment and states the objects in dispute, unless the agreement itself otherwise provides.

Despite this change in the law, the Superior Court of Quebec continues to hold that an arbitration clause like the one with which we are concerned is contrary to public order (*Borenstein v. Trans American Investment and Development Co.* [1970] Que. S.C. 192; *Sun and Sea Estates Ltd. v. Aero-hydraulics Corp.* [1968] Que. P.R. 210), but these decisions seem to me to be ill-founded, as I do not see how the Quebec legislator could have regulated the form and effect of an agreement whose validity he does not admit. Moreover, the point of view expressed in these decisions is not shared by all Quebec judges (*Singer Plumbing and Heating Co. v. Richard* [1968] Que. Q.B. 547; *Mobilcolor Productions v. Gula* [1968] Que. P.R. 22; *Morin v. Travelers Indemnity Co.* [1970] Que. S.C. 84). Nor is it shared by writers who have studied the problem: John E. C. Brierley, *Aspects of the Promise to Arbitrate in the Law of Quebec*, 1970 *Revue du Barreau*, p. 473; Emile Colas, *Clause compromissoire, un compromis et arbitrage en droit nouveau*, 1968 *Revue du Barreau*, p. 129.

I feel, therefore, that an arbitration clause like the present one is now valid under Quebec law.

Here, however, another problem arises. If recourse must be had to Quebec law to decide on the validity of the arbitration clause in a case

rendue, déclarer que la clause compromissoire dont se prévalent les défendeurs est nulle et, en conséquence, rejeter la requête qui m'est soumise. Mais il arrive que le droit québécois n'est plus, depuis 1965, ce qu'il était auparavant. Cette année-là, en effet, la législature a édicté un nouveau *Code de procédure civile* qui, à l'Article 951 réglemente expressément la clause compromissoire:

951. La clause compromissoire doit être constatée par écrit.

Lorsque le différend prévu est né, les parties doivent passer compromis. Si l'une d'elles s'y refuse, et ne nomme pas d'arbitre, il est procédé à cette nomination et à la désignation des objets en litige par un juge du tribunal compétent, à moins que la convention elle-même n'en ait décidé autrement.

Malgré l'adoption du texte nouveau, certaines décisions de la Cour supérieure du Québec continuent à considérer qu'une clause compromissoire comme celle qui nous intéresse est contraire à l'ordre public (*Borenstein c. Trans American Investment and Development Co.* [1970] Qué. C.S. 192; *Sun and Sea Estates Ltd. c. Aero-hydraulics Corp.* [1968] Qué. R.P. 210), mais ces décisions m'apparaissent mal fondées, car je ne vois pas comment le législateur québécois aurait pu réglementer la forme et l'effet d'une convention dont il n'admettrait pas la validité. D'ailleurs, l'opinion qu'expriment ces quelques décisions n'est pas partagée par tous les magistrats québécois (*Singer Plumbing and Heating Co. c. Richard* [1968] Qué. B.R. 547; *Mobilcolor Productions c. Gula* [1968] Qué. R.P. 22; *Morin c. Travelers Indemnity Co.* [1970] Qué. C.S. 84). Elle ne l'est pas davantage par les auteurs qui ont étudié ce problème: John E. C. Brierley, *Aspects of the Promise to Arbitrate in the Law of Quebec*, 1970 *Revue du Barreau*, p. 473; Emile Colas, *Clause compromissoire, un compromis et arbitrage en droit nouveau*, 1968 *Revue du Barreau*, p. 129.

Je crois donc qu'une clause compromissoire comme celle qui m'est soumise est aujourd'hui valide en droit québécois et que, en conséquence, je ne saurais en prononcer la nullité.

Mais, ici, un autre problème se soulève. Si, comme l'a décidé la Cour suprême dans l'affaire *National Gypsum*, il faut, dans un procès où la

where the cause of action originated in Quebec, as the Supreme Court held in *National Gypsum*, it would seem logical to refer to the same law in deciding on its effect. Under Quebec law, when the parties to a contract have agreed to submit disputes arising between them to arbitration, the courts are without jurisdiction to hear such disputes. In Quebec, as in France (Daloz: *Répertoire de droit civil*, v^{bo} *compromis*, No. 126 *et seq.*), the effect of the arbitration clause is to limit the court's jurisdiction. This is why, in cases where one party takes legal action to resolve a dispute which it has agreed to submit to arbitration, the courts, unless the opposing party agrees to revoke the arbitration clause, hold that they have no jurisdiction and simply dismiss the suit. *Auto Fabric Products Co. v. Kaplan Construction Co.* [1949] Que. Q.B. 241; *Mobilcolor Productions Inc. v. Gula* [1968] Que. P.R. 22; *Morin v. Travelers Indemnity Co.* [1970] Que. S.C. 84. Thus, if, in a case such as this, reference must be made to Quebec law to determine the effect of the arbitration clause, it would follow that the result of such an agreement would be to remove from the jurisdiction of the Court cases which, under the law, are within its competence. I do not feel that such a conclusion is acceptable. The laws defining the jurisdiction of this Court, and of the one it replaced, are laws of public order which citizens cannot escape. If the arbitration clause has long been held valid in the common law, this is because it was held that the effect of such an agreement is not to deny the courts jurisdiction. Thus, in *Atlantic Shipping & Trading Co. v. Louis Dreyfus and Co.* [1922] 2 A.C. 250, Lord Dunedin said at page 255:

My Lords, under the old law an agreement to refer disputes arising under a contract to arbitration was often asserted to be bad, as an ousting of the jurisdiction of the Courts, but that position was finally abandoned in *Scott v. Avery* 5 H.L.C. 811. As I read that case, it can no longer be said that the jurisdiction of the Court is ousted by such an agreement; on the contrary the jurisdiction of the Court is invoked to enforce it, and there is nothing wrong in persons agreeing that their disputes should be decided by arbitra-

cause d'action a pris naissance au Québec, s'en remettre à la loi québécoise pour apprécier la validité de la clause compromissoire, il semblerait logique qu'il faille également s'en remettre au droit de cette province pour en apprécier l'effet. Or, suivant le droit québécois, lorsque des parties à un contrat ont convenu de soumettre à l'arbitrage des différends qui pourront les opposer, les tribunaux sont incompétents à connaître de pareils litiges. En droit québécois comme en droit français (Daloz: *Répertoire de droit civil*, v^{bo} *compromis*, n° 126 et suivants), la clause compromissoire a pour effet de limiter la juridiction du tribunal. C'est pourquoi, dans le cas où une partie intente des procédures judiciaires pour faire trancher un différend qu'elle a convenu de soumettre à l'arbitrage, les tribunaux, à moins que l'autre partie n'accepte de révoquer la clause compromissoire, se déclarent incompétents et rejettent purement et simplement l'action. *Auto Fabric Products Co. c. Kaplan Construction Co.* [1949] Qué. B.R. 241, *Mobilcolor Productions Inc. c. Gula* [1968] Qué. R.P. 22; *Morin c. Travelers Indemnity Co.* [1970] Qué. C.S. 84. Donc, si, dans une affaire comme celle-ci, il fallait se référer au droit québécois pour déterminer l'effet de la clause compromissoire, il faudrait dire qu'une pareille convention a pour effet de soustraire à la juridiction de la Cour des litiges qui, suivant la loi, sont de sa compétence. Or, une pareille conclusion m'apparaît inacceptable. Les lois qui définissent la compétence de cette Cour et de celle qu'elle a remplacée sont des lois d'ordre public auxquelles les citoyens ne peuvent se soustraire. Et si, en *common law*, la clause compromissoire est depuis longtemps tenue pour valide, c'est parce que l'on considère que cette convention n'a pas pour effet d'exclure la compétence des tribunaux. Ainsi, dans l'affaire *Atlantic Shipping & Trading Co. c. Louis Dreyfus and Co.* [1922] 2 A.C. 250, Lord Dunedin disait à la page 255:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, sous l'empire de l'ancien droit on a souvent soutenu que la clause compromissoire était nulle parce qu'elle excluait la compétence des tribunaux, mais cette thèse fut finalement abandonnée dans l'arrêt *Scott c. Avery* 5 H.L.C. 811. Selon mon interprétation de cet arrêt, on ne peut plus dire qu'une telle clause exclue la compétence du tribunal; au contraire, on invoque cette compétence pour la faire observer et il n'y a rien de mal à ce que des personnes conviennent que des différends qui pourraient survenir entre eux soient réglés par arbitrage.

tion. It follows that the clause here is not obnoxious so far as it provides for arbitration.

If it so desires, the Legislature of a Province may certainly grant citizens the right to avoid the jurisdiction of the courts falling within its own legislative powers. However, the Provincial legislator is not able to permit exclusion of the jurisdiction of the courts whose powers are defined by the Federal Parliament. It is therefore impossible for an arbitration clause recognized as valid by Quebec law to have the effect of removing a case from the jurisdiction of this Court or the one that preceded it. Arbitration clauses may only be given effect to the extent that they do not detract from this Court's jurisdiction. It follows from this that the effect of an arbitration clause like the one in question cannot be to alter the Court's jurisdiction, and that for this reason, when the Court has to deal with a motion of this kind, it may not dismiss the suit for want of jurisdiction, but may only order a stay of proceedings.

We can now examine the arguments presented by counsel for the plaintiff in response to defendants' motion. Firstly, plaintiff claims that the dispute in question here is not one which must be submitted to arbitration under Clause 17 of the charterparty. This claim cannot be supported. It is only necessary to read the relevant clause of the charterparty, and plaintiff's statement of claim, to realize this. Plaintiff wants compensation for damages incurred as a result of the charterparty's not having been fully performed; in my opinion, this is a dispute which should be resolved by arbitrators under Clause 17 of the charterparty, in which it was agreed to have "any dispute . . . between Owners and the Charterers" decided by arbitration. There is no basis for saying, as counsel for the plaintiff contended, that the only disputes to which this clause refers are those regarding interpretation of the charterparty (as opposed to disputes regarding failure to perform said contract).

Il s'ensuit que la disposition en question est acceptable dans la mesure où elle prévoit l'arbitrage.

La législature d'une province peut bien, si elle le désire, reconnaître aux citoyens le droit de se soustraire à la juridiction des tribunaux qui relèvent de sa propre compétence législative. Cependant, le législateur provincial n'a pas le pouvoir de permettre que l'on se soustraie à la juridiction des tribunaux dont la compétence est définie par le parlement fédéral. Il est donc impossible qu'une clause compromissaire dont le droit du Québec reconnaît la validité ait pour effet de soustraire un litige à la compétence de cette Cour ou de celle qui l'a précédée. On ne peut donner effet à des clauses compromissaires que dans la mesure où elles ne portent pas atteinte à la juridiction de cette Cour. De cela il résulte qu'une clause compromissaire comme celle dont il s'agit ici ne peut pas avoir pour effet de modifier la compétence de la Cour et que, pour ce motif, la Cour, lorsqu'elle est saisie d'une requête comme celle-ci, ne doit pas rejeter l'action pour cause d'absence de juridiction, mais peut seulement ordonner la suspension des procédures.

Nous pouvons maintenant étudier les arguments opposés par les procureurs de la demanderesse à la requête des défendeurs. En premier lieu, la demanderesse prétend que le litige dont il s'agit ici n'en est pas un qui, suivant la Clause 17 de la charte-partie, doive être soumis à l'arbitrage. Cette prétention est insoutenable. Il suffit de lire l'article concerné de la charte-partie et l'action de la demanderesse pour s'en rendre compte. La demanderesse veut, en effet, être indemnisée de dommages lui résultant de ce que le contrat de charte-partie n'aurait pas été fidèlement exécuté; c'est là, à mon sens, un différend qui devrait être tranché par des arbitres suivant la Clause 17 de la charte-partie aux termes de laquelle on a convenu de faire décider par voie d'arbitrage [TRADUCTION] un différend quelconque . . . entre les propriétaires et les affréteurs. Rien ne permet de dire, comme l'a soutenu le procureur de la demanderesse, que les seuls différends visés par cette clause seraient ceux relatifs à l'interprétation de la charte-partie (par opposition aux différends relatifs à l'inexécution du même contrat).

Secondly, plaintiff's counsel contended that defendants should not be entitled to plead the arbitration clause because, he said, they had acquiesced in the jurisdiction of the Court by filing a simple appearance to the suit. I feel that, as submitted, this reason is clearly ill-founded. It is quite true that the rules of practice in effect when the suit was brought allowed the defendant (as indeed the rules in force at the present time do), to file a conditional appearance. It is also true that the fact of filing a simple rather than a conditional appearance may in some cases be interpreted as acceptance of the Court's jurisdiction. However, this has no bearing on the problem we are dealing with here, for, as I have indicated, the effect of the arbitration clause is not to remove the parties from the Court's jurisdiction. Assuming—and such hypothesis is not in accordance with reality—assuming that the filing of a simple appearance always precludes the defendant from then pleading the Court's want of jurisdiction, the fact that the defendants here filed an unconditional appearance would not have prevented them from requesting performance of the arbitration clause, because they do not impair the Court's jurisdiction in so doing.

In fact, plaintiff should have presented this contention in a different way. The arbitration clause is an agreement; like any agreement, it may be revoked by common consent of the parties. By bringing the suit, plaintiff clearly expressed its intention to revoke the arbitration clause to which it had subscribed; and the question is whether the defendants in fact consented, expressly or by implication, to this revocation. It is clear that in this case the defendants did not expressly agree to ignore the arbitration clause; but did they act in such a way that they must be taken to have implicitly consented to the suit being settled by other means than arbitration? We must recall here that a party's consent to an agreement may never be assumed, and that there is tacit consent on the part of an individual only when the latter has performed actions, which, though not performed in order to demonstrate his consent, nevertheless pre-

En second lieu, le procureur de la demanderesse a prétendu que les défendeurs ne seraient plus recevables à invoquer le bénéfice de la clause compromissoire parce qu'ils auraient acquiescé à la juridiction de la Cour en comparissant purement et simplement à l'action. Ce moyen, tel que formulé, me semble nettement mal fondé. Il est bien vrai que les règles de pratique en vigueur lorsque cette action a été prise (comme d'ailleurs les règles qui sont en vigueur aujourd'hui) permettaient à un défendeur de comparaître conditionnellement à une action. Il est également vrai que le fait de produire une comparution pure et simple plutôt qu'une comparution conditionnelle peut, en certains cas, être interprété comme un acquiescement à la juridiction de la Cour. Mais tout cela n'a aucun rapport avec le problème qui se souève ici, car, comme je l'ai dit, la clause compromissoire n'a pas pour effet de soustraire les plaideurs à la juridiction de la Cour. En supposant, et c'est là une hypothèse qui n'est pas conforme à la réalité, en supposant que le dépôt d'une comparution pure et simple empêche toujours un défendeur de soulever ensuite l'absence de juridiction de la Cour, le fait que les défendeurs aient ici comparu sans condition ne les aurait pas empêchés de demander l'exécution de la clause compromissoire parce que, ce faisant, ils ne s'attaquent pas à la juridiction de la Cour.

A la vérité, cette prétention de la demanderesse aurait dû être formulée de façon différente. La clause compromissoire est une convention; comme tout contrat, elle peut donc être révoquée par la commune volonté des parties. En intentant cette action, la demanderesse a clairement manifesté son intention de révoquer la clause compromissoire qu'elle avait souscrite; et ce qu'il faut se demander c'est si les défendeurs, eux, ont consenti, expressément ou tacitement, à cette révocation. Il est évident que les défendeurs n'ont pas, ici, convenu expressément d'ignorer la clause compromissoire. Mais n'ont-ils pas agi de telle sorte qu'il faille dire qu'ils ont consenti tacitement à ce que le litige ne soit pas tranché par voie d'arbitrage? Rappelons ici que le consentement d'une partie à une convention ne peut jamais se présumer et qu'il n'y a consentement tacite de la part d'une personne que lorsque celle-ci a accompli des actes

suppose that it exists. We need only recall the facts I have stated above to conclude that defendants have not been shown to have acted so as to lead of necessity to the conclusion that they wished to waive their right to rely on the arbitration clause. As a means of securing the immediate release of the ship, defendants filed an appearance to the action and undertook to furnish security; these are not actions which, in the circumstances, necessarily imply that they were waiving the benefit of the arbitration clause. Nor can this construction be placed on the fact that defendants delayed in taking advantage of this agreement; such delay is quite understandable in the circumstances, since up to the end of November, 1970, the parties were negotiating in an attempt to reach an amicable settlement.

I therefore conclude that the present arbitration clause to which the parties freely subscribed must be enforced unless it appears that this would be unjust. However, plaintiff's counsel did not put forward any grounds for concluding that the enforcement of the arbitration clause in this case would lead to an injustice.

Defendants' motion will therefore be granted, with costs, and a stay of the proceedings already initiated will be ordered so that the parties may proceed to arbitration as they have agreed to do.

qui, sans être accomplis dans le but de manifester son consentement, en supposent néanmoins, nécessairement, l'existence. Il suffit de se rappeler les faits que j'ai relatés plus haut pour conclure qu'il n'est pas prouvé que les défendeurs aient agi d'une façon telle qu'il faille nécessairement en conclure qu'ils ont voulu renoncer à se prévaloir de la clause compromissoire. Les défendeurs, dans le but d'obtenir rapidement mainlevée de la saisie qui venait d'être pratiquée, ont comparu à l'action et se sont engagés à fournir un cautionnement; ce ne sont pas là des actes qui, dans les circonstances, supposent nécessairement leur renonciation au bénéfice de la clause compromissoire. On ne peut pas non plus attribuer pareille signification au fait que les défendeurs aient tardé à se prévaloir de cette convention; dans les circonstances, ce retard est fort explicable puisque les parties, jusqu'à la fin de novembre 1970, négociaient en vue d'en venir à un règlement à l'amiable.

J'en viens donc à la conclusion qu'il faut ici donner effet à la clause compromissoire que les parties ont librement souscrite, à moins qu'il n'apparaisse qu'il serait injuste de le faire. Or, il faut dire que le procureur de la demanderesse n'a fait valoir aucun moyen d'où l'on pourrait conclure que, dans cette espèce, il ne faut pas donner effet à la clause compromissoire parce que cela conduirait à une injustice.

La requête des défendeurs sera donc accueillie, avec dépens, et les procédures déjà intentées en cette affaire seront suspendues afin que les parties procèdent à l'arbitrage comme elles en ont convenu.

Grace Plastics Ltd. (Plaintiff)

v.

The Bernd Wesch II and her owners Jonny Wesch of Hamburg, Germany and her charterers Hy Car Line S/A of Geneva, Switzerland (Defendants)

Trial Division, Jackett C.J.—Montreal, May 17 to 21; August 9 to 13, 17 to 19, 1971.

Shipping—Hague Rules—Bill of lading—Damage to cargo in heavy weather—Contract of carriage between time-charterer and forwarder for undisclosed principal—Deck cargo—Under deck cargo—Some under deck cargo carried on deck with forwarder's acquiescence—Respective liabilities of owner and charterer—Deck cargo not adequately secured for foreseeable weather—Whether damage caused by unseaworthiness or perils of sea—Limitation of liability—Hague Rules (Carriage of Goods by Water Act, R.S.C. 1970, c. C-15, Art. I, III(1)(c), IV(2)(c), IV(5)).

Judgments—Judgment for damage to cargo—Interest on—From when payable.

Practice—Evidence—Admission of exhibits at trial—Exhibits in extra-judicial proceedings, procedure for admitting.

Plaintiff purchased two heavy reactors and certain equipment and chemicals in Germany and arranged with a forwarder to ship them to Canada. The forwarder contracted with a shipping company for the shipment to Montreal. The contract between the forwarder and the shipping company provided that the latter's bill of lading would be used and that it would be executed on behalf of the master of the ship selected to carry the cargo. The shipping company selected defendant ship, which it time-chartered from her owner. The contract specified that the reactors would be carried on deck and the rest of the shipment under deck but in fact four parcels were, with the forwarder's acquiescence, loaded on deck together with the two reactors. The ship encountered heavy weather in the north Atlantic, the reactors broke loose, one went overboard and the other was damaged. As a result of the reactors breaking loose, a hatch covering was pierced and three of the parcels on deck as well as the under deck cargo were damaged. Plaintiff, as assignee of the bill of lading, which was issued when the ship was at sea, claimed damages of some \$264,000 in respect of the reactors, some \$128,000 in respect of under deck cargo, some \$7,600 in respect of the three damaged parcels loaded on deck and miscellaneous damage of some \$13,000, plus interest at 5% per annum from the date the shipment should have been delivered, viz September 1, 1968. The bill of lading contained a clause relieving the carrier of liability for loss or damage to deck cargo resulting from negligence of the carrier, its servants or agents. The Court found on the evidence that the conditions encoun-

Grace Plastics Ltd. (Demanderesse)

c.

Le Bernd Wesch II et son propriétaire Jonny Wesch, de Hambourg (Allemagne) et son affréteur, la Hy Car Line S.A., de Genève (Suisse) (Défendeurs)

Division de première instance; le juge en chef Jackett—Montréal, du 17 mai au 21 mai; du 9 au 13 et du 17 au 19 août 1971.

Marine marchande—Règles de La Haye—Connaissance—Avarie à la cargaison par gros temps—Contrat de transport entre un affréteur à temps et un expéditeur au nom d'un commettant inconnu—Chargement en pontée—Chargement sous le pont—Partie du chargement prévu sous le pont transportée de fait en pontée à la connaissance de l'expéditeur—Responsabilités respectives du propriétaire et de l'affréteur—Chargement en pontée arrimé de façon insuffisante pour affronter des conditions atmosphériques prévisibles—Avarie causée par innavigabilité ou péril de mer—Limitation de responsabilité—Règles de La Haye (Loi sur le transport des marchandises par eau, S.R.C. 1970, c. C-15, Art. I, III(1)c), IV(2)c) et IV(5)).

Jugement accordant un dédommagement pour les avaries au chargement—Intérêts sur les dommages—A compter de quelle date courent-ils?

Pratique—Preuve—Recevabilité des pièces au procès—Pièces rassemblées dans le cadre de procédures extrajudiciaires, procédure pour les rendre recevables.

La demanderesse avait acheté, auprès d'un fournisseur allemand, deux gros réacteurs ainsi que de certains équipements et substances chimiques et avait conclu un accord avec un expéditeur pour les faire parvenir au Canada. L'expéditeur a contracté avec une maison d'expédition qui s'est chargée du transport jusqu'à Montréal. Ce contrat stipulait quant à l'expéditeur et à la maison d'expédition que le connaissance de cette dernière serait utilisé et devait être signé au nom du capitaine du navire choisi pour transporter la cargaison. La maison d'expédition a choisi le navire défendeur dont elle disposait par affrètement à temps accordé par son propriétaire. Le contrat stipulait que les réacteurs seraient transportés en pontée et que le reste du chargement le serait sous le pont mais, outre les deux réacteurs, quatre colis ont été chargés en pontée et ce, avec le consentement de l'expéditeur. Sur l'Atlantique nord, le navire a affronté de mauvaises conditions atmosphériques; les réacteurs ont rompu leurs attaches, l'un est passé par-dessus bord et l'autre a été endommagé. En se détachant, les réacteurs ont ouvert une brèche dans un panneau d'écoutille et trois des colis en pontée, de même que la cargaison se trouvant sous le pont, ont été endommagés. La demanderesse, en qualité de cessionnaire du connaissance émis alors que le navire était en mer, a réclamé des dommages se chiffrant à environ \$264,000 pour les réacteurs, à environ \$128,000 pour la cargaison qui se trouvait sous le pont, à environ \$7,600 pour les trois colis chargés en pontée et divers dommages s'élevant à quelque \$13,000, plus intérêt au taux annuel de 5% à compter de la date où la

tered by the ship were foreseeable, that there was no neglect or default in the navigation of the ship, but that the reactors were not properly secured to hold them against the reasonably foreseeable dangers of the crossing.

Held, the shipowner was liable for the damage to the under deck cargo and the three parcels carried on deck but not for the damage to the reactors.

1. While the governing contract of carriage was the agreement made between the forwarder and the charterer before the goods were placed on board, the agreement was a "contract of carriage covered by a bill of lading" and so within the Hague Rules. *Anticosti Shipping Co. v. Viateur St-Amand* [1959] S.C.R. 372, applied.

2. The contract of carriage was when executed a contract on behalf of an unknown principal, viz the owner of the vessel that was subsequently to be chosen and it was not a contract by the charterer as principal. Accordingly, the shipowner and not the forwarder was liable on the contract of carriage. *Paterson Steamships Ltd. v. Aluminum Co. of Canada* [1951] S.C.R. 852, applied.

3. The reactors were "cargo which . . . the contract of carriage . . . stated as being carried on deck" (Art. I of the Hague Rules), and hence were not subject to the Hague Rules, but the three damaged parcels, although carried on deck with the forwarder's acquiescence, were not within the quoted words and, together with the cargo carried under deck, were therefore subject to the Hague Rules. Plaintiff having entrusted the forwarder with the making of the contract of carriage was bound by the term that the two reactors be carried on deck. *Svenska Traktor Aktiebolaget v. Maritime Agencies (Southampton) Ltd.* [1953] 2 All E.R. 570, applied.

4. As the damage to the under deck cargo and the three parcels on deck was caused by inadequate securing of the reactors against reasonably foreseeable dangers of the proposed crossing the ship was therefore not seaworthy in the sense of Art. III(1)(c) of the Hague Rules, i.e. the damaged cargo was not stowed in a part of the ship "fit and safe for its preservation", and the shipowner was therefore liable for the damage sustained by the under deck cargo and the three parcels carried on deck. The damage was not from perils of the sea so as to afford the shipowner a defence under Art. IV(2)(c) of the Hague Rules.

cargaison aurait dû être livrée, c.-à-d. le 1^{er} septembre 1968. Le connaissement comportait une clause dégageant le voiturier de toute responsabilité relative aux pertes ou avaries subies par la cargaison en pontée par suite de négligence de sa part ou de la part de ses préposés ou représentants. Se fondant sur la preuve, la Cour a conclu que les conditions atmosphériques qu'a affrontées le navire étaient prévisibles, qu'il n'y a pas eu négligence ou faute dans la navigation du navire, mais que les réacteurs n'avaient pas été correctement arrimés compte tenu des dangers raisonnablement prévisibles de la traversée.

Arrêt: Le propriétaire du navire est responsable des dommages causés à la cargaison qui se trouvait sous le pont et aux trois colis transportés en pontée mais non des dommages subis par les réacteurs.

1. Bien que l'accord conclu entre l'expéditeur et l'affréteur, avant le chargement des marchandises, constitue le contrat de transport en vigueur, il n'en est pas moins un «contrat de transport constaté par un connaissement», c'est-à-dire un contrat de transport au sens des Règles de La Haye. Arrêt suivi: *Anticosti Shipping Co. c. Viateur St-Amand* [1959] R.C.S. 372.

2. Au moment de sa signature, le contrat de transport était conclu au nom d'un commettant inconnu, à savoir le propriétaire du navire qui a été choisi par la suite; il ne s'agit pas d'un contrat par l'affréteur en qualité de commettant. Donc, c'est le propriétaire et non l'expéditeur qui est responsable en vertu du contrat de transport. Arrêt suivi: *Paterson Steamships Ltd. c. Aluminum Co. of Canada* [1951] R.C.S. 852.

3. Les réacteurs constituent une «cargaison qui, par le contrat de transport est déclarée comme mise sur le pont» (Art. I des Règles de La Haye) et ne sont donc pas soumis aux Règles de La Haye, mais les trois colis endommagés, même s'ils ont été transportés en pontée avec le consentement de l'expéditeur, n'entrent pas dans le cadre de cette citation et, avec la cargaison transportée sous le pont, ils sont donc régis par les Règles de La Haye. La demanderesse ayant confié à l'expéditeur le soin de conclure le contrat de transport est liée par la disposition portant que les deux réacteurs devaient être transportés en pontée. Arrêt suivi: *Svenska Traktor Aktiebolaget c. Maritime Agencies (Southampton) Ltd.* [1953] 2 All E.R. 570.

4. Les dommages à la cargaison chargée sous le pont et aux trois colis en pontée ayant été causés par un arrimage insuffisant des réacteurs pour résister aux dangers raisonnablement prévisibles de la traversée envisagée, le navire n'était donc pas en bon état de navigabilité au sens de l'Art. III(1)(c) des Règles de La Haye, c'est-à-dire que les marchandises avariées n'étaient pas arrimées dans une partie du navire appropriée et «en bon état pour leur conservation»; le propriétaire du navire est par conséquent responsable des dommages subis par la cargaison transportée sous le pont et par les trois colis transportés en pontée. Les dommages ne résultent pas de périls de mer, ce qui empêche le propriétaire du navire d'invoquer l'Art. IV(2)(c) des Règles de La Haye comme moyen de défense.

5. The bill of lading relieved the shipowner of liability both in contract and tort for damage to the reactors resulting from the negligence of the carrier, its servants or agents. Even if application of that clause was excluded where the damage was caused by unseaworthiness of the ship (which it was not necessary to decide), the damage to the reactors, unlike the damage to the other cargo, was not the result of unseaworthiness of the ship. *Falconbridge Nickel Mines Ltd. v. Chimo Shipping Ltd.* [1969] 2 Ex.C.R. 261, distinguished.

6. Under Art. IV(5) of the Hague Rules, the damage to the three parcels on deck was limited to the amount of actual loss or \$500 for each parcel and in calculating actual loss, there will have to be added a portion of the general items referred to.

7. Plaintiff was entitled to interest on the award of damages from September 1, 1968, until judgment is signed (and thereafter on the amount of the judgment under s. 40 of the *Federal Court Act*).

Held also, the admission and marking of exhibits in this Court is a function of the Court, and only those documents accepted by the Court during trial (including exhibits to evidence taken before a Commission abroad or before a foreign court or upon examination for discovery) become a part of the evidence upon which the case will be decided.

ACTION for damages.

David Angus for plaintiff.

Trevor Bishop for defendants.

JACKETT C.J. (orally)—While according to the style of cause on the writ, this is an action against a ship, I understand from counsel that it is, as a practical matter, an action *in personam* against the persons mentioned in the style of cause.

This is an action for damages for failure to deliver in good order in Montreal goods belonging to the plaintiff that were, while in European ports, put on board a vessel that belonged to one defendant, hereinafter referred to as “the owner” or “Jonny Wesch”, and that was under time charter to the other defendant, hereinafter referred to as “the charterer” or “Hy Car”.

The plaintiff, since 1965, has manufactured at Cornwall, Ontario, a chemical used in the manufacture of plasticizers and resins employ-

5. Le connaissement libère le propriétaire du navire de la responsabilité tant contractuelle que délictuelle concernant les dommages causés aux réacteurs par suite de négligence de sa part ou de la part de ses préposés ou représentants. Même si l'application de cette clause était exclue alors que les dommages étaient causés par l'innavigabilité du navire (question qu'il n'était pas nécessaire de trancher) les dommages aux réacteurs, contrairement à ceux subis par le reste de la cargaison, n'ont pas été causés par l'innavigabilité du navire. Distinction faite avec l'arrêt *Falconbridge Nickel Mines Ltd. c. Chimo Shipping Ltd.* [1969] 2 R.C.É. 261.

6. En vertu de l'Art. IV(5) des Règles de La Haye, les dommages causés aux trois colis transportés en pontée se limitent au montant de la perte réelle ou \$500 pour chaque colis et, dans le calcul de la perte réelle, il faudra ajouter un pourcentage de l'ensemble des postes dont il est fait mention.

7. La demanderesse a droit aux intérêts sur les dommages accordés à compter du 1^{er} septembre 1968 jusqu'à la signature du jugement (et, par la suite, sur la somme accordée par le jugement en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour fédérale*).

Autre arrêt: Dans cette cour, la recevabilité et l'estampillage des pièces est une fonction de la Cour. Seuls les documents acceptés par la Cour à l'instance (y compris les pièces relatives à la preuve recueillies à l'étranger par une commission rogatoire ou par un tribunal étranger ou au cours d'un interrogatoire préalable) font partie de la preuve sur laquelle la Cour fonde son jugement.

ACTION en dommages-intérêts.

David Angus pour la demanderesse.

Trevor Bishop pour les défendeurs.

LE JUGE EN CHEF JACKETT (oralement)—Bien que, selon l'intitulé de la cause tel qu'il figure sur le bref, la présente action soit intentée contre un navire, il ressort des dires de l'avocat qu'il s'agit en pratique d'une action *in personam* intentée contre les personnes nommées dans l'intitulé de la cause.

C'est une action en dommages-intérêts née du défaut de livraison en bon état, à Montréal, de marchandises appartenant à la demanderesse chargées dans des ports européens, sur un bâtiment appartenant à l'un des défendeurs (ci-dessous dénommé «le propriétaire» ou «Jonny Wesch») et affrété à temps par l'autre défendeur (ci-dessous dénommé «l'affrèteur» ou «Hy Car»).

Depuis 1965, la demanderesse fabrique à Cornwall (Ontario) un produit chimique employé dans la fabrication des plastifiants et

ing for the purpose plant or equipment and a chemical substance that is referred to as a "catalyst", all of which is manufactured in Germany. In 1968, arrangements were made with a German supplier to acquire a second "stage" of such plant or equipment and catalyst so as to expand the plaintiff's manufacturing activities. The arrangement was that the plant and catalyst acquired in 1968 was to be delivered f.o.b. at certain North Atlantic ports in Europe.

Having entered into that arrangement with the German supplier, the plaintiff made an arrangement, which would seem to have been of a somewhat unusual character, with a Canadian company in the business known as that of a "forwarder" (hereinafter referred to as "the forwarder" or "Schenker of Canada") pursuant to which the forwarder, for a lump sum payment, undertook the transportation of the plant or equipment and the catalyst from the European ports to Cornwall.

The forwarder thereupon entered into an arrangement, by means of a document called a "shipping note", with the defendant Hy Car who had a time charter in respect of the vessel *Bernd Wesch II* from her owner, the defendant Jonny Wesch, for the carriage of the plant or equipment and the chemicals in question from the European ports to Montreal. It is common ground that the arrangement between the forwarder and Hy Car was that two items of plant or equipment known as "reactors", each of which weighed 70 tons, were to be carried "on deck" and that the rest of the shipment was to be carried "under deck".

The plant and equipment was loaded on the *Bernd Wesch II* in accordance with such arrangement except that, in addition to the two reactors, four parcels that were supposed to have been carried under deck were loaded on deck. The forwarder, however, before the vessel sailed, acquiesced in these parcels remaining on deck, but there was no agreement to amend the contract of carriage constituted by the shipping note.

The *Bernd Wesch II* sailed from Rotterdam for Montreal on August 17, 1968.

des résines; elle utilise à cette fin une installation industrielle et une substance chimique qualifiée de «catalyseur», l'une et l'autre fabriquées en Allemagne. En 1968, elle a négocié avec un fournisseur allemand l'acquisition d'une seconde «étape» de cette installation industrielle et du catalyseur, afin de développer sa fabrication. Aux termes de l'accord, l'équipement industriel et le catalyseur achetés en 1968 devaient être livrés f.à.b. dans certains ports européens de l'Atlantique nord.

A la suite de cet accord avec le fournisseur allemand, la demanderesse a conclu avec une compagnie canadienne du secteur des «expéditeurs» (ci-dessous dénommée «l'expéditeur» ou «Schenker of Canada») un contrat, qui pourrait sembler quelque peu inusité, aux termes duquel l'expéditeur a entrepris, pour un paiement forfaitaire, le transport de l'équipement industriel et du catalyseur, des ports européens à Cornwall.

L'expéditeur a alors conclu, par un document appelé «déclaration d'expédition» avec le défendeur Hy Car, qui disposait d'un affrètement à temps sur le navire *Bernd Wesch II* accordé par son propriétaire, le défendeur Jonny Wesch, un accord pour transporter l'équipement industriel et les produits chimiques en question des ports européens à Montréal. Il n'est pas contesté qu'aux termes de l'accord intervenu entre l'expéditeur et Hy Car, deux éléments de l'installation, que l'on nomme «réacteurs», pesant chacun 70 tonnes, devaient être transportés «en pontée» et que le reste du chargement devait être transporté «sous pont».

L'équipement industriel a été chargé sur le *Bernd Wesch II* conformément à cet accord, à ceci près que, en plus des deux réacteurs, deux colis qui étaient censés voyager sous pont ont été chargés en pontée. Cependant, avant le départ du bâtiment, l'expéditeur a accepté que ces colis restent sur le pont, mais aucun accord n'est venu modifier le contrat de transport que constituait la déclaration d'expédition.

Le *Bernd Wesch II* a quitté Rotterdam pour Montréal le 17 août 1968.

Four to five days after the vessel left Rotterdam, on August 23, 1968, while the vessel was encountering very heavy weather, one of the reactors broke loose and went overboard, and the other broke loose but stayed on board and was resecured. As a result of the reactors breaking loose, holes were made in a hatch covering, with the result that water got into the place where the catalyst was stored, and damage was caused to some of the plaintiff's other cargo that was on deck.

In the result, the plaintiff claims

(a) for the loss of the reactor that went overboard in the sum of \$133,218.32,

(b) for damage to the reactor that did not go overboard, on the basis of value less salvage for scrap, in the sum of \$130,992.89,

(c) for damage to all the catalyst, being 662 drums, on the basis of a total loss,

(d) for damage to parcel No. 671, which was carried on deck, in the sum of \$185.38,

(e) for damage to parcel No. 667, which was carried on deck, in the sum of \$7,260.23,

(f) for damage to parcel No. 665, which was carried on deck, in the sum of \$158.04,

(g) miscellaneous expenses for surveyors, experts, travelling, etc., involved in determining what damage was done and in endeavouring to minimize the loss:

the expert Engelhardt	\$1,073.06
the expert Wanka	942.21
Mr. Bellis	779.74
testing and nitrogen	880.00
equipment handling charges	5,809.21
Mr. Danker	172.90
Mr. Zapd	150.00

Quatre ou cinq jours après son départ de Rotterdam, le 23 août 1968, alors que le bâtiment affrontait des conditions atmosphériques très difficiles, un des réacteurs a rompu ses attaches et est passé par-dessus bord; l'autre s'est également détaché mais est resté sur le pont et a été arrimé de nouveau. En rompant leurs attaches, les réacteurs ont ouvert une brèche dans un panneau d'écouille, ce qui eut pour résultat de faire pénétrer l'eau là où était entreposé le catalyseur. D'autres éléments de la cargaison de la demanderesse, qui se trouvaient sur le pont, ont été endommagés.

En conséquence, la demanderesse réclame des dommages-intérêts:

a) d'un montant de \$133,218.32, pour la perte du réacteur qui est passé par-dessus bord,

b) d'un montant de \$130,992.89, pour les dommages subis par le réacteur qui n'est pas passé par-dessus bord, sur la base de sa valeur diminuée de la récupération pour la ferraille,

c) sur la base d'une perte totale, pour les dommages subis par l'ensemble du catalyseur, soit 662 tonnes,

d) d'un montant de \$185.38, pour les dommages subis par le colis n° 671, qui était transporté en pontée,

e) d'un montant de \$7,260.23 pour les dommages subis par le colis n° 667, qui était transporté en pontée,

f) d'un montant de \$158.04, pour les dommages subis par le colis n° 665, qui était transporté en pontée,

g) en dépenses diverses, d'experts, de spécialistes de déplacement, etc., engagés pour évaluer les dommages et tenter de minimiser la perte:

M. Engelhardt, expert	\$1,073.06
M. Wanka, expert	942.21
M. Bellis	779.74
essais et azote	880.00
frais de manutention du matériel	5,809.21
M. Danker	172.90
M. Zapd	150.00

Mr. Bojowski	69.89
a contractor	163.00
Briere & Gosling	2.00
Marine surveyor	3,061.32

(h) interest at 5 per cent. per annum from the date when the shipment should have been delivered, namely, September 1, 1968.

After the *Bernd Wesch II* sailed from Rotterdam, a bill of lading was issued showing the forwarder's Hamburg agent as "Shipper" and showing that the goods were consigned "to the order of" the forwarder. It is, however, clear that the governing contract of carriage is the agreement made before the goods were placed on board between the forwarder (through its Hamburg agent) and the defendant Hy Car. (See *S.S. Ardennes (Cargo Owners) v. S.S. Ardennes (Owners)* [1951] 1 K.B. 55, at pp. 59 and 60, per Lord Goddard, C. J., applied by this Court in *Sheerwood v. The Lake Eyre* [1970] Ex.C.R. 672.) The agreement would, however, seem clearly to be a contract of carriage "covered by a bill of lading" so as to be a "contract of carriage" within the Hague Rules as adopted by the *Water Carriage of Goods Act*, R.S.C. 1952, c. 291; R.S.C. 1970, c. C-15. See *Anticosti Shipping Co. v. Viateur St-Amand* [1959] S.C.R. 372.¹

The plaintiff asserts a claim against the defendant Jonny Wesch as owner of the *Bernd Wesch II* and also asserts a claim against the defendant Hy Car as the charterer. Against both defendants it asserts its claim in tort, and, alternatively, on the contract of carriage. I propose to consider, in the first instance, the claim on the contract of carriage.

The *Bernd Wesch II* was owned and operated by Jonny Wesch. It was under a time charter, not a demise charter, to Hy Car. According to the terms of the contract for carriage, which provided for use of "Hy Car Line Bills of Lading", it was an agreement for carriage of goods under a formal contract (the Bill of Lading to be issued) which would be executed

M. Bojowski	69.89
un entrepreneur	163.00
Brière & Gosling	2.00
Expert maritime	3,061.32

h) intérêt annuel de 5% à partir de la date à laquelle le chargement aurait dû être livré, c'est-à-dire le 1^{er} septembre 1968.

Après le départ de Rotterdam du *Bernd Wesch II*, un connaissement a été établi qui désignait le représentant de l'expéditeur à Hambourg comme «chargeur» et indiquait que les marchandises étaient consignées «à l'ordre de» l'expéditeur. Il est clair cependant que le contrat de transport prépondérant est l'accord conclu entre l'expéditeur (par l'intermédiaire de son représentant à Hambourg) et le défendeur Hy Car, avant que les marchandises ne soient chargées. (Voir *S.S. Ardennes (propriétaires de la cargaison) c. S.S. Ardennes (propriétaires)* [1951] 1 K.B. 55 aux pages 59 et 60, jugement rendu par Lord Goddard, juge en chef, et adopté par cette cour dans l'affaire *Sheerwood c. Le Lake Eyre* [1970] R.C.É. 672.) Cependant, il apparaîtrait clairement que cet accord est un contrat de transport «constaté par un connaissement», soit un «contrat de transport» au sens des Règles de La Haye adoptées par la *Loi sur le transport des marchandises par eau*, S.R.C. 1952, c. 291; S.R.C. 1970, c. C-15. Voir *Anticosti Shipping Co. c. Viateur St-Amand* [1959] R.C.S. 372.¹

La demanderesse dirige son action contre le défendeur Jonny Wesch en sa qualité de propriétaire du *Bernd Wesch II* et également contre le défendeur Hy Car en sa qualité d'affrèteur. Contre les deux défendeurs, elle intente une action en responsabilité délictuelle et, subsidiairement, sur la base du contrat de transport. Je propose d'examiner tout d'abord la réclamation fondée sur le contrat de transport.

Le *Bernd Wesch II* appartenait à M. Jonny Wesch qui l'exploitait. Il était loué sous affrètement à temps, et non pas coque nue, à Hy Car. Selon ses propres termes, le contrat de transport, qui prévoyait l'utilisation du «connaissement de la Hy Car Line», était un accord pour le transport de marchandises en vertu d'un contrat en bonne et due forme (le connaissement à

on behalf of the "Master" of the vessel selected to carry the goods. This was a contract that was, when it was executed, a contract on behalf of an unknown principal, namely, the owner and operator of the vessel that was subsequently to be chosen; and it was not a contract by the charterer as principal. See *Paterson Steamships Ltd. v. Aluminum Co. of Canada* [1951] S.C.R. 852. I am therefore of the view that the claim on the contract of carriage, if there is one, is against Jonny Wesch; and that there can be no such claim against Hy Car, who contracted on behalf of an unknown principal who has now been identified by proof of the charterparty in this action.

In so far as the claim based on the contract of carriage is concerned, the plaintiff, who is assignee of the Bill of Lading, is *prima facie* entitled to the damages flowing from the failure to deliver in good order in Montreal the goods that were received by the ship in good order in Europe.

The principles to be applied in determining whether the defendant Jonny Wesch avoids such *prima facie* liability vary depending on whether the Hague Rules as enacted by the *Water Carriage of Goods Act* apply or not. In this case, such Rules would seem clearly to apply in so far as the goods carried under deck are concerned. Those Rules do not, however, apply to "cargo which by the contract of carriage is stated as being carried on deck and is so carried" (see the definition of "goods" in Article I). In this case, the contract of carriage is the booking note signed by the defendant Hy Car and the forwarder's Hamburg agent, and it is common ground that it did not contemplate the carriage on deck of the three parcels Nos. 665, 667 and 671. It would not seem, therefore, that those three parcels fell within the exception from the definition of "goods" in the Hague Rules even though the forwarder's Hamburg agent did subsequently verbally acquiesce in their being so carried. On the other hand, it is common ground that the contract of carriage provided for the carriage of the two 70 ton reactors "on deck" and that they were so carried. In so far as it relates to those two reactors,

venir) qui devait être signé au nom du «capitaine» du bâtiment choisi pour transporter les marchandises. Ce contrat était, au moment de sa signature, un contrat conclu au nom d'un commettant inconnu, à savoir le propriétaire et l'exploitant du navire qui a été choisi par la suite; il ne s'agit pas de contrat par affrètement en qualité de commettant. Voir *Paterson Steamships Ltd. c. Aluminum Co. of Canada* [1951] R.C.S. 852. Je suis par conséquent d'avis que la réclamation fondée sur le contrat de transport, s'il en est une, est dirigée contre M. Jonny Wesch et qu'il ne peut y avoir aucune action semblable dirigée contre Hy Car qui a contracté au nom d'un commettant inconnu dont l'identité a depuis été établie par la charte-partie.

Pour ce qui est de la réclamation fondée sur le contrat de transport, la demanderesse, cessionnaire du connaissement, a, à première vue, droit aux dommages-intérêts nés du défaut de livraison en bon état, à Montréal, des marchandises qui ont été reçues par le navire en bon état en Europe.

Les principes applicables pour décider si le défendeur Jonny Wesch échappe à cette responsabilité *prima facie* varient suivant que les Règles de La Haye auxquelles la *Loi sur le transport des marchandises par eau* a donné force de loi, s'appliquent ou non. Dans la présente cause, il apparaîtrait clairement que ces règles s'appliquent pour ce qui est des marchandises transportées sous pont. Ces règles, toutefois, ne s'appliquent pas à «la cargaison qui, par le contrat de transport, est déclarée comme mise sur le pont et, en fait, est ainsi transportée» (voir la définition de «marchandises» à l'Article I). En l'espèce, le contrat de transport est la déclaration d'expédition signée par le défendeur Hy Car et le représentant de l'expéditeur à Hambourg, et il n'est pas contesté qu'il ne prévoyait pas le transport en pontée des trois colis nos 665, 667 et 671. Il ne semblerait pas, par conséquent, que ces trois colis soient frappés par l'exception contenue dans la définition que donnent du mot «marchandises» les Règles de La Haye, même si le représentant de l'expéditeur à Hambourg a verbalement accepté par la suite qu'ils soient transportés de cette façon. Par contre, nul ne conteste que le contrat de transport prévoyait le transport de deux réac-

therefore, my conclusion is that the contract of carriage is not governed by the Hague Rules.

I have not overlooked the plaintiff's submission that it is not bound by the agreement made by the forwarder through its Hamburg agent that the two 70 ton reactors be carried on deck. I am, however, of the view that, having entrusted to the forwarder the making of the contract of carriage, the plaintiff must as between it and the carrier accept the contract as so made even if it had specifically instructed the forwarder that all the goods be carried under deck, a question concerning which I make no finding.

The only cargo carried under deck in respect of which there is a claim is some 662 drums of the catalyst to which I have already referred. The damage sustained by the catalyst resulted from water entering through hatch covers as a result of holes made in the hatch covers by the two 70 ton reactors when they broke loose from the positions to which they had been secured on the hatch covers.

The defendant relied at trial on two defences, under Article IV(2) of the Hague Rules, to escape its *prima facie* liability in respect of the under deck cargo. Those defences are "neglect, or default . . . in the navigation . . . of the ship," and "perils . . . of the sea". As I indicated during argument, I found no evidence of neglect or default in navigation of the ship. In my view, the other defence depends on the situation created by the securing of the 70 ton reactors. As I appreciate the problem in this case, in relation to the catalyst, on one view of the facts the loss resulted from a peril of the sea and on the alternative view of the facts the loss resulted from an unseaworthy ship. I shall now consider that problem.

As I understand the legal position in respect of the under deck cargo, under the Hague

teurs de 70 tonnes «en pontée» et qu'ils ont été transportés de cette façon. Par conséquent, pour ce qui est de ces deux réacteurs, ma conclusion est que le contrat de transport n'est pas régi par les Règles de La Haye.

Je n'ai pas négligé la prétention de la demanderesse selon laquelle cette dernière ne serait pas liée par le fait que l'expéditeur, par l'intermédiaire de son représentant à Hambourg, ait accepté que les deux réacteurs de 70 tonnes soient transportés en pontée. Je suis cependant d'avis qu'ayant chargé l'expéditeur de la conclusion du contrat de transport, la demanderesse doit, dans ses rapports avec le transporteur, accepter le contrat tel que négocié, même si elle avait spécifié à l'expéditeur que toutes les marchandises devaient être transportées sous pont, point sur lequel je ne me prononce pas.

La seule cargaison transportée sous pont à propos de laquelle une réclamation a été présentée, est constituée de quelque 662 tonneaux du catalyseur dont j'ai déjà fait état. Le catalyseur a subi des dommages du fait de l'entrée d'eau par les panneaux d'écouille dans lesquels des brèches ont été ouvertes par les deux réacteurs de 70 tonnes lorsqu'ils se sont détachés de l'endroit où ils avaient été arrimés sur les panneaux d'écouille.

Le défendeur a invoqué à l'instance deux moyens de défense, fondés sur l'Article IV(2) des Règles de La Haye, afin de soustraire à sa responsabilité *prima facie* relative à la cargaison transportée sous pont. Ces moyens de défense sont «la négligence, ou défaut . . . dans la navigation . . . du navire,» et «les périls . . . de la mer». Comme je l'ai indiqué au cours du débat, je ne vois aucune preuve de négligence ou défaut dans la navigation du navire. A mon avis, l'autre moyen de défense dépend de la situation créée par l'arrimage des réacteurs de 70 tonnes. Comme je vois le problème dans cette affaire, en ce qui concerne le catalyseur, ou bien la perte résultait d'un péril de la mer, ou bien elle résultait d'un mauvais état de navigabilité du navire. Je vais maintenant examiner ce problème.

Ainsi que m'apparaît le point de droit relatif à la cargaison sous pont, dans le cadre des Règles de La Haye et appliqué aux faits de l'espèce

Rules, as applied to the facts of this case in respect of the perils of the sea defence,

(a) if the 70 ton reactors were not, before the ship left Rotterdam, secured sufficiently to hold the reactors against any reasonably foreseeable danger arising from a North Atlantic crossing such as the ship was to make, the ship was not seaworthy in respect of the under deck cargo at that time and the breaking loose of the reactors and the resultant entry of water into the holds was a direct result of that unseaworthy condition,² and, alternatively,

(b) if the 70 ton reactors were, before the ship left Rotterdam, secured sufficiently to hold the reactors against any reasonably foreseeable danger arising from such a North Atlantic crossing, and the reactors broke loose as a result of the ship having encountered conditions that were not reasonably foreseeable, the entry of water into the holds as a result of their breaking loose was the result of a peril of the sea for which the carrier is not responsible by virtue of paragraph 2(c) of Article IV of the Hague Rules as enacted by the *Water Carriage of Goods Act*.

My conclusion on the evidence is that the 70 ton reactors were not, before the ship left Rotterdam, sufficiently secured to hold the reactors against the reasonably foreseeable dangers arising from the proposed crossing and that the ship did not encounter any conditions that were not reasonably foreseeable. My holding is, therefore, that the defendant Jonny Wesch is liable under the contract of carriage for the damages sustained by the catalyst.

So far as the conditions encountered by the ship are concerned, I have been able to find no evidence that the conditions encountered were not such as were to be anticipated. Indeed, the ship's Master's evidence makes it clear that, while he endeavoured to navigate so as to avoid getting into the weather and sea situation that, in his view, gave rise to his difficulties, the possibility that he would not be able to avoid

pour ce qui est du moyen de défense fondé sur les périls de la mer,

a) si, avant le départ du navire de Rotterdam, l'arrimage des réacteurs de 70 tonnes était insuffisant pour les garantir de tout danger raisonnablement prévisible que comporte une traversée de l'Atlantique nord telle que celle qu'entreprenait le navire, ce dernier n'était pas, à ce moment-là, en bon état de navigabilité eu égard à la cargaison sous pont, et la rupture des attaches des réacteurs et l'intrusion d'eau dans les cales qui en est résultée, était une conséquence directe de ce mauvais état de navigabilité² et, dans le cas contraire,

b) si, avant le départ du navire de Rotterdam, l'arrimage des réacteurs de 70 tonnes était suffisant pour les garantir de tout danger raisonnablement prévisible que comporte une telle traversée de l'Atlantique nord et si les réacteurs ont rompu leurs attaches du fait que le navire a affronté des conditions atmosphériques qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles, la pénétration de l'eau dans les cales, provoquée par la rupture de leurs attaches était une conséquence d'un péril de la mer dont le transporteur n'est pas responsable en vertu de l'alinéa 2c) de l'Article IV des Règles de La Haye auxquelles la *Loi sur le transport des marchandises par eau* a donné force de loi.

Je conclus de la preuve qu'avant le départ du navire de Rotterdam l'arrimage des deux réacteurs de 70 tonnes n'était pas suffisant pour les garantir des dangers raisonnablement prévisibles que comporte la traversée entreprise et que le navire n'a affronté aucune condition atmosphérique qui n'était pas raisonnablement prévisible. J'estime par conséquent que le défendeur Jonny Wesch est responsable en vertu du contrat de transport des dommages subis par le catalyseur.

Quant aux conditions atmosphériques affrontées par le navire, je n'ai pu trouver aucune preuve de leur caractère imprévisible. De fait, la preuve apportée par le capitaine du navire établit clairement que, bien qu'il ait essayé de faire route de manière à éviter de se trouver pris dans les conditions atmosphériques et de navigation qui, à son avis, ont provoqué ses difficultés, l'éventualité qu'il ne lui serait pas possible

getting into such a situation was one that was foreseeable. I accept that evidence.

So far as the securing of the two 70 ton reactors on deck is concerned, even if one assumes the adequateness of the ship's Master's method for securing the reactors, it is clear that that method was absolutely dependent on lashings that would hold the reactors from leaving their "beds" as a result of the ship's rolling and pitching and, in my view, those lashings were not such that, properly appraised, they could have been regarded as sufficient for that purpose. Those lashings were attached to the reactors by passing them through relatively small "eye pads" welded on to the reactors for a different purpose although there were available for the purpose very substantial "hooks" which had, in fact, been used to move the reactors on to the ship. I am satisfied, on the evidence, that the Master did not consider sufficiently, if at all, whether the "eye pads" were strong enough for the purpose. The fact that they were possibly the most obvious means for attaching cables to the reactors and that there were no signs warning that they were not to be used for securing the reactors did not, in my view, relieve the Master of his very heavy responsibility of seriously considering their adequacy for the purpose of securing these formidable objects against the forces of the elements to be anticipated on the North Atlantic. I am satisfied on the evidence that the Master did not sufficiently direct his mind to this vital aspect of his securing operation and that the result was that, when foreseeable conditions were met, the "eye pads" gave way and the resultant movement of the reactors was inevitable.

For the above reasons, as already indicated, my conclusion is that the defendant Jonny Wesch is liable for the damage to the catalyst.

I turn now to the cargo that was carried "on deck" other than the two 70 ton reactors. As I have already indicated these parcels were, under the contract of carriage, to be carried under deck. They were placed on deck contrary to the contract of carriage and, before the ship left Rotterdam, the forwarder's agent acquiesced in their remaining there.

d'éviter ces conditions était d'un caractère prévisible. J'accepte cette preuve.

Pour ce qui est de l'arrimage des deux réacteurs de 70 tonnes en pontée, même si l'on admet que la méthode employée par le capitaine du navire pour les arrimer était appropriée, il est clair que cette méthode dépendait entièrement des câbles qui devaient empêcher les réacteurs de quitter leur « assise » par suite du roulis et du tangage du navire et, à mon avis, ces câbles ne correspondaient pas à ce qu'en faisant une appréciation judicieuse on aurait considéré comme suffisant à cette fin. Pour les attacher aux réacteurs, on avait fait passer ces câbles par des « œillets » relativement petits soudés aux réacteurs dans un autre but, bien que l'on disposât à cette fin de « crocs » de bonne taille qui avaient, de fait, servi à charger les réacteurs sur le navire. La preuve me convainc que le capitaine n'a pas suffisamment examiné, si toutefois il l'a fait, si les « œillets » étaient assez résistants pour l'objet auquel il les destinait. Le fait qu'ils étaient peut-être le moyen le plus évident d'attacher les câbles aux réacteurs et qu'il n'y avait aucune mise en garde indiquant qu'ils ne devaient pas être utilisés pour les arrimer, ne déchargeait pas, à mon avis, le capitaine de la très lourde responsabilité qui lui incombait d'examiner très sérieusement s'ils convenaient pour garder ces formidables objets de la force des éléments prévisibles dans l'Atlantique nord. La preuve me convainc que le capitaine n'a pas suffisamment porté attention sur cet aspect essentiel des opérations d'arrimage et que le résultat en a été, lorsque le navire a affronté des conditions atmosphériques prévisibles, la rupture des « œillets » et l'inévitable déplacement des réacteurs qui en est résulté.

Je conclus de ce qui précède, comme je l'ai déjà indiqué, que le défendeur Jonny Wesch est responsable des dommages subis par le catalyseur.

Je passe maintenant à la cargaison, autre que les deux réacteurs de 70 tonnes, transportée « en pontée ». Comme je l'ai déjà noté, ces colis devaient, aux termes du contrat de transport, être transportés sous pont. Ils ont été placés sur le pont contrairement au contrat de transport et, avant que le navire ne quitte Rotterdam, le

As I have already indicated, in my view, this part of the cargo does not fall within the exclusionary portion of the definition of "goods" in Article I of the Hague Rules, which excepts from that definition cargo which "by the contract of carriage" is "stated" as being carried on deck. It is my view that the contract of carriage must be found in the preliminary document that had been signed on behalf of the parties before the goods were put on the ship and cannot be taken to have been changed by additional clauses added to the Bill of Lading that was issued after the ship sailed. The liberty to carry on deck given verbally in this case cannot have any greater effect, as far as the definition of "goods" in the Hague Rules is concerned, than the liberty clause in *Svenska Traktor Aktiebolaget v. Maritime Agencies (Southampton) Ltd.* [1953] 2 All E.R. 570, where Pilcher, J. said at page 572:

A mere general liberty to carry goods on deck is not, in my view, a statement in the contract of carriage that the goods are, in fact, being carried on deck. To hold otherwise would, in my view, do violence to the ordinary meaning of the words of art. I(c). I, accordingly, hold that the plaintiffs' tractors were being carried by the defendants subject to the obligations imposed on them by art. III, r. 2, of the Act.

My conclusion is, therefore, that the Hague Rules apply to the cargo that was in fact carried on deck other than the two 70 ton reactors.

Applying the Hague Rules to the cargo so carried on deck, I reach the same result as I have already reached with reference to the catalyst. The damage it sustained was the direct physical consequence of the unseaworthy state of the vessel arising from the fact that the reactors were not adequately secured when the vessel left Rotterdam. To be more specific, the place on deck where this cargo was stored was not "fit and safe" for its preservation because these two 70 ton reactors were also on deck so secured that it was foreseeable that they might break loose and damage anything that was in their way. The defendant Jonny Wesch is there-

représentant de l'expéditeur a accepté qu'ils y restent.

Ainsi que je l'ai déjà noté, cette partie de la cargaison n'était pas frappée, à mon avis, par l'exclusion contenue dans la définition de «marchandises» à l'Article I des Règles de La Haye, qui excluent de cette définition toute cargaison qui «par le contrat de transport» est «déclarée» comme mise sur le pont. A mon sens, c'est dans le document préliminaire signé au nom des parties avant que les marchandises ne soient chargées sur le navire que l'on doit trouver le contrat de transport et l'on ne peut prétendre qu'il a été modifié par des clauses complémentaires ajoutées au connaissement établi après l'appareillage du navire. L'autorisation de transporter en pontée, donnée verbalement en l'espèce, ne peut avoir plus d'effet, du moins en ce qui concerne la définition de «marchandises» dans les Règles de La Haye, que la clause permissive dans l'affaire *Svenska Traktor Aktiebolaget c. Maritime Agencies (Southampton) Ltd.*, [1953] 2 All E.R. 570, dans laquelle le juge Pilcher déclarait, à la page 572:

[TRADUCTION] Une simple autorisation générale de transporter des marchandises en pontée n'est pas, à mon avis, une déclaration contenue dans le contrat de transport selon laquelle les marchandises sont, en fait, transportées sur le pont. Ce serait faire violence, à mon avis, au sens communément admis des termes de l'article Ic), que de soutenir le contraire. J'estime par conséquent que les tracteurs de la demanderesse étaient transportés par les défendeurs sous réserve des obligations que l'article III, r. 2, de la Loi leur imposait.

J'en conclus par conséquent que les Règles de La Haye s'appliquent à la cargaison, autre que les deux réacteurs de 70 tonnes, qui a été en fait transportée en pontée.

L'application des Règles de La Haye à la cargaison ainsi transportée en pontée, me conduit au même résultat que celui auquel je suis parvenu à propos du catalyseur. Les dommages qu'elle a subis étaient une conséquence physique directe du mauvais état de navigabilité du bâtiment, née du fait que les réacteurs n'étaient pas arrimés de façon satisfaisante lorsque le navire a quitté Rotterdam. Pour être plus précis, l'emplacement de cette cargaison sur le pont du navire n'était pas «approprié et en bon état» pour leur conservation, car ces deux réacteurs de 70 tonnes étaient également en pontée, arrimés de telle sorte qu'il était prévisible qu'ils

fore responsible under the contract of carriage for the damage to the cargo carried on deck other than the two 70 ton reactors.

I turn now to the claim against Jonny Wesch under the contract of carriage for the loss of one of the two 70 ton reactors and for the damage to the other as the result of their breaking away from their positions on deck.

As the 70 ton reactors were not "goods" within the definition of that word in Article I of the Hague Rules because they were cargo which by the contract of carriage was stated "as being carried on deck" and were so carried, the Hague Rules do not apply in respect of the claim based on the failure to deliver them in good order and that claim must therefore be dealt with in accordance with the contract of carriage as interpreted in accordance with the principles that are applicable when those Rules do not apply.

The fact that the Hague Rules do not apply enables the defendant Jonny Wesch to assert a defence based on paragraph 9 of the conditions in the Hy Car Bill of Lading form, which were incorporated in the contract of carriage by reference, which defence is not available when the Hague Rules apply. Paragraph 9 of those conditions reads in part as follows:

9. Live animals, plants and deck cargo. Cargo carried on deck and stated on the face hereof as being so carried and live stocks . . . are received, handled, stowed, carried, kept and discharged at Shipper's and/or Consignor's risk and the carrier shall not be liable for any loss thereof, or damage thereto, howsoever caused even though resulting from the negligence of the Carrier, its servants or Agents or in the case of deviation of the ship.

Giving the words their ordinary meaning, this clause would seem to be an agreement that the "Cargo carried on deck . . ." was "stowed" and "carried" at the shipper's and consignor's risk

puissent se détacher et endommager tout ce qui se trouvait sur leur passage. Le défendeur Jonny Wesch est par conséquent responsable, en vertu du contrat de transport, des dommages subis par la cargaison, autre que les deux réacteurs de 70 tonnes, transportée en pontée.

Je passe maintenant à la réclamation dirigée contre M. Jonny Wesch, en vertu du contrat de transport, pour la perte de l'un des deux réacteurs de 70 tonnes et pour les dommages subis par le second, parce que les réacteurs ont rompu leurs attaches et quitté leur position originale sur le pont.

Du fait que les réacteurs de 70 tonnes n'étaient pas «des marchandises», selon la définition que donne l'Article I des Règles de La Haye de ce terme, car il s'agissait d'une cargaison qui, par le contrat de transport, était déclarée «comme mise sur le pont» et, en fait, était ainsi transportée, les Règles de La Haye ne s'appliquent pas pour ce qui est de la réclamation fondée sur le défaut de livraison en bon état et cette réclamation doit par conséquent être traitée selon les termes du contrat de transport interprétés à la lumière des principes applicables hors du champ d'application de ces règles.

Le fait que les Règles de La Haye ne s'appliquent pas autorise le défendeur Jonny Wesch à présenter une défense fondée sur l'alinéa 9 des conditions du connaissement de la Hy Car, auxquelles renvoyait le contrat de transport et qui en faisaient partie, mais ce moyen de défense n'est pas ouvert lorsque les Règles de La Haye s'appliquent. Voici un extrait de l'alinéa 9 de ces conditions:

[TRADUCTION] 9. Animaux vivants, équipements industriels et cargaison transportée en pontée. La cargaison transportée en pontée et déclarée aux présentes comme étant ainsi transportée, et les animaux vivants . . . sont réceptionnés, manutentionnés, entreposés, transportés, conservés et déchargés aux risques de l'expéditeur et (ou) du chargeur et le transporteur n'est pas tenu responsable de leur perte ou de tout dommage qu'ils subiraient, quelle qu'en soit la cause, fût-ce la négligence du transporteur, de ses préposés ou agents ou le déroutement du navire.

Si l'on prend les mots dans leur sens courant, cette disposition semblerait constituer un accord aux termes duquel la «cargaison transportée en pontée . . .» était «entreposée» et

and that the carrier is not liable for "any loss thereof, or damage thereto, howsoever caused even though resulting from the negligence of the Carrier, its servants or Agents". It is impossible to escape the conclusion in my view that such words encompass the plaintiff's claim in this case in respect of the reactors.

What is contended on behalf of the plaintiff, however, is

- (a) that the loss and damage was caused by gross negligence or "*faute lourde*" and that by the law of the Province of Quebec, which must be taken to be applicable, it is contrary to public policy to contract out of responsibility for gross negligence or "*faute lourde*", and
- (b) that the loss and damage was caused by unseaworthiness of the vessel and that a clause contracting out of responsibility for cargo will not be taken to extend to loss or damage caused by unseaworthiness unless there is an "express" reference therein to unseaworthiness.

Having regard to my appraisal of the circumstances of this case, I do not find it necessary to reach a conclusion as to the soundness of the various legal principles asserted on behalf of the plaintiff as the bases for these two contentions.

With reference to the "gross negligence" point, I hold that the evidence in this case does not establish gross negligence in the securing of the two 70 ton reactors. In *The King v. Canada Steamship Lines* [1950] S.C.R. 532, (reversed by the Privy Council on another point, see [1952] A.C. 192) Rinfret C.J.C. adopts the definition of "*faute lourde*" as given by Pothier, which is: "... le soin que les personnes les moins soigneuses et les plus stupides ne manquent pas d'apporter à leurs affaires". Upon the evidence in this case, I cannot conclude that the securing operation of the Master in this case was so ineffective that not even "les personnes les moins soigneuses et les plus stupides"—i.e., the most careless and the stupidest of people—would have been guilty of going to sea relying on it. On the contrary, I accept the evidence of

«transportée» aux risques de l'expéditeur et du chargeur et que le transporteur n'est pas responsable de «sa perte, ou de tout dommage qu'elle subirait, quelle qu'en soit la cause, fût-ce la négligence du transporteur, de ses préposés ou agents». Il est impossible, à mon avis, de ne pas conclure que ces termes embrassent en l'espèce la réclamation de la demanderesse relative aux réacteurs.

Cependant, on soutient au nom de la demanderesse

- a) que la perte et les dommages ont été causés par une «faute lourde» et que selon la loi de la province du Québec, dont on doit admettre l'applicabilité, une clause excluant la responsabilité pour «faute lourde» dans un contrat est contraire à l'ordre public et,
- b) que la perte et les dommages ont été causés par le mauvais état de navigabilité du bâtiment et que, dans un contrat, une disposition excluant la responsabilité pour la cargaison, ne peut être jugée s'étendre aux pertes ou dommages causés par le mauvais état de navigabilité, «sauf référence expresse» au mauvais état de navigabilité dans le contrat.

Étant donné mon appréciation des circonstances de l'espèce, je ne pense pas qu'il soit nécessaire de porter un jugement sur le bien-fondé des différents principes juridiques qui ont été présentés au nom de la demanderesse à l'appui de ces deux prétentions.

Pour ce qui est du problème de la «faute lourde», j'estime que la preuve qui a été apportée dans cette affaire n'établit pas qu'une faute lourde ait été commise dans l'arrimage des deux réacteurs de 70 tonnes. Dans l'arrêt *Le Roi c. Canada Steamship Lines* [1950] R.C.S. 532, (réformé par le Conseil privé sur un autre point, voir [1952] A.C. 192) le juge en chef du Canada Rinfret adopte la définition de la «faute lourde» donnée par Pothier: «... le soin que les personnes les moins soigneuses et les plus stupides ne manquent pas d'apporter à leurs affaires.» Je ne peux conclure de la preuve en l'espèce que les opérations d'arrimage menées par le capitaine étaient à ce point inefficaces que même «les personnes les moins soigneuses et les plus stupides» se seraient rendues coupables de s'en satisfaire et d'appareiller. Au contraire, j'ac-

the ship's Master that, throughout his career, he had carried many comparable "heavy lifts" and had used the same methods without previously having suffered a loss. I can see the force of some of the criticisms made of the methods that were employed in this case and that there are elements of risk that are not present in the methods outlined by the plaintiff's experts. It must not, however, be overlooked that some degree of risk is involved in all of man's activities and that we are continually being confronted with cases where methods of operation have been used over long periods before their inadequacies are revealed by tragic experiences. Very intelligent people who are not exactly reckless continue to use methods that have worked well in the past rather than increase costs by adding expensive safety features. I cannot say that I think that such a course is always that of a reasonably prudent man. I am not prepared, however, to hold that such conduct is gross negligence even on a definition of that term that is not nearly as stringent as the one quoted from Pothier.

I turn now to the plaintiff's contention that he avoids the effect of the exclusion clause (paragraph 9 of the Bill of Lading) because, as it is urged, the loss and damage here was caused by unseaworthiness and the exclusion clause does not apply to such a loss or damage.

I reject that contention because, on the evidence, I hold that the loss of one reactor and the damage to the other was not caused by unseaworthiness.

Having already held that the damage to the under deck cargo and the other "on deck" cargo was caused by unseaworthiness, my holding that the loss of the reactors, which flows from the same physical facts, was not caused by unseaworthiness calls for some explanation.

cepte la déclaration du capitaine du navire selon laquelle, tout au long de sa carrière, il avait transporté de nombreux «chargements lourds» comparables et avait utilisé les mêmes méthodes sans avoir jamais à déplorer de perte. Je n'ignore pas la force de certaines des critiques dirigées contre les méthodes qui ont été employées dans ce cas ni le fait que les méthodes sur lesquelles des experts de la demanderesse ont insisté ne comportent pas certains éléments de risque. Je ne dois pas cependant ignorer qu'un certain degré de risque est inhérent à toute activité humaine et que nous sommes perpétuellement confrontés avec des cas où des méthodes ont été employées pendant de longues périodes avant que leur insuffisance ne soit révélée par des expériences tragiques. Des personnes fort intelligentes qui ne sont pas précisément irréflechies continuent à utiliser des méthodes qui ont bien fonctionné dans le passé plutôt que d'augmenter leurs coûts en ajoutant des dispositifs de sécurité coûteux. Je ne puis pas dire qu'à mon avis ce comportement soit toujours celui d'un homme avisé. Cependant, je ne suis pas disposé à déclarer que cette conduite constitue une faute lourde, même en fonction d'une définition de cette expression qui ne serait pas aussi restrictive que celle déjà citée de Pothier.

J'aborde maintenant la prétention de la demanderesse selon laquelle elle échappe aux effets de la clause d'exclusion (alinéa 9 du connaissement) car, comme on l'affirme, la perte et les dommages ont en l'espèce été provoqués par le mauvais état de navigabilité et la clause d'exclusion ne s'applique pas à une telle perte ou un tel dommage.

Je rejette cette prétention car j'estime, au vu de la preuve, que la perte de l'un des réacteurs et les dommages subis par l'autre n'ont pas été causés par le mauvais état de navigabilité.

Ayant déjà jugé que les dommages subis par la cargaison sous pont et les autres éléments de la cargaison «en pontée» avaient été causés par le mauvais état de navigabilité, juger dans ce cas que la perte des réacteurs, qui découle des mêmes faits physiques, n'a pas été causée par le mauvais état de navigabilité, appelle quelques explications.

As I understand the cases, the term “unseaworthiness” was used before the Hague Rules to refer to at least three quite different states of a vessel which are reflected more or less precisely in paragraphs (a), (b) and (c) of Article III(1) of the Hague Rules, which reads:

1. The carrier shall be bound, before and at the beginning of the voyage, to exercise due diligence to,

(a) make the ship seaworthy;

(b) properly man, equip, and supply the ship;

(c) make the holds, refrigerating and cool chambers, and all other parts of the ship in which goods are carried, fit and safe for their reception, carriage and preservation.

Furthermore, it should be emphasized that a claim based on unseaworthiness depends on two requirements, *viz*:

(a) there must have been a state of affairs on or affecting the ship that falls within one or other of the categories compendiously referred to as unseaworthiness, and

(b) the damage or loss must have been caused by that state of affairs.

Applying those principles here, the inadequately secured reactors created a potential for holes in the hatch covers so that the hold was not “fit and safe” for “preservation” of the under deck cargo; that potential was realized and the under deck cargo was damaged. The same reasoning applies to the on deck cargo other than the reactors. It may also have been that the inadequately secured reactors created a potential for such an injury to the ship or her stability as to cause her to founder or roll over. However, that potential, if it existed, was not realized and there was, therefore, no loss or damage caused by it.

Turning now to the reactors, I cannot find any state of the vessel that falls within any of the categories of unseaworthiness that caused the loss of the one and the damage to the other. On the facts as I appreciate them the places where they were carried were, when the ship

Comme j’entends la jurisprudence, l’expression «mauvais état de navigabilité» a été utilisée avant les Règles de La Haye pour qualifier au moins trois états très différents d’un navire, que reflètent avec plus ou moins de précision les alinéas a), b) et c) de l’Article III(1) des Règles de La Haye qui disposent:

1. Le transporteur sera tenu avant et au début du voyage d’exercer une diligence raisonnable pour:

a) mettre le navire en état de navigabilité;

b) convenablement armer, équiper et approvisionner le navire;

c) approprier et mettre en bon état les cales, chambres froides et frigorifiques et toutes autres parties du navire où des marchandises sont chargées pour leur réception, transport et conservation.

En outre, il convient d’insister sur le fait qu’une réclamation fondée sur le mauvais état de navigabilité est soumise à deux conditions impératives, à savoir:

a) il faut qu’il y ait eu un certain état de choses intéressant le navire qui tombe dans l’une ou l’autre des catégories brièvement mentionnées de mauvais état de navigabilité, et

b) les dommages ou la perte doivent résulter de cet état de choses.

Si l’on applique ces principes en l’espèce, l’arrimage défectueux des réacteurs a créé une potentialité de brèches dans les panneaux d’écouille, de sorte que la cale n’était pas «appropriée et en bon état» pour la «conservation» de la cargaison transportée sous pont; cette possibilité s’est réalisée et la cargaison sous pont a été endommagée. Le même raisonnement s’applique à la cargaison, autre que les réacteurs, transportée en pontée. Il aurait pu également se faire que l’arrimage défectueux des réacteurs crée, en puissance, au navire ou à sa stabilité, des avaries de nature à le faire sombrer ou chavirer. Toutefois, cette potentialité, à supposer qu’elle existât, ne s’est pas réalisée et elle n’a pas par conséquent entraîné de perte ou de dommage.

Pour en venir maintenant aux réacteurs, je ne puis trouver aucune condition du bâtiment qui tombe dans l’une des catégories de mauvais état de navigabilité qui ont causé la perte de l’un et endommagé l’autre. Des faits tels qu’ils m’apparaissent, je déduis que les emplacements qui

left Rotterdam, "fit and safe" for their "reception, carriage and preservation". The main potential for their loss or damage lay in the fact that they were inadequately secured and it was because that potential was realized that they were lost or damaged.

I have no doubt that there was also a state of unseaworthiness when the ship left Rotterdam that might have resulted in the loss of the reactors. Being badly secured, they might, as I have already suggested, have so damaged the ship that she would founder or roll over with a resulting loss of all cargo. If that had happened, you would have a potential state of unseaworthiness becoming a reality that causes the loss of cargo. That was what was found in *Falconbridge Nickel Mines Ltd. v. Chimo Shipping Ltd.* [1969] 2 Ex.C.R. 261, where Kerr J. said at page 283:

But I think that the barge was rendered unseaworthy by the inadequately secured tractor and generating set. When the tractor slid towards the edge of the deck it thereby made the barge unstable. Its instability in the circumstances amounted to unseaworthiness. The loss of the tractor and generating set resulted immediately from that unseaworthiness.

In this case, there is no evidence to suggest that the loss of one reactor or damage to the other followed or was caused by any effect that the freed reactors had on the state of the ship.

My conclusion is, therefore, that the defendant Jonny Wesch is not liable under the contract of carriage for the loss of the one reactor and the damage to the other.

The tort claims may be disposed of shortly.

In so far as the tort claim against Jonny Wesch is concerned, he is protected by clause 9 of the Bill of Lading form. A shipper cannot avoid his contractual obligations on which his shipping charges are based by putting the contract aside and suing in tort for what he is entitled under the contract. In this case at least the exclusion clause in paragraph 9 of the Bill of Lading clearly covers such a claim.

leur étaient réservés pour le transport étaient, lorsque le navire a quitté Rotterdam, «appropriés et en bon état» pour leur «réception, transport et conservation». La principale potentialité de perte ou de dommage réside dans le fait qu'ils ont été mal arrimés et ils furent par conséquent perdus ou endommagés.

Je ne doute pas qu'il existait également un mauvais état de navigabilité lorsque le navire a quitté Rotterdam qui a pu entraîner la perte des réacteurs. Étant mal arrimés, ils auraient pu, comme je l'ai déjà remarqué, endommager le navire au point de le faire sombrer ou chavirer, causant la perte de toute la cargaison. Si cela était arrivé, l'on aurait un cas de mauvais état de navigabilité en puissance qui serait devenu une réalité entraînant la perte de la cargaison. C'est ce qui a été jugé dans l'arrêt *Falconbridge Nickel Mines Ltd. c. Chimo Shipping Ltd.* [1969] 2 R.C.É. 261, dans lequel le juge Kerr déclarait, à la page 283:

[TRADUCTION] Mais je crois que le mauvais arrimage du tracteur et du générateur ont entraîné le mauvais état de navigabilité de la péniche. Lorsque le tracteur a glissé vers le bord du pont, il a déséquilibré la péniche. En l'espèce, ce déséquilibre s'est traduit par un mauvais état de navigabilité, cause directe de la perte du tracteur et du générateur.

Dans la présente affaire, rien ne permet de penser que la perte de l'un des réacteurs ou les dommages subis par l'autre ont été entraînés ou causés par quelque effet que les réacteurs libérés de leurs attaches ont eu sur l'état du navire.

Ma conclusion est, par conséquent, que le défendeur Jonny Wesch n'est pas responsable en vertu du contrat de transport de la perte de l'un des réacteurs et des dommages subis par l'autre.

On peut statuer rapidement sur les actions en responsabilité délictuelle.

Pour ce qui est de l'action en responsabilité délictuelle dirigée contre M. Jonny Wesch, ce dernier est protégé par la clause 9 du connaissement. Un chargeur ne peut échapper à ses obligations contractuelles, en fonction desquelles sont calculés les frais de transport, en écartant le contrat et en intentant une action en responsabilité délictuelle pour ce à quoi il a droit en vertu du contrat. Dans ce cas au moins, il est

In so far as the tort claim against Hy Car is concerned, I dismiss it on the facts. It is based on the contention that Hy Car's officer, Mr. Burger, somehow made Hy Car vicariously liable in tort by his conduct in connection with the securing of the 70 ton reactors. In my view, it is clear on the evidence that the officer in question left the responsibility for the securing with the Master where it belonged. I found his evidence and the evidence of the Master consistent on that point. All the decisions with reference to how the reactors were secured were made by the Master either personally or through members of his crew.

I turn now to the question of quantum of damages.

The main problem in connection with damages should be mentioned first. If the goods were goods that could be replaced readily on the Canadian market, it would be one matter, but that is not this case. In this case the plaintiff had, for reasons that it found sound, committed itself to a process of manufacture of its product that called for obtaining all the goods in question from specific German sources. Having regard to the nature of the process, and to have the benefit of contractual guarantees that would have attached to the damaged and lost goods if they had not been damaged and lost, such goods, with minor exceptions, had to be replaced or repaired by the German suppliers. I am satisfied that as a matter of sound business the plaintiff had no alternative to following the advice received from the German experts with reference to what had to be replaced and what had to be sent back to Germany for repairs. In particular, I am satisfied that a reasonably prudent business man, anxious to minimize the loss as much as possible, would have had to accept the advice that all the catalyst had to be replaced. It would have been, in my view, rash and imprudent for the plaintiff to have tried to determine what part of the catalyst had managed to survive the water in the hold without any material change in its character by reason of moisture when the German expert

clair que la clause d'exclusion de l'alinéa 9 du connaissement couvre une telle réclamation.

Pour ce qui est de l'action en responsabilité délictuelle dirigée contre Hy Car, je la rejette sur les faits. Elle est fondée sur la prétention que le préposé de Hy Car, M. Burger, a en quelque sorte rendu Hy Car civilement responsable pour autrui, du fait de son comportement dans les opérations d'arrimage des réacteurs de 70 tonnes. A mon avis, il ressort clairement de la preuve que le préposé en question a laissé la responsabilité de l'arrimage au capitaine à qui elle incombait. J'estime que son témoignage et celui du capitaine se tiennent sur ce point. Toutes les décisions relatives à la façon dont les réacteurs ont été arrimés ont été prises par le capitaine, soit personnellement, soit par l'intermédiaire des membres de son équipage.

Je passe maintenant à la question du montant des dommages-intérêts.

Il convient de mentionner tout d'abord le principal problème relatif aux dommages. Si les marchandises avaient été des marchandises susceptibles d'être immédiatement remplacées sur le marché canadien, ce serait une chose, mais ça n'est pas le cas. En l'espèce, la demanderesse s'était engagée, pour des raisons qui lui ont paru fondées, dans un procédé de fabrication qui l'obligeait à tirer toutes les marchandises en question de sources allemandes particulières. Étant donné la nature du procédé et pour s'assurer le bénéfice de garanties contractuelles qui se seraient appliquées aux marchandises endommagées et perdues, si elles ne l'avaient pas été, ces marchandises, à quelques légères exceptions près, devaient être remplacées ou réparées par le fournisseur allemand. Je suis convaincu qu'en termes de bonne gestion commerciale, la demanderesse n'avait d'autre choix que de suivre le conseil qu'elle a reçu des experts allemands quant à ce qui devait être remplacé et ce qui devait être retourné en Allemagne pour réparation. En particulier, je suis convaincu qu'un homme d'affaires normalement avisé, soucieux de réduire autant que possible la perte, aurait été obligé d'accepter le conseil de devoir remplacer l'ensemble du catalyseur. Il aurait été, à mon avis, irréfléchi et imprudent de la part de la demanderesse d'essayer de déterminer quelle partie du catalyseur

advised that that was unsafe and when, by so doing, it would lose the benefit of guarantees that were part of the economic facts on which it based its planning.

There is, however, a minor problem in connection with the catalyst. The amount of \$128,842.60 is computed by deducting salvage from replacement cost and, in computing salvage, I am under the impression that freight was charged for returning to Germany all the catalyst including a substantial amount of almost valueless quartz. Counsel should have been able to show me during argument precisely what the evidence revealed in this respect. The plaintiff may take judgment in respect of the catalyst for \$128,000 or it may have a judgment for a reference in relation thereto on terms that may be spoken to.

With reference to the "on deck" cargo other than the reactors, I am satisfied that the amounts established are

No. 665	\$ 158.04
No. 667	7,260.23
No. 671	185.23

However, the defendant relies, with reference to these items, on paragraph 1 of Article IV(5) of the Hague Rules, which reads as follows:

Neither the carrier nor the ship shall in any event be or become liable for any loss or damage to or in connection with goods in an amount exceeding 100 pounds sterling per package or unit, or the equivalent of that sum in other currency, unless the nature and value of such goods have been declared by the shipper before shipment and inserted in the bill of lading.

On the question whether this limitation provision applies where the damage was caused by a failure to comply with Article III(1), I follow my brother Kerr in *Falconbridge Nickel Mines Ltd. v. Chimo Shipping Ltd.* [1969] 2 Ex.C.R. 261, where he said, at pages 284-85:

The situation, then, if the Rules applied to the tractor and generating set until they were lost, appears to me to be this: If the loss resulted from unseaworthiness of the barge

avait réussi à résister à l'eau dans la cale, sans modification importante de ses caractéristiques due à l'humidité, alors que l'expert allemand lui signalait que c'était dangereux et que ce faisant, elle perdrait le bénéfice des garanties qui faisaient partie des données économiques de ses programmes.

Il reste cependant un problème mineur au sujet du catalyseur. La somme de \$128,842.60 est calculée en déduisant la récupération du coût de remplacement, et, dans le calcul de la récupération, j'ai l'impression que l'on a compté le fret de la réexpédition en Allemagne de l'ensemble du catalyseur, y compris une importante quantité de quartz d'une valeur quasi nulle. L'avocat aurait dû pouvoir établir précisément au cours de la plaidoirie ce qu'a révélé la preuve à cet égard. La demanderesse peut obtenir un jugement lui accordant la somme de \$128,000 pour le catalyseur, ou bien elle peut obtenir un jugement de renvoi sur ce point, dont les conditions seront à débattre.

Pour ce qui est de la cargaison, autre que les réacteurs, «transportée en pontée», j'accepte les montants qui ont été établis:

N° 665	\$ 158.04
N° 667	7,260.23
N° 671	185.23

Cependant, le défendeur s'appuie, pour ces différents postes, sur l'alinéa 1 de l'Article IV(5) des Règles de La Haye, qui dispose:

[TRADUCTION] Le transporteur comme le navire ne seront tenus en aucun cas des pertes ou dommages causés aux marchandises ou les concernant pour une somme dépassant cinq cent dollars par colis ou unité, ou l'équivalent de cette somme en une autre monnaie, à moins que la nature et la valeur de ces marchandises n'aient été déclarées par le chargeur avant leur embarquement et que cette déclaration ait été insérée au connaissement.

Quant à statuer sur l'applicabilité de cette disposition limitative lorsque les dommages résultent de ce qu'on ne s'est pas conformé à l'Article III(1), je suis mon confrère le juge Kerr qui déclarait dans l'affaire *Falconbridge Nickel Mines Ltd. c. Chimo Shipping Ltd.* [1969] 2 R.C.É. 261, aux pages 284 et 285:

[TRADUCTION] La situation me semble donc être la suivante, si les Règles s'appliquent au tracteur et au générateur jusqu'à leur perte: si la perte résulte du mauvais état de

caused by want of due diligence on the part of the carrier to make the barge seaworthy, the exceptions from immunity in Article IV, Rule 2, are of no avail to the carrier, but the limitation of liability in Rule 5, where the words "in any event" are used, applies;

The result is that the plaintiff may take judgment in respect of each of these items for the amount of actual loss or \$500 and, in calculating actual loss, there will have to be added to the above amounts a proportion of the general items to which I have yet to refer.

With reference to the reactors, although there will be no judgment, I should say that I accept the figures of \$133,218.32 and \$130,992.89, to which I have already referred. These figures are necessary for the calculations that have to be made as hereinafter indicated. I express no opinion as to the application of the valuation clause in paragraph 18 of the conditions in the Bill of Lading as there will be no judgment for the reactors and as I do not think I am in a position to make such a finding. There is an additional question as to whether that point is open to the defendant on the pleadings.

With reference to the general expenses, already enumerated, I allow the amounts that I have earlier specified except that they must be allocated or distributed among the various heads of loss or damage as follows:

- (a) Mr. Wanka's expenses in the sum of \$942.21, and, of the equipment handling charges in the sum of \$5,809.21, \$3,983.70 must be allocated to the reactors;
- (b) Mr. Engelhardt's expenses in the sum of \$1,073.06 must be distributed between the deck cargo (other than the reactors) and the catalyst;
- (c) the claim for testing and nitrogen in the sum of \$880, the contractor's expense in the sum of \$163, and, of the equipment handling charges in the sum of \$5,809.21, \$1,825.51 must be allocated to the deck cargo other than the reactors;
- (d) all the remainder of such items must be distributed *pro rata* on the basis of the amounts otherwise determined and any

navigabilité de la péniche, né d'un défaut de diligence imputable au transporteur à qui il incombait de mettre la péniche en bon état de navigabilité, le transporteur ne peut se prévaloir des exceptions à l'immunité prévue par la règle 2 de l'Article IV, mais la limite de responsabilité prévue à la règle 5, où figurent les termes «en aucun cas», s'applique;

Il en résulte que la demanderesse peut obtenir un jugement lui accordant, pour chacun de ces postes, le montant de la perte réelle ou \$500 et, dans le calcul de la perte réelle, il faudra ajouter aux montants susmentionnés un pourcentage de l'ensemble des postes auquel je dois maintenant m'attacher.

Pour ce qui est des réacteurs, bien que je ne rende pas de jugement sur ce point, je dirais néanmoins que j'accepte les chiffres de \$133,218.32 et \$130,992.89 dont j'ai déjà fait état. Ces chiffres sont nécessaires au calcul qu'il faudra faire, comme il ressort des indications suivantes. Je n'exprime aucune opinion quant à l'application de la clause d'évaluation de l'alinéa 18 des conditions contenues dans le connaissement, en raison de l'absence de jugement sur les réacteurs et du fait que je m'estime pas en mesure de conclure sur ce point. Une autre question se pose quant à savoir si ce point est ouvert au défendeur vu les plaidoiries.

Pour ce qui est des frais généraux, déjà mentionnés, j'accorde les sommes que j'ai précédemment indiquées sous réserve qu'elles doivent être réparties ou distribuées entre les divers chefs de perte ou dommages de la manière suivante:

- a) Les dépenses de M. Wanka, soit \$942.21, et \$3,983.70 sur les \$5,809.21 de frais de manutention de l'équipement, doivent être attribués aux réacteurs;
- b) les dépenses de M. Engelhardt, soit \$1,073.06, doivent être réparties entre la cargaison transportée en pontée (autre que les réacteurs) et le catalyseur;
- c) la réclamation pour les essais et l'azote, soit \$880, les frais d'entrepreneur, soit \$163, et \$1,825.51 sur les \$5,809.21 de frais de manutention de l'équipement, doivent être attribués à la cargaison, autre que les réacteurs transportée en pontée;
- d) tout le reste de ces postes doit être réparti au prorata des montants déterminés par ailleurs et toutes les sommes attribuées à la

amounts allocated to the cargo that was on deck must be distributed among the various items in the same way to the extent that it is relevant to do so.

There will also be judgment for interest on the amount so determined from September 1, 1968, until judgment is signed after a motion has been made as hereinafter contemplated. Interest will automatically run on the amount of the judgment from that time. See section 40 of the *Federal Court Act*.

A motion may be made for judgment under subparagraph (b) of paragraph (2) of Rule 337 of the Federal Court Rules. If the parties cannot agree on the amounts that should be in the judgment having regard to the above indications, there will have to be a provision in the judgment for a reference, the terms of which may be spoken to. I will also hear the parties on the question of costs on the application for judgment.

Before leaving this case, I should say something about the confusion that has arisen during the trial concerning the numbering and recording of the exhibits, an aspect of a trial which I have heretofore found that I could leave to the Court Registrar and counsel.

In addition to the normal exhibits that were tendered by one or other or both of the parties and accepted by the Court at the trial, there are documents in this case

(a) that were tendered and accepted during the taking of evidence abroad by agreement as though it was taken on a commission that issued out of the Court,

(b) that were tendered and accepted during the taking of "depositions" in United States litigation, which "depositions" were, by consent, filed as exhibits at the trial of this action, and

(c) that were marked as exhibits in the course of examinations for discovery and that were put in by one or other of the parties as part of its case at the trial of this action.

cargaison transportée en pontée doivent être distribuées entre les divers postes de la même façon, dans la mesure où il est pertinent de le faire.

Un jugement sera également rendu quant aux intérêts applicables aux sommes ainsi déterminées, à partir du 1^{er} septembre 1968 jusqu'à la signature du jugement sur dépôt d'une requête, comme prévu ci-dessous. Les intérêts sur la somme accordée par le jugement courront automatiquement à partir de cette date. Voir l'article 40 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Une requête peut être présentée pour qu'un jugement soit prononcé, en vertu du sous-alinéa b) de l'alinéa (2) de la Règle 337 des Règles de la Cour fédérale. Si les parties ne peuvent se mettre d'accord sur les montants qui devraient figurer au jugement, compte tenu des indications précédentes, le jugement devra contenir une disposition en vue d'un renvoi, dont les termes seront à discuter. J'entendrai également les parties sur le problème des dépens au moment de la demande de jugement.

Avant de clore cette affaire, je dirai quelques mots sur la confusion qui s'est manifestée au cours du procès au sujet de la numérotation et de l'enregistrement des pièces, aspect du procès que j'avais jusqu'à présent estimé pouvoir laisser au greffier de la Cour et aux avocats.

En plus des pièces ordinaires soumises par l'une ou l'autre des parties ou par les deux et acceptées par la Cour au procès, il y a dans cette affaire des documents

a) qui ont été soumis et acceptés pendant que les preuves étaient rassemblées à l'étranger, d'un commun accord, comme si elles avaient été recueillies en commission rogatoire autorisée par la Cour,

b) qui ont été soumis et acceptés pendant qu'on recueillait des «dépositions» dans un litige soulevé aux États-Unis, lesquelles ont été, d'un commun accord, produites comme pièces dans la présente action et,

c) qui ont été estampillés comme pièces au cours de l'examen préalable et qui ont été présentés par l'une ou l'autre des parties comme un élément de leur thèse au cours de la présente instance.

An attempt has been made to have all such exhibits marked as though they had been tendered and accepted as exhibits at the trial of this action. The result is, I am afraid, that the record is not accurate. For this, I must take my share of the responsibility for not recognizing that counsel were assuming to themselves a control of the admission of exhibits in evidence, and of marking the exhibits, which, in this Court at least, is a function of the Court.

In this Court cases are decided on the proof made at trial. Documents that get on the Court file in some way other than by being accepted by the Court during trial cannot be considered. It is, therefore, most important that the record kept by the Court Registrar accurately reflect the proof made or accepted at the trial and this is accomplished, as far as documents tendered at trial are concerned, once the Court has assigned an exhibit number to each such document, or group of documents, after it has been accepted, by the Court Registrar who

- (a) affixes an exhibit stamp to the document showing that the document has been accepted as an exhibit at the trial under such exhibit number, and
- (b) duly enters in the records of the trial the acceptance of such exhibit under the exhibit number.

Where, however, an exhibit is tendered and accepted during the taking of evidence on commission, the commissioner is required by the "Instructions and Directions" to assign his own exhibit number to such exhibit, and when he has finished taking such evidence, he is required to return the evidence so taken "together . . . with . . . exhibits produced" under his seal to the Court and the party who caused such evidence to be taken should, at an appropriate time during the trial, move the Court to make that evidence a part of his case at the trial, which fact would then be duly recorded in the record of the trial. Any such exhibit would then be known as "Exhibit ____ to the evidence taken on commission at . . ." etc. Once an exhibit is tendered as evidence to a commissioner in such a case, the custody of the document must remain in the commissioner until he

On a tenté de faire estampiller toutes ces pièces comme si elles avaient été soumises et acceptées comme pièces à l'instance. Il en résulte, je crois, que le dossier n'est pas exact. Pour cette raison, je dois prendre ma part de responsabilité pour ne m'être pas aperçu que les avocats se sont attribués le contrôle de la recevabilité comme preuve des pièces et de l'estampillage des pièces, ce qui, dans cette cour au moins, est une fonction de la Cour.

Dans cette cour, les affaires sont jugées sur la preuve apportée à l'instance. La Cour ne peut tenir compte des documents qui d'une manière ou d'une autre arrivent dans les dossiers de la Cour sans avoir été acceptés par elle à l'instance. Il est par conséquent de la plus grande importance que le dossier tenu par le greffier de la Cour reflète exactement la preuve apportée ou acceptée à l'instance et cela est réalisé, pour ce qui est des documents soumis à l'instance, dès que la Cour a attribué un numéro de pièce à chacun de ces documents ou ensembles de documents, après qu'il ait été accepté, par le greffier qui

- a) appose un tampon sur le document pour indiquer qu'il a été accepté comme pièce à l'instance sous le numéro de pièce en question, et
- b) enregistre en bonne et due forme dans les dossiers du procès l'acceptation de cette pièce sous son numéro de pièce.

Cependant, lorsqu'une pièce est soumise et acceptée pendant qu'on recueille des preuves en commission rogatoire, le commissaire est requis par les «instructions et directives» d'affecter son propre numéro de pièce à cette pièce, et, lorsqu'il a achevé de rassembler ces preuves, il est tenu de les retourner à la Cour, sous son propre sceau, «avec . . . les pièces produites» et la partie pour qui cette preuve a été recueillie doit, en temps opportun au cours de l'instruction, demander à la Cour d'intégrer cette preuve dans le dossier qu'elle doit présenter à l'instance, ce qui sera dûment enregistré dans le dossier du procès. Toute pièce de cette nature sera alors identifiée comme «pièce__à l'appui de la preuve recueillie en commission rogatoire à . . .» etc. Lorsqu'une pièce est ainsi soumise en preuve à un commissaire, le document doit rester en dépôt entre les mains de ce dernier

makes a return of the evidence together with the exhibits under his seal to the Court. In this case, an attempt has been made to have the commissioner assign exhibit numbers on behalf of the Court as though the exhibits were put in at trial and the commissioner has not retained the exhibits, with unfortunate results.

As far as the exhibits to the United States depositions and the documents marked on the examinations for discovery are concerned, they did not, of course, become part of the evidence in this case until they were tendered and accepted at trial and were then assigned exhibit numbers by the Court in the ordinary way.

¹ It is common ground that, no foreign law having been proved, the applicable law is to be taken to be the same as the Canadian law. Compare *The Glengoil Steamship Company v. Pilkington*, (1897) 28 S.C.R. 146, per Taschereau J., delivering the judgment of the Supreme Court of Canada, at page 160.

² I use the phrase "not seaworthy" here, in the sense spelled out in Article III(1)(c) of the Hague Rules, as meaning that the part of the ship where the catalyst was stowed was not "fit and safe" for the preservation of the catalyst.

jusqu'à ce qu'il renvoie la preuve à la Cour avec les pièces sous son propre sceau. Dans la présente espèce, on a essayé d'obtenir du commissaire qu'il affecte des numéros de pièces au nom de la Cour comme si les pièces avaient été présentées à l'instance et le commissaire n'a pas conservé les pièces, ce qui a entraîné des résultats malheureux.

Pour ce qui est des pièces afférentes aux dépositions recueillies aux États-Unis et des documents estampillés au cours des examens préalables, ils n'ont pas, bien sûr, fait partie de la preuve dans la présente affaire avant d'avoir été soumis et acceptés à l'instance et d'avoir alors reçu des numéros de pièces de la Cour suivant la procédure ordinaire.

¹ Il n'est pas contesté qu'aucune loi étrangère n'ayant été reconnue, la loi applicable doit être réputée la même que la loi canadienne. Comparer avec le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *The Glengoil Steamship Company c. Pilkington*, (1897) 28 R.C.S. 146, page 160, rendu par le juge Taschereau.

² J'utilise ici l'expression «en mauvais état de navigabilité», au sens de l'Article III(1)(c) des Règles de La Haye, ce qui signifie que la partie du navire où le catalyseur était entreposé n'était pas «appropriée et en bon état» pour la conservation du catalyseur.

Denison Mines Limited (Appellant)

v.

Minister of National Revenue (Respondent)

Trial Division, Cattanach J.—Toronto, April 26; Ottawa, September 20, 1971.

Income Tax—Business income, computation of—Capital cost allowances—Uranium mine—Passage-ways through ore body, cost of constructing—Passage-ways an enduring asset—Whether cost current or capital expenditure—Income Tax Act, s. 11(1)(c); Income Tax Regulations 1100(1)(a)(xii), Sch. B, class 12.

Income Tax—Corporations—Mining company—Subsidiary formed to provide housing for miners—Losses of subsidiary reimbursed by parent—Whether deductible by parent—Whether subsidiary agent of parent.

Appellant, which had acquired a valuable uranium deposit at Elliot Lake, Ontario, contracted to supply large quantities of uranium oxide to a Crown corporation and under the contract was required to get into production in a very short time. In order to extract the ore, appellant drove passage-ways through the underground ore body itself rather than the surrounding waste rock, and mining was extended from these passage-ways to adjoining areas. The passage-ways were used for ventilation, as a means of access, and for transportation of ore, and it was intended that they would continue in use for the life of the mine, which was estimated to be 90 years. The value of the ore extracted from the passage-ways exceeded their cost of construction. In 1958, 1959, 1960 and 1961 appellant expended more than \$21,000,000 in constructing and extending the passage-ways through the ore bodies. Under s. 83(5) of the *Income Tax Act*, appellant was exempt from income tax on its mining profits in 1958, 1959 and 1960. In 1961, when it first became taxable, appellant claimed capital cost allowances on the cost of the passage-ways under *Income Tax Regulation 1100(1)(a)(xii)* and Schedule B, class 12. The Minister disallowed the deduction.

To avoid violating conditions in a trust deed, appellant caused the incorporation of a subsidiary to provide housing for appellant's employees. In 1961, appellant reimbursed the subsidiary for a loss of more than \$300,000 in the subsidiary's operations and sought to deduct that amount on the footing that the loss was sustained by the subsidiary as agent for appellant. The Minister disallowed the deduction.

Held, both deductions were properly disallowed.

1. While the passage-ways were assets for the enduring benefit of appellant's trade they were constructed to meet appellant's immediate need for ore and the expenditures thereon were therefore current operating expenses of appellant's business and not capital expenditures. *British Insulat-*

Denison Mines Limited (Appelante)

c.

Le ministre du Revenu national (Intimé)

Division de première instance; le juge Cattanach—Toronto, le 26 avril; Ottawa, le 20 septembre 1971.

Impôt sur le revenu—Calcul du revenu d'entreprise—Allocations du coût en capital—Mine d'uranium—Coût de construction des galeries dans le gisement—Les galeries constituent un bien durable—S'agit-il de dépenses courantes ou de dépenses de capital—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 11(1)(c); Règlement 1100(1)(a)(xii), annexe B, catégorie 12 de l'impôt sur le revenu.

Impôt sur le revenu—Corporations—Compagnie minière—Filiale créée dans le but de fournir des logements aux mineurs—Pertes de la filiale remboursées par la compagnie-mère—Sont-elles déductibles pour la compagnie-mère?—La filiale est-elle mandataire de la compagnie-mère?

L'appelante, qui avait acquis un gisement d'uranium de grande valeur à Elliot Lake (Ontario), s'est engagée à fournir de grandes quantités d'oxyde d'uranium à une société de la Couronne et, en vertu du contrat, devait commencer à produire dans un très bref délai. Pour extraire le minerai, l'appelante a construit des galeries dans le gisement souterrain lui-même plutôt que dans le roc environnant et, de ces galeries, elle procédait à l'extraction du minerai avoisinant. Les galeries servaient à la ventilation, à la circulation du personnel et au transport du minerai; on prévoyait de continuer à les utiliser pendant toute la durée de la mine que l'on estimait à 90 ans. La valeur du minerai extrait des galeries excédait leur coût de construction. En 1958, 1959, 1960 et 1961, l'appelante a consacré plus de \$21,000,000 à la construction et au prolongement des galeries dans le gisement. En vertu de l'art. 83(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'appelante était exempte d'impôt sur les bénéfices provenant de son exploitation pour les années 1958, 1959 et 1960. En 1961, l'appelante était imposable pour la première fois; elle a demandé des allocations du coût en capital sur le coût de construction des galeries en vertu du Règlement 1100(1)(a)(xii), annexe B, catégorie 12 de l'impôt sur le revenu. Le Ministre a refusé la déduction.

Pour éviter de ne pas se conformer aux conditions d'un acte de fiducie, l'appelante a fait constituer en corporation une filiale dans le but de fournir des logements à ses employés. En 1961, l'appelante a remboursé à sa filiale une perte de plus de \$300,000 subie dans le cadre des opérations de cette dernière et a demandé une déduction de ce montant en invoquant que la filiale a subi cette perte en qualité de mandataire de l'appelante. Le Ministre a refusé la déduction.

Arrêt: Le Ministre a refusé à bon droit les deux déductions.

1. Bien que les galeries constituent des biens durables au bénéfice de l'entreprise de l'appelante, ils ont été construits pour répondre au besoin immédiat de l'appelante d'obtenir du minerai et les dépenses engagées à cette fin étaient donc des dépenses courantes d'exploitation de l'entreprise de

ed and Helsby Cables Ltd. v. Atherton [1926] A.C. 205; *Canada Starch Co. v. M.N.R.* [1969] 1 Ex.C.R. 96, applied.

2. The evidence did not lead to an irrebuttable conclusion that the subsidiary company was acting as agent of appellant. *Smith Stone and Knight Ltd. v. Birmingham Corp.* [1939] 4 All E.R. 116, considered.

APPEAL from income tax assessment for 1961.

J. J. Robinette, Q.C., R. Robertson, Q.C. and D.S. Ewens for appellant.

D. G. H. Bowman and M. J. Bonner for respondent.

CATTANACH J.—This is an appeal from the appellant's income tax assessment for its 1961 taxation year.

The basic facts are not in dispute and are as follows.

On March 24, 1960, Can-Met Explorations Limited, a company incorporated pursuant to the laws of the Province of Ontario and Consolidated Denison Mines Limited, also a company incorporated pursuant to the laws of the Province of Ontario, were amalgamated by letters patent issued under the laws of the Province of Ontario to continue these two companies as one company under the name of Denison Mines Limited, the appellant herein.

The principal business of the appellant is exploring for and mining minerals.

In the middle of this century the demand for uranium became pressing.

Early in the 1840's a schooner captain, in the course of his travels on the north shores of Lake Superior and Lake Huron gathered mineral samples, one of which was identified as pitchblende. A century later, when uranium was in great demand the memory of the captain's find led to intensified attempts to discover the "lost" deposit which was believed to be near the north shore of Lake Superior, some seventy miles west of Sault Ste. Marie, Ontario. It was not until 1953 that the great discovery was made in the Blind River-Lake Elliot region

l'appelante et non des dépenses de capital. Arrêts suivis: *British Insulated and Helsby Cables Ltd. c. Atherton*, [1926] A.C. 205; *Canada Starch Co. c. M.R.N.*, [1969] 1 R.C.É. 96.

2. La preuve ne permettait pas de conclure de façon absolue que la filiale agissait comme mandataire de l'appelante. Arrêt examiné: *Smith Stone and Knight Ltd. c. Birmingham Corp.*, [1939] 4 All E.R. 116.

APPEL d'une cotisation d'impôt sur le revenu de 1961.

J. J. Robinette, c.r., R. Robertson, c.r. et D. S. Ewens pour l'appelante.

D. G. H. Bowman et M. J. Bonner pour l'intimé.

LE JUGE CATTANACH—Il s'agit d'un appel de la cotisation d'impôt sur le revenu de l'appelante pour son année d'imposition 1961.

Les faits fondamentaux ne sont pas contestés; les voici.

Le 24 mars 1960, Can-Met Explorations Limited, compagnie constituée en vertu des lois de la province d'Ontario, et Consolidated Denison Mines Limited, compagnie également constituée en vertu des lois de la province d'Ontario, ont fusionné en vertu de lettres patentes établies selon les lois de la province d'Ontario dans le but de poursuivre les activités de ces deux compagnies sous un seul nom corporatif Denison Mines Limited, l'appelante aux présentes.

L'appelante a pour activité principale la prospection et l'exploitation minières.

Au milieu du siècle, la demande d'uranium devint pressante.

Au début des années 1840, un capitaine de goélette avait recueilli, au cours de ses voyages sur la rive nord du lac Supérieur et du lac Huron, des échantillons de minerai dont un a été identifié comme étant de la pechblende. Un siècle plus tard, lorsque la demande d'uranium devint très importante, le souvenir de la découverte du capitaine incita à multiplier les recherches pour découvrir le gisement «perdu» que l'on croyait situé près de la rive nord du lac Supérieur, à quelque 70 milles à l'ouest de Sault Ste-Marie (Ontario). Ce n'est qu'en 1953 que

which led to the development of the largest uranium field known in the world.

Early in 1954 the appellant (then known as Consolidated Denison Mines Limited) acquired property in the region on the west side of Quirke Lake (and below the surface of the lake) about 11 miles north of the present town of Elliot Lake. In 1954 a drill hole intersected a low grade uranium-bearing quartz-pebble conglomerate bed at a depth of 2,550 feet. A second hole was then drilled two miles to the east which, at a depth of 1,700 feet, produced results that were astounding. A conglomerate bed about 16 feet thick was found which showed an average grade of 2.43 pounds uranium oxide per ton of ore. An intensive programme of surface drilling was begun, a further 28 holes on a grid pattern were drilled which outlined the appellant's orebody, the largest known deposit in the world to this date.

The appellant obtained a contract to supply some twenty million pounds of uranium oxide to a Crown corporation, the only permitted purchaser, with fixed amounts to be delivered at specified times. The appellant, by the terms of its contract, had 18 months to get into production, a very short time to do so and to mine and exploit an orebody of this size. Therefore there was great urgency in this contract.

Originally there were approximately 12 mining companies with mining properties in the region all of which had contracts to supply uranium oxide to the Crown corporation. Most of the companies, which were financed by the sale of bonds, were faced with difficulties in paying the bond holders, due to high operating costs, so that a number of contracts which these companies held were taken over by more successful companies.

This is what happened between the appellant and Can-Met Explorations Limited, hereinafter referred to as Can-Met. Can-Met had a property

l'on fit, dans la région de Blind River-Elliot Lake, la grande découverte qui marqua le début de l'exploitation du plus grand gisement d'uranium au monde.

Au début de 1954, l'appelante (alors connue sous le nom de Consolidated Denison Mines Limited) se portait acquéreur d'un terrain dans la région située sur la rive ouest du lac Quirke (et au-dessous du niveau du lac) à environ 11 milles au nord de la ville actuelle d'Elliot Lake. En 1954 un trou de forage a rencontré à une profondeur de 2,550 pieds un gisement aggloméré de cailloux de quartz à faible teneur d'uranium. Un deuxième trou a alors été foré deux milles plus à l'est, à une profondeur de 1,700 pieds; les résultats en ont été étonnants. Il a révélé un gisement aggloméré d'environ 16 pieds d'épaisseur d'une teneur moyenne de 2.43 livres d'oxyde d'uranium par tonne de minerai. On a entrepris un programme intensif de forage en surface; on a foré un réseau de 28 autres trous qui a tracé la configuration du gisement de l'appelante, le plus grand jamais connu au monde.

L'appelante obtint un contrat d'approvisionnement de quelque vingt millions de livres d'oxyde d'uranium d'une corporation de la Couronne, seule acquéreur autorisée, portant sur des quantités fixes à livrer à des dates déterminées. Aux termes du contrat, l'appelante avait 18 mois pour commencer à produire, c'est-à-dire un délai très court pour ce faire, et pour explorer et exploiter un gisement de cette dimension. Ce contrat revêtait donc un caractère de grande urgence.

A l'origine, 12 compagnies minières environ possédaient des propriétés minières dans la région; chacune d'elles avait des contrats d'approvisionnement d'oxyde d'uranium à la corporation de la Couronne. Financées par la vente d'obligations, la plupart de ces compagnies éprouvaient des difficultés, à cause des frais élevés d'exploitation, à payer les obligataires de sorte qu'un certain nombre de contrats qu'elles avaient conclus, ont été repris par des compagnies plus heureuses.

C'est ce qui s'est produit entre l'appelante et la Can-Met Explorations Limited, ci-après nommée la Can-Met. Cette dernière possédait

adjoining that of the appellant at the eastern boundary. The supply of uranium oxide called for by the contract which Can-Met had entered into could be readily fulfilled from the resources of the appellant and the appellant assumed that responsibility. This led to the amalgamation of these companies in 1960.

The appellant went into production on January 1, 1958 and Can-Met went into production on June 1, 1958, but no ore has been produced from the Can-Met property since March 31, 1960. Because the appellant went into production on January 1, 1958 it is, by virtue of s. 83(5) of the *Income Tax Act*, exempted from including in its income the income derived from the operation of its mine during the period of thirty-six months beginning with the day on which the mine came into production, i.e. January 1, 1958, the date determined by the Minister for the purposes of s. 83. The appellant is, therefore, exempt for the years 1958, 1959 and 1960. The appellant's 1961 taxation year, being the taxation year now under review, is the first year that the appellant is subject to income tax on its income derived from the operation of the mine. Can-Met was also exempt during its period of production, that is until March 31, 1960, when it became amalgamated to form the appellant and there has been no production from the Can-Met property since that date.

Mr. Joseph Kostuik, a mining engineer with wide experience in mining generally and in the more recent years of his career with "trackless" mining in particular, became president of the appellant in July 1955. He was responsible for the mining plan of the appellant from the outset (including that of Can-Met).

The appellant's mine has a surface area of about 4,700 acres.

The main ore zone consists of two uranium-bearing conglomerate beds, designated as Reef A and Reef B dipping from north to south at an average angle of 19 degrees. The upper end of the main ore zone is 550 feet below the surface and deepens 3,000 feet at the southern boundary.

un terrain adjacent à la limite est de celui de l'appelante. Les ressources de l'appelante pouvaient facilement suffire à la demande d'oxyde d'uranium exigée dans le contrat signé par la Can-Met; l'appelante a assumé cette obligation. Ceci fut à l'origine de la fusion de ces deux compagnies en 1960.

L'appelante a commencé à produire le 1^{er} janvier 1958 et la Can-Met, le 1^{er} juin 1958 mais, depuis le 31 mars 1960, la propriété de la Can-Met n'a produit aucun minerai. Étant donné que l'appelante a commencé à produire le 1^{er} janvier 1958 elle n'est pas tenue, en vertu de l'art. 83(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, d'inclure dans son revenu le revenu provenant de l'exploitation de sa mine au cours de la période de trente-six mois commençant le jour où la mine est entrée en production, c'est-à-dire le 1^{er} janvier 1958, date fixée par le Ministre aux fins de l'art. 83. L'appelante bénéficie donc d'une exemption pour les années 1958, 1959 et 1960. L'année d'imposition 1961 de l'appelante qui fait l'objet des présentes est la première année où l'appelante est assujettie à l'impôt sur le revenu provenant de l'exploitation de la mine. La Can-Met a également été exemptée au cours de sa période de production, soit jusqu'au 31 mars 1960 date à laquelle elle a fusionné pour constituer la compagnie appelante; depuis lors, la propriété Can-Met n'a plus rien produit.

M. Joseph Kostuik, ingénieur minier de grande expérience dans l'exploitation minière en général et depuis quelques années en particulier dans l'exploitation minière par «système pneumatique» est devenu président de l'appelante en juillet 1955. Dès le début il a été chargé du plan d'exploitation de l'appelante (y compris celui de la Can-Met).

En surface, la mine de l'appelante représente une superficie d'environ 4,700 acres.

La zone principale de minéralisation compte deux gisements agglomérés à teneur d'uranium répondant aux désignations filon A et filon B; ils sont inclinés du nord vers le sud selon un angle moyen de 19 degrés. L'extrémité supérieure de la zone principale de minéralisation se trouve à environ 550 pieds de la surface du sol et s'enfonce jusqu'à 3,000 pieds à l'extrémité sud.

The ore zone is reached by two main vertical shafts about one-half mile apart. The first shaft gives access to the orebody at 1600 feet and the second shaft, further down-dip, intersects the main ore zone at 2,454 feet. Originally the ore was hoisted to the surface at the first shaft but now the second shaft is used exclusively for that purpose. The first shaft continues to perform the very vital function of supplying ventilation to the underground workings and, if I recall the evidence correctly, also serves as an access to transport personnel below. There are two other shafts on what was formerly Can-Met property which have been connected to the underground system to provide ventilation.

Main roadways and conveyor ways radiate out from the shafts to form the framework of the mine plan. From these main arteries other passages extend into the active mining areas.

The ore is mined from the A and B reefs above which are three other reefs designated as D, E and F, which have not been touched, separated from A and B and each other by layers of quartzite. To date the A and B reefs have been partially mined. In relation to the entire orebody about 10% has been extracted from the A and B reefs.

The ore in the A and B reefs is being mined by the room and pillar method. Basically the room and pillar method is the driving of a passage into orebody from which mining is then extended into rectangular rooms spaced regularly in the inclined orebody. Pillars separate the rooms. The mining plan called for the passage-ways to be 350 feet ahead of the rooms but that was not always possible. As mining advanced each room attains the approximate size of 65 feet wide, 250 feet long and 16 feet high inclined 19 degrees. The pillars are 20 feet wide and extend the entire length of the room. The ore is drilled and blasted, then removed from the room through a small opening into the passage. It is mechanically scraped from the rooms by "slushers". The efficient operating distance of these devices is 250 feet which dictates the length of the room and being assisted by gravity an incline is required. Because of this the ore can only be removed from the room in one direction into the passage-way. The height of

On atteint la zone de minéralisation par deux puits verticaux distants d'environ un demi-mille l'un de l'autre. Le premier puits donne accès au gisement à environ 1,600 pieds de profondeur et le second, plus profond, rencontre la zone principale de minéralisation à 2,454 pieds. Au début le minerai était remonté à la surface au premier puits mais maintenant c'est le second qui sert exclusivement à cette fin. Le premier puits poursuit son rôle vital de fournir la ventilation aux souterrains et, si je me souviens bien des témoignages, il sert également à la cordée du personnel. Il y a deux autres puits sur ce qui était auparavant la propriété de la Can-Met que l'on a reliés au réseau souterrain pour l'aération.

Les voies principales et les galeries des convoyeurs partent des puits pour constituer le cadre du projet minier. D'autres voies de passage reliaient ces artères principales aux points d'activité de la mine.

Le minerai est extrait des filons A et B au-dessus desquels se trouvent trois autres filons nommés D, E et F qui ne sont pas encore exploités; des couches de quartzite les séparent d'une part de A et B et d'autre part entre eux. A date, les filons A et B sont en partie exploités. Sur l'ensemble du gisement environ 10% a été extrait des filons A et B.

Le minerai des filons A et B est extrait suivant la méthode par chambres et piliers. L'essentiel de cette méthode consiste à creuser dans le gisement une galerie d'où commence l'extraction pour s'étendre dans des chambres de forme rectangulaire espacées régulièrement dans le gisement incliné. Des piliers séparent les chambres. Le plan d'exploitation prévoyait des galeries de 350 pieds en avant des chambres mais ce n'était pas toujours possible. Au fur et à mesure de l'extraction chaque chambre atteint la dimension approximative de 65 pieds de large, 250 pieds de long et 16 pieds de haut, avec une pente de 19 degrés. Les piliers ont 20 pieds de large et couvrent toute la longueur de la salle. On fore le minerai et on l'abat à la dynamite puis on l'enlève en le faisant passer dans la galerie par une petite ouverture. Les chambres sont grattées mécaniquement par des «racleurs». Ces appareils peuvent agir de façon efficace sur une distance de 250 pieds limitant ainsi la longueur de la chambre; se servant de la

the room is dictated by the width of the ore-body and by the height of the machinery which is 15 feet. The passage-ways are 300 feet apart and this is because of the length of the rooms.

When the broken ore is scraped from the rooms it is then loaded into large rubber-tired 20 ton trucks and hauled to a belt conveyor. There it is dropped on a steel grid to separate over-sized boulders which are further broken. The conveyor carries the broken ore to an underground crusher installed in 1969. Formerly the broken ore was carried to shaft No. 1 and hoisted to the surface where it was crushed. Now the ore is hoisted by No. 2 shaft but No. 1 shaft may still be utilized. The crushed ore is then subjected to further treatment to achieve the final product which is uranium concentrate. As I have mentioned before about 2½ to 3 pounds of uranium oxide are obtained from a ton of ore.

No haulage underground is done by rail which undoubtedly accounts for the term "trackless mining".

At the present time in the area which has been developed 65% of the ore has been removed with 35% remaining in the pillars and in some other small areas. This is according to the plan. It is intended, when circumstances require, to drive the passage-ways to the extremities of the properties in the A and B reefs. When market conditions make it practicable and when the A and B reefs have been gone over the second time, which means that 50% of the pillars is removed, then at that future time the D, E and F reefs will be mined simultaneously. The broken ore from these reefs will be dropped into the passage-ways created in mining the A and B reefs and the conveyor ways and other facilities now existing will be utilized for the removal of the ore from the D, E and F reefs, as well as 50% of the pillars in A and B, to the surface. The quality of the ore in the three upper reefs is generally inferior to that

gravité, il faut une certaine pente. Compte tenu de cette situation, le minerai ne peut être enlevé de la chambre que dans une direction. La hauteur de la salle est fonction de l'épaisseur de la couche de minerai et de la hauteur des machines qui est de 15 pieds. A cause de la longueur des chambres, les galeries sont distantes de 300 pieds l'une de l'autre.

Après avoir été gratté et enlevé des chambres, le minerai concassé est chargé dans de grosses berlines de 20 tonnes sur pneus qui le roulent jusqu'à un convoyeur à bande. Là, il passe sur un crible d'acier qui retient les blocs trop gros qui sont à nouveau cassés. Le convoyeur transporte le minerai concassé jusqu'à un broyeur souterrain installé en 1969. Auparavant le minerai concassé était transporté au puits n° 1 et de là remonté à la surface où il était broyé. Maintenant le minerai est remonté par les puits n° 2 mais le puits n° 1 peut encore servir à cette fin. Le minerai broyé est alors soumis à un autre traitement pour obtenir le produit final soit du concentré d'uranium. Comme je l'ai déjà mentionné, on tire d'une tonne de minerai environ 2½ à 3 livres d'oxyde d'uranium.

Aucun roulage souterrain ne se fait sur rail, ce qui sans aucun doute explique l'expression «système pneumatique».

Actuellement, à l'endroit qui a été exploité, 65% du minerai a été extrait et le reste, soit 35%, se trouve dans les piliers et dans quelques autres zones réduites. Ceci est conforme au projet. Il est prévu, lorsque les circonstances l'exigeront, de creuser des galeries jusqu'aux extrémités de la propriété dans les filons A et B. Lorsque les conditions du marché le permettront et lorsqu'on aura rabattu les filons A et B, ce qui signifie le dépilage à 50%, les filons D, E et F seront alors exploités simultanément. Le minerai concassé extrait de ces filons sera jeté dans les galeries creusées lors de l'exploitation des filons A et B et les galeries des convoyeurs et autres installations actuelles seront utilisées pour l'extraction du minerai des filons D, E et F ainsi que des 50% des piliers des filons A et B. La qualité du minerai des trois filons supérieurs est dans l'ensemble moindre que celle des filons A et B mais il s'y trouve quelques poches de très haute qualité.

in A and B but there are some very high-grade pockets.

The D, E, and F zones do not cover as wide an area as the A and B zones. They are narrower and not as long, but they are continuous and unbroken. The positions of the ways created through the A and B zones will determine where the rooms will be in the D, E and F zones when they are mined. It is a matter of obvious common sense for the purpose of mining D, E and F zones to use the passage-ways in A and B zones rather than duplicate or create new passage-ways in the upper zones. It was always Mr. Kostuik's intention that the passage-ways in the lower zones would be used to mine the upper zones.

Mr. Kostuik estimated the present ore reserves to be 245 million tons of which 80% can be extracted leaving a net reserve of 196 million tons which will produce 375 million pounds of uranium oxide. At the present rate of production this would result in a 90 year life expectancy of the mine. However this may vary depending upon the markets for uranium oxide.

Despite the fact that only 10% of the ore has been extracted a veritable labyrinth of rooms and passage-ways has been created during the years 1957 to 1960, the extent of which can be appreciated by a reference to three plans introduced in evidence as exhibits to the affidavit of a mining engineer called as an expert witness.

The rooms and passage-ways, where the men are not required to go, have been flooded deliberately and sealed off because of the radioactive nature of the ore, but all can be readily drained and reopened when the need arises to extract the pillars.

The most significant thing to note is that the passage-ways were driven through the orebody and not in the waste rock beneath. The general tenor of the evidence of the mining engineers who were called as expert witnesses was that Mr. Kostuik in devising the mining plan to extract the ore from the appellant's properties by use of trackless mining, and the room and pillar method with all underground workings exclusively in the orebody was an innovation in a uranium mine with a great but calculated risk attached. The plan proved successful and with

Les zones D, E et F ne sont pas aussi étendues que les zones A et B. Elles sont plus étroites et plus courtes, mais elles sont continues et ininterrompues. L'emplacement des galeries creusées dans les zones A et B déterminera l'endroit où les chambres des zones D, E et F se trouveront lorsqu'on les exploitera. C'est une question de bon sens que d'utiliser les galeries des zones A et B pour exploiter les zones D, E et F au lieu de doubler ou de créer de nouvelles galeries dans les zones supérieures. M. Kostuik a toujours eu l'intention d'utiliser les galeries des zones inférieures pour exploiter les zones supérieures.

M. Kostuik a évalué les réserves actuelles de minerai à 245 millions de tonnes dont 80% peuvent être extraites soit une réserve nette de 196 millions de tonnes qui produiront 375 millions de livres d'oxyde d'uranium. Au rythme actuel de production, la vie de la mine serait de 90 ans. Cependant tout peut changer suivant la demande d'oxyde d'uranium.

Malgré que seulement 10% du minerai ait été extrait, on a creusé, de 1957 à 1960, un véritable labyrinthe de chambres et galeries; on peut se rendre compte de leur étendue en se reportant à trois plans apportés en preuve comme pièces jointes à l'affidavit d'un ingénieur minier cité en qualité d'expert.

Les chambres et les galeries que les hommes n'ont pas à emprunter ont été volontairement inondées et scellées à cause de la nature radioactive du minerai; mais il est facile de toutes les assécher et de les réouvrir si l'extraction des piliers devient nécessaire.

Le point le plus significatif à signaler est que les galeries ont été creusées dans le gisement et non en dessous dans le rocher. Selon la tendance générale des témoignages des ingénieurs miniers cités comme experts, la conception du plan de M. Kostuik, qui consiste à extraire le minerai des terrains de l'appelante en optant pour le système pneumatique et la méthode des chambres et piliers où tous les travaux souterrains s'exécutent dans le gisement lui-même, a innové dans le domaine de l'exploitation d'uranium; cela comportait des risques mais ils

the benefit of after-sight I fail to appreciate the risk involved because the plan to me seems eminently sensible and the logical one to have adopted. I believe the risk to have been anticipated had to do with the stability of the floor and the strength of the roof. The latter difficulty was overcome by the use of rock bolts.

It should also be borne in mind that there was an urgent need to get the mine into production as expeditiously as possible which was a factor in influencing Mr. Kostuik to adopt the plan he did. The ore extracted in creating the passage-ways went into production along with the ore mined from the rooms. There was no difference.

The value of the ore extracted from the passage-ways exceeded the cost of opening those passage-ways.

In the appellant's financial statements to its shareholders, prepared by its auditors, the value of the ore recovered from the passage-ways was credited to income from the product and the cost of opening the passage-ways was charged to income.

In par. 2 of its notice of appeal the appellant alleges that the cost of the construction and extension of these passage-ways incurred in the years 1958, 1959, 1960 and 1961 was \$21,320,096. (During the course of the trial this figure was revised to \$21,288,243).

For its 1961 taxation year the appellant sought to deduct the amount of \$9,229,794.33 of the foregoing amount in computing its income for that year as a capital cost allowance pursuant to s. 11(1)(a) of the *Income Tax Act* and par. (f) of class 12 of Schedule B to the *Income Tax Regulations*.

Section 11(1)(a) reads as follows:

11. (1) Notwithstanding paragraphs (a), (b) and (h) of subsection (1) of section 12, the following amounts may be deducted in computing the income of a taxpayer for a taxation year:

(a) such part of the capital cost to the taxpayer of property, or such amount in respect of the capital cost to the taxpayer of property, if any, as is allowed by regulation;

étaient bien calculés. Le plan s'est avéré un succès, et avec le recul, j'ai de la peine à juger du risque impliqué parce que le plan me semble être tout à fait sensé et celui qu'une personne raisonnable aurait adopté. Je pense que le danger que l'on redoutait avait rapport à la stabilité de la sole et la résistance du toit. On a remédié à cette dernière difficulté en recourant au boulonnage.

Il ne faut pas oublier aussi qu'il y avait un besoin urgent de commencer à produire aussi rapidement que possible, facteur qui a pesé sur l'adoption de ce plan par M. Kostuik. Le minerai extrait lors du creusage des galeries a été ajouté à la production au même titre que le minerai extrait des chambres. Il n'a pas fait l'objet de distinction.

La valeur du minerai extrait des galeries excède le coût de leur creusage.

Dans les états financiers de l'appelante soumis à ses actionnaires et dressés par ses vérificateurs, la valeur du minerai extrait des galeries a été créditée au poste revenu de production et le coût de creusage des galeries a été débité au revenu.

A l'alinéa 2 de son avis d'appel, l'appelante prétend que le coût de construction et de prolongement de ses galeries au cours des années 1958, 1959, 1960 et 1961 s'est élevé à \$21,320,096. (Au cours du procès ce chiffre a été réajusté à \$21,288,243).

Pour son année d'imposition 1961, l'appelante a demandé à déduire la somme de \$9,229,794.33 du calcul de son revenu pour cette année à titre d'allocation du coût en capital conformément à l'art. 11(1)(a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et à l'al. f) de la catégorie 12 de l'annexe B des *Règlements de l'impôt sur le revenu*.

L'article 11(1)(a) est ainsi rédigé:

11. (1) Par dérogation aux alinéas a), b) et h) du paragraphe (1) de l'article 12, les montants suivants peuvent être déduits dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition:

a) la partie de ce que coûtent en capital les biens au contribuable, ou la somme à l'égard de ce que coûtent en capital les biens au contribuable, s'il en est, qui est allouée par règlement;

Paragraph (f) of class 12 of Schedule B reads as follows:

Property not included in any other class that is

(f) a mine shaft, main haulage way or similar underground work designed for continuing use, or any extension thereof, sunk or constructed after the mine came into production,

By virtue of Regulation 1100(1)(a)(xii) there is allowed to a taxpayer, in computing its income from a business or property, deductions for each taxation year equal to such amounts as it may claim in respect of property of each of the classes in Schedule B not exceeding in respect of property of class 12 the rate of 100%.

The Minister disallowed this claim for deduction.

The appellant's contention is that the passage-ways were main haulage ways or similar underground works designed for continuing use, and extensions thereof sunk or constructed after the mine came into production within the meaning of par. (f) of class 12 of Schedule B and accordingly it is entitled to deduct up to 100% of the amount expended therefor in computing its income for 1961.

The costs of the mine shafts do not enter into the computation of the cost because they were sunk prior to 1958.

The appellant submitted that the expenditure is a capital outlay because the passage-ways were constructed for a continuing use, that is to say, for ventilation purposes, as a means of access and for the transportation of ore. It was submitted that being a capital expenditure the cost is deductible, that it was immaterial that the passage-ways were constructed or extended through the orebody and that the proceeds of the ore removed from the ways during the course of their construction should not be deducted from the gross cost of their construction (in which case the cost would be nil because the proceeds from the ore exceeded the cost of construction) but rather that the proceeds should be taken into product or revenue account for the purpose of determining the profit or loss on the mining operation.

L'alinéa f) de la catégorie 12 de l'annexe B se lit comme suit:

Les biens non compris dans aucune autre catégorie constitués par

f) un puits de mine, une voie principale de roulage ou d'autres travaux souterrains semblables destinés à un usage continu, ou tout prolongement des susdits, creusés ou construits après l'entrée en production de la mine,

En vertu du Règlement 1100(1)a)(xii) il est alloué au contribuable, dans le calcul de son revenu d'une entreprise ou de biens, des déductions pour chaque année d'imposition égales au montant qu'il peut réclamer à l'égard des biens de chacune des catégories de l'annexe B sans dépasser, à l'égard des biens de la catégorie 12, le taux de 100%.

Le Ministre a rejeté cette demande de déduction.

Selon la prétention de l'appelante, les galeries sont des voies principales de roulage ou d'autres travaux souterrains semblables destinés à un usage continu et des prolongements des susdits creusés ou construits après l'entrée en production de la mine au sens de l'al. f) de la catégorie 12 de l'annexe B et en conséquence elle a droit, dans le calcul de son revenu de 1961, à déduire 100% du montant dépensé à cette fin.

Le coût de construction des puits de mine n'entre pas dans le calcul des dépenses parce qu'ils ont été creusés avant 1958.

L'appelante a soutenu qu'il s'agit d'une dépense de capital parce que les galeries ont été construites pour un usage continu, c'est-à-dire pour la ventilation, comme voies de circulation et de transport du minerai. On a prétendu qu'étant une dépense de capital, le coût est déductible, qu'il importait peu que les galeries aient été construites ou prolongées dans le gisement et que la valeur du minerai extrait des galeries au cours de leur construction ne devrait pas être déduite du coût brut de leur construction (auquel cas le coût de construction serait nul car la valeur provenant du minerai excédait le coût de construction) mais plutôt que la valeur devrait apparaître au poste production ou revenu pour déterminer le bénéfice ou la perte de l'exploitation minière.

On the other hand the position of the Minister is that the costs of excavating the areas in question are not capital expenditures, but are current operating expenses laid out for the purpose of producing ore and revenue therefrom, in furtherance of the appellant's business and as such these costs are an integral part of the profit-making activity of the appellant. It was the further contention of the Minister that if the passage-ways should be found to be capital assets there was no capital cost because the proceeds of the ore extracted should be set off against the cost of construction and the proceeds exceeded that cost.

This then is the main issue between the parties.

In support of its contention the appellant called six expert witnesses. Three were mining engineers or consultants whose testimony was basically that, in their opinion, the appellant's underground network of passages were all main haulage ways or similar underground works designed for continuing use. Three were accountants who testified that in their opinion the costs of the underground passage-ways and similar works were capital expenditures and should be brought into the appellant's books as such and amortized over a period of years, but that the proceeds from the ore extracted from the passage-ways should be brought into account as revenue.

The Minister called an equal number of expert witnesses in each category. The mining engineers or consultants so called expressed the view that the construction of the underground passages was part and parcel of the appellant's activity of mining and the fact that the passage-ways resulted was incidental to that activity. If my recollection of the evidence is correct, it is my belief that these witnesses testified that all of the passage-ways could not be considered as main haulage ways or works similar thereto. The accountant witnesses called by the Minister expressed the view that the cost of constructing the passage-ways should not be brought into capital account but should be set off as operating expenses against the proceeds of the ore extracted from the passage-ways, which should be brought into revenue account to obtain the profit to the appellant.

D'autre part, le Ministre estime que les coûts de creusage des zones en cause ne sont pas des dépenses de capital mais des dépenses d'exploitation courantes effectuées dans le but de produire du minerai et d'en retirer un revenu, contribuer à la bonne marche de l'entreprise de l'appelante et, comme tels, ces coûts font partie intégrante de l'activité lucrative de l'appelante. Le Ministre a en outre soutenu que si les galeries devaient être considérées comme des actifs immobilisés, il n'y avait pas de coût en capital parce que la valeur du minerai extrait devrait compenser le coût de construction et que la valeur a dépassé ce coût.

C'est donc le principal litige entre les parties.

A l'appui de sa prétention, l'appelante a cité six témoins experts. Trois d'entre eux étaient des ingénieurs miniers ou des ingénieurs conseils; à leur avis, le réseau souterrain de galeries de l'appelante constituait des voies principales de roulage ou d'autres travaux souterrains semblables destinés à un usage continu. Les trois autres étaient comptables et ont déclaré qu'à leur avis le coût des galeries souterraines et des travaux semblables constituait des dépenses de capital et devrait être porté comme tel dans la comptabilité de l'appelante et réparti sur un certain nombre d'années mais la valeur provenant du minerai extrait des galeries devrait être portée au compte revenu.

Le Ministre a cité un nombre égal de témoins experts de chaque catégorie. Les ingénieurs miniers ou ingénieurs conseils cités ont estimé que la construction des voies souterraines faisait partie intégrante de l'activité de l'appelante, l'exploitation minière, et le fait qu'elles forment des galeries était accessoire à cette activité. Si je me souviens bien des témoignages, ces témoins ont déclaré, me semble-t-il, que l'ensemble des galeries ne pouvait être considéré comme des voies principales de roulage ou autres travaux similaires. Les comptables cités comme témoins par le Ministre ont estimé que le coût de construction des galeries ne devrait pas être porté au compte capital mais devrait compenser, à titre de frais d'exploitation, la valeur du minerai extrait des galeries qui devrait être portée au compte revenu pour calculer les bénéfices de l'appelante.

In the pleadings there were three other subsidiary issues raised.

In par. 7 of the notice of appeal it is alleged that the appellant claimed as a deduction \$11,919 as place of business and paid up capital tax paid to the Province of Ontario. The Minister did not allow the deduction. In par. 4 of his reply the Minister admitted that the appellant claimed the deduction and that it was disallowed. In all other respects the allegations were denied.

No evidence was adduced by the appellant with respect to this claim for deduction, nor was there any argument before me on this point by either party. I therefore assume that this particular claim was abandoned by the appellant and if my assumption is incorrect I would dismiss this particular claim because no evidence was called with respect thereto and the appellant has failed to discharge the onus cast upon it.

In par. 6 of the notice of appeal the appellant alleges that an amount of \$227,772 was expended in 1956 and 1957, before the mine came into production for the construction and maintenance of temporary roads required to provide access to the mine site to enable a contractor to transport mining machinery and equipment. The point is that the appellant sought to claim the additional cost of the heavy load-bearing road over the cost of a normal road as a capital expenditure to be included in the cost of mining machinery and equipment within par. (k) of Schedule B deductible at the rate of 30%. The Minister reclassified the amount claimed as falling within par. (g) class 1 of Schedule B that is a road deductible at the rate of 4%.

During the trial counsel for the appellant abandoned this ground of appeal.

There, therefore, remains but one additional issue to the main issue mentioned above.

This issue concerns the cost of housing for employees.

The mine was located in the wilderness and in order to develop and operate the mine it was necessary to provide private housing for employees. The mining operations, both by

Dans les plaidoiries on a soulevé trois autres questions secondaires.

A l'alinéa 7 de l'avis d'appel, on prétend que l'appelante a demandé une déduction de \$11,919 comme dépenses de siège social et d'impôt sur le capital acquitté versé à la province d'Ontario. Le Ministre n'a pas accordé de déduction. A l'alinéa 4 de sa réponse, le Ministre a reconnu que l'appelante a demandé la déduction et qu'elle lui a été refusée. Pour le reste, il a nié les différentes prétentions.

L'appelante n'a apporté aucune preuve relative à cette demande de déduction et aucune des parties ne m'a présenté de plaidoyer à ce sujet. Je présume donc que l'appelante a abandonné cette demande particulière et si ma supposition est inexacte, je rejeterais cette demande parce qu'on ne l'a pas étayée de preuves et que l'appelante n'a pas réussi à se libérer de la charge de la preuve qui lui incombait.

A l'alinéa 6 de l'avis d'appel, l'appelante prétend qu'une somme de \$227,772 a été dépensée en 1956 et 1957, avant l'entrée en production de la mine, pour la construction et l'entretien de chemins temporaires nécessaires à l'accès de la mine et au transport par un entrepreneur des machines et de l'équipement minier. Le problème est que l'appelante a demandé que le coût supplémentaire requis par un chemin servant au transport de lourdes charges par rapport au coût d'un chemin ordinaire soit inclus, à titre de dépense de capital, dans le coût des machines et de l'équipement minier au sens de l'al. k) de l'annexe B et qu'il soit déduit au taux de 30%. Le Ministre a classé le montant réclamé à l'al. g) catégorie 1 de l'annexe B, c'est-à-dire un chemin déductible au taux de 4%.

Au cours du procès, le procureur de l'appelante a abandonné ce motif d'appel.

Il ne reste donc, outre le litige principal ci-dessus mentionné, qu'une seule autre question.

Il s'agit du coût de logement des employés.

La mine se trouvait dans une région inhabitée; pour aménager et exploiter la mine, il était nécessaire de fournir des logements particuliers aux employés. Les opérations minières, tant de

Consolidated Denison and Can-Met, were financed by borrowings from the public by way of bond issues secured by deeds of mortgage and trust. One deed of trust was between Consolidated Denison and Guaranty Trust Company of Canada as trustee dated October 1, 1955. The other deed of trust was between Can-Met and Guaranty Trust Company of Canada as trustee dated June 15, 1956. In the opinion of the legal advisers to Can-Met and Consolidated Denison conditions in the trust deeds precluded the companies from devoting any of the funds received by them to providing or financing housing for their employees. Accordingly Consolidated Denison and Can-Met caused a company to be incorporated under the name of Con-Ell Properties Limited (hereinafter referred to as Con-Ell) to obtain and provide housing for the employees of the companies and to undertake the administration of that housing. Guarantees were given to the Royal Bank by Consolidated Denison and Can-Met in favour of Central Mortgage and Housing Corporation to permit Con-Ell to acquire housing and dispose of the houses to the employees. Consolidated Denison and Can-Met each beneficially owned 50% of the issued and outstanding shares of Con-Ell. On the amalgamation of Consolidated Denison and Can-Met into the appellant, the appellant became the beneficial owner of all the outstanding shares in Con-Ell.

In computing its income for 1961 the appellant deducted an amount of \$546,964.09 as paid or incurred by the appellant in reimbursing Con-Ell for costs in providing housing for the appellant's employees. In assessing the appellant the Minister did not allow this deduction. During the trial counsel for the appellant conceded that he was able to establish only \$329,616, as the amount of the alleged loss of the appellant.

The position taken by the appellant is that Con-Ell acted as its agent in providing housing for its employees and that the losses of the agent are the losses of the principal and deductible in determining the appellant's income. Counsel for the appellant contended that in law there is no difference in the appellant selecting

la Consolidated Denison que de la Can-Met, étaient financées par des emprunts auprès du public réalisés par voie d'obligations garanties par actes d'hypothèque et de fiducie. Un acte de fiducie, daté du 1^{er} octobre 1955, liait la Consolidated Denison à la Guaranty Trust Company of Canada en qualité de fiduciaire. L'autre acte de fiducie, daté du 15 juin 1956, liait la Can-Met à la Guaranty Trust Company of Canada en qualité de fiduciaire. D'après les conseillers juridiques de la Can-Met et de la Consolidated Denison, les conditions des actes de fiducie empêchaient ces compagnies de consacrer les fonds qu'elles avaient reçus à fournir ou financer le logement de leurs employés. La Consolidated Denison et la Can-Met ont donc créé une compagnie sous le nom de Con-Ell Properties Limited (ci-après appelée la Con-Ell) pour procurer et fournir des logements aux employés des compagnies et en assurer l'administration. La Consolidated Denison et la Can-Met ont donné des garanties auprès de la banque Royale en faveur de la Société centrale d'hypothèques et de logement pour permettre à la Con-Ell d'acquérir des logements et de s'en départir en faveur des employés. La Consolidated Denison et la Can-Met détenaient chacune 50% des actions émises et en circulation de la Con-Ell. Lors de la fusion de la Consolidated Denison et de la Can-Met pour former l'appelante, celle-ci est devenue propriétaire de toutes les actions en circulation de la Con-Ell.

Dans le calcul de son revenu pour 1961, l'appelante a déduit un montant de \$546,964.09 comme payé ou dépensé pour rembourser la Con-Ell des dépenses qu'elle avait encourues pour procurer des logements aux employés de l'appelante. En établissant la cotisation de l'appelante, le Ministre a rejeté cette déduction. Le procureur de l'appelante a admis au cours du procès, ne pouvoir justifier que \$329,616 comme montant des pertes alléguées par l'appelante.

Selon la position adoptée par l'appelante, la Con-Ell agissait comme son mandataire en procurant des logements à ses employés et les pertes du mandataire sont les pertes du mandant donc déductibles du calcul de l'impôt de l'appelante. Le procureur de l'appelante a soutenu que le droit n'établit pas de différence

a corporate entity as its agent than if it had selected a natural person to act in that capacity.

The position of the Minister is that the losses incurred by Con-Ell are the losses of that company and not the losses of the appellant.

This constitutes the second issue between the parties.

I turn to the main issue, that is, whether the appellant is entitled to deduct capital cost allowance with respect to the expenditures incurred by it in constructing main haulage ways and similar underground works under par. (f) of class 12 of Schedule B to the Regulations.

It is essential to the appellant's case that the expenditures are outlays or payments on account of capital within the meaning of s. 12(1)(b) of the *Income Tax Act*. If they are outlays or expenses incurred for the purpose of gaining or producing income from the appellant's business then the expenditures would be deductible within s. 12(1)(a) in computing the appellant's profit from its business.

In order to fall within s. 11(1)(a) which permits of the deduction of such part of the capital costs to the taxpayer as is allowed by regulation, the expenditures must be capital expenditures. The purpose of s. 11(1)(a) is to permit the deduction of outlays of capital, if permitted and to the extent permitted by regulation, which would not otherwise be deductible.

Therefore the first question for determination is whether the expenditures are capital expenditures, as contended by the appellant, or current operating expenses laid out as an integral part of the profit-making activity of the appellant, as contended by the Minister.

On this view of the matter it is of secondary importance whether the labyrinth of underground passages resulting from the extraction of ore therefrom by the appellant are main haulage ways or similar underground works designed for continuing use within the meaning of par. (f) of class 12 of Schedule B to the Regulations. It has been disputed by the Minis-

entre le choix par l'appelante d'une entité corporative pour la représenter et le choix d'une personne.

Le Ministre estime que les pertes encourues par la Con-Ell sont celles de cette compagnie et non celles de l'appelante.

Ceci constitue le second point en litige entre les parties.

Passons au litige principal savoir, l'appelante a-t-elle le droit de déduire une allocation du coût en capital à l'égard des dépenses qu'elle a encourues pour la construction de voies principales de roulage et autres travaux souterrains semblables en vertu de l'al. f) de la catégorie 12 de l'annexe B des Règlements?

Il est essentiel pour l'appelante que ces dépenses soient des dépenses ou des paiements à compte de capital au sens de l'art. 12(1)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Si ce sont des sommes déboursées ou dépensées en vue de gagner ou de produire un revenu tiré de l'entreprise de l'appelante, les dépenses seraient alors déductibles au sens de l'art. 12(1)(a) du calcul des bénéfices de l'appelante tirés de son entreprise.

Pour entrer dans le cadre de l'art. 11(1)(a) qui autorise la déduction de cette partie du coût en capital au contribuable comme l'accorde le règlement, il doit s'agir de dépenses de capital. L'article 11(1)(a) a pour but de permettre la déduction de dépenses de capital, qui autrement ne seraient pas déductibles, si elles sont autorisées par règlement et dans la mesure où elles le sont.

La première question à trancher est donc de savoir s'il s'agit de dépenses de capital comme le prétend l'appelante ou, comme le soutient le Ministre, si ce sont des dépenses d'exploitation courantes effectuées comme partie intégrante de l'activité lucrative de l'appelante.

De ce point de vue, c'est une question d'importance secondaire que de savoir si le labyrinthe de voies souterraines résultant de l'extraction de minerai par l'appelante constitue des voies principales de roulage ou d'autres travaux souterrains semblables destinés à un usage continu au sens de l'al. f) de la catégorie 12 de l'annexe B des Règlements. Le Ministre a con-

ter that all of the underground passages so qualify and that the cost thereof is that alleged by the appellant because that cost includes a portion of current administrative and overhead expenses which the Minister contends is not properly included in that cost in the event that the cost should be found to be a capital cost.

As I see it, the primary question is whether the expenditures are capital expenditures.

I have no doubt that the underground passages, or a very substantial portion of them are assets for the enduring benefit of the trade within the meaning of those words used by Viscount Cave L.C. in *British Insulated and Helsby Cables Ltd. v. Atherton* [1926] A.C. 205, in the most notable and frequently cited declaration on this subject. He said at page 212:

... But when an expenditure is made, not only once and for all, but with a view to bringing into existence an asset or an advantage for the enduring benefit of a trade, I think that there is very good reason (in the absence of special circumstances leading to an opposite conclusion) for treating such an expenditure as properly attributable not to revenue but to capital.

These passage-ways on their completion became haulage ways for the transportation of ore from the rooms to conveyors, they provided necessary ventilation to the areas where mining was being carried on, and they provided a means of access by personnel. It is true that when work in a particular area was completed in the first phase of the mining operation the passage-ways were flooded or sealed off to prevent the hazard from the radio-active nature of the ore. However the evidence was conclusive that on the retreat from the outer boundaries for the removal of the ore in the pillars those passage-ways would be opened and utilized. Those that remain open will be similarly utilized.

While to date all mining has been done in the A and B zones, the passage-ways will be utilized when and if mining operations are conducted in the D, E and F zones. I entertain some doubt as to whether the plan of the passages in the A and B zones was dictated by a plan for this future mining of the D, E and F zones. It might well be that the plan for the mining of the

testé que toutes les voies souterraines soient ainsi qualifiées et que, si leur coût devait être considéré comme une dépense de capital, ce coût soit celui que l'appelante a présenté parce que ce coût inclut une partie des dépenses courantes d'administration et des frais généraux que le Ministre prétend y avoir été incluse à tort.

A mon sens, la question primordiale est de savoir si ce sont des dépenses de capital.

Je ne doute pas que les voies souterraines, ou leur majeure partie, soient des biens qui bénéficieraient de façon durable à l'entreprise au sens des mots du L.C. vicomte Cave dans l'arrêt *British Insulated and Helsby Cables Ltd. c. Atherton* [1926] A.C. 205, extraits de la déclaration la plus remarquable et la plus fréquemment citée sur ce point. Il déclarait à la page 212:

[TRADUCTION] ... Mais quand on fait des dépenses non seulement une fois pour toutes, mais encore dans le but d'apporter un élément d'actif ou un avantage pour le bénéfice durable d'un commerce, je pense qu'il y a de très bonnes raisons (en l'absence de circonstances particulières conduisant à une conclusion contraire) de traiter une telle dépense comme si elle était à juste titre imputable non pas au revenu mais au capital.

Une fois terminées, ces galeries sont devenues des voies de roulage pour le transport du minerai des chambres jusqu'aux convoyeurs; elles assuraient la ventilation nécessaire aux points d'exploitation et elles constituaient une voie d'accès pour le personnel. Il est exact que dans la première phase des opérations minières lorsque le travail était terminé à un endroit déterminé, les galeries étaient inondées et scellées pour protéger du danger de la radioactivité du minerai. Cependant la preuve a démontré qu'au retour, ces galeries seraient réouvertes et réutilisées pour l'extraction du minerai des piliers. Celles qui restent ouvertes seront utilisées de la même façon.

Bien qu'à date, toute l'exploitation ait été menée dans les zones A et B, les galeries seront utilisées lorsque les opérations minières commenceront dans les zones D, E et F. J'ai quelques doutes sur le plan des galeries dans les zones A et B quant à savoir s'il a été conçu en fonction d'un plan d'exploitation future des zones D, E et F. Il se pourrait bien que le plan

D, E and F zones will be dictated by the location of the existing passages in the A and B zones, but the evidence is conclusive, in my view, that the passage-ways will be utilized to mine the upper zones. To do otherwise would be a useless duplication. Further, these passage-ways have the quality of permanence to render them an enduring benefit within the meaning of the authorities. "Enduring" is a relative term and does not mean "everlasting". The passage-ways will endure throughout the lifetime of the mine.

It was pointed out by counsel for the appellant that since the passage-ways fall within the meaning of the words in par. (f) of class 12 of Schedule B to the Regulations upon which capital cost is allowed, it follows that it was contemplated by the draftsmen of the regulations that the passage-ways were capital assets.

However, it does not follow that because a capital asset exists the expenditures which brought that asset into being are necessarily capital expenditures rather than income or revenue expenditures. Viscount Cave did not say that. He did say that in the absence of special circumstances leading to an opposite conclusion the fact that an expenditure is made with a view to bringing into existence an asset for the enduring benefit of the trade is a very good reason for treating the expenditure as a capital one. The question which must next be answered is whether the special circumstances leading to an opposite conclusion as contemplated by Viscount Cave are present in the present appeal.

The orebody is a uniquely regular, homogeneous, solid mass of mineral in which the appellant could work in any direction and extract ore. The appellant's business is the extraction of ore and the sale of uranium oxide derived therefrom.

The appellant had substantial commitments to supply uranium oxide under its contracts with Eldorado, the Crown corporation. Originally Consolidated Denison obligated itself to supply 1,875,000 pounds of uranium oxide between May 1, 1957 and March 31, 1962, 1,600,000 pounds by December 31, 1957 and 340,000 pounds per month thereafter. This original

d'exploitation des zones D, E et F soit fonction de l'emplacement des galeries actuelles dans les zones A et B mais la preuve est concluante, à mon avis, que les galeries seront utilisées pour exploiter les zones supérieures. Agir autrement serait un dédoublement inutile. En outre, ces galeries ont la qualité d'être permanentes, ce qui en fait un avantage durable au sens de la jurisprudence. «Durable» est un terme relatif et ne veut pas dire «perpétuel». Les galeries dureront pendant toute la durée d'exploitation de la mine.

Le procureur de l'appelante a signalé que puisque les galeries entrent dans le cadre des termes de l'al. f) de la catégorie 12 de l'annexe B des Règlements qui permettent d'accorder le coût en capital, il s'ensuit que les rédacteurs des Règlements avaient à l'esprit que les galeries constituaient des actifs immobilisés.

Cependant il ne s'ensuit pas parce qu'il y a un actif immobilisé que les dépenses qui créent cet actif sont nécessairement des dépenses de capital plutôt que des dépenses ordinaires. Ce n'est pas ce qu'a dit le vicomte Cave. Il a déclaré qu'en l'absence de circonstances particulières conduisant à une conclusion contraire, le fait qu'une dépense est effectuée en vue de constituer un actif dans le but ultime de profiter à l'entreprise est un très bon motif pour considérer qu'il s'agit d'une dépense de capital. La question est de savoir s'il se trouve, en l'espèce, des circonstances particulières conduisant à une conclusion contraire comme l'envisageait le vicomte Cave.

Le gisement est merveilleusement régulier, homogène, une masse solide de minerai dans laquelle l'appelante pouvait travailler dans toutes directions et de laquelle elle pouvait extraire du minerai. L'entreprise de l'appelante consiste à extraire du minerai et à vendre l'oxyde d'uranium qu'elle en retire.

L'appelante a des engagements importants d'approvisionnement d'oxyde d'uranium en vertu de ses contrats avec l'Eldorado, corporation de la Couronne. A l'origine, la Consolidated Denison s'est engagée à fournir 1,875,000 livres d'oxyde d'uranium entre le 1^{er} mai 1957 et le 31 mars 1962, 1,600,000 livres avant le 31 décembre 1957 et, par la suite, 340,000 livres par

agreement was amended to increase the total commitment to 20,805,000 pounds to terminate March 31, 1963.

Can-Met had a similar contract with Eldorado to supply some 7,710,600 pounds of uranium oxide.

Upon the amalgamation of Consolidated Denison and Can-Met to form the appellant, the obligations of both Can-Met and Consolidated Denison became the obligations of the appellant. The joint obligations work out to about 471,000 pounds per month or 5,640,000 pounds per year. It takes a ton of ore to produce $2\frac{1}{2}$ to 3 pounds of uranium oxide. So to produce the appellant's annual commitment would require approximately 16,920,000 tons of ore. The annual reports indicate that the appellant was not successful in meeting its full commitments, but came extremely close to doing so. For example in 1961 the appellant produced 5,379,168 pounds of uranium oxide, whereas its commitment was 5,640,000 pounds. Of the uranium oxide produced by the appellant between 1958 and 1961 inclusive, I would estimate very roughly that about 6,500,000 pounds came from ore extracted from the passage-ways or an annual average of 1,620,000 pounds.

Under its agreement with Eldorado, Consolidated Denison had 18 months to begin meeting its commitments. Mr. Kostuik testified that this was a short time and that the urgency to begin producing was a factor which impelled the decision to exploit the orebody on a mass mining basis, that is, by delving into the orebody immediately and extracting ore from every available opening although the trackless mining method would have been adopted in any event.

The reason is obvious. The appellant could extract ore by driving its openings in any direction.

As I understood the evidence of Mr. Kostuik, there is no different technique employed in extracting ore from the long headings than from a room. The jackleg and scraper method of mining is equally applicable to any phase or section of the mine and to strike drives as it is to room mining. However Mr. Kostuik did say

mois. Ce premier contrat a été modifié pour augmenter l'engagement total à 20,805,000 livres avant le 31 mars 1963.

La Can-Met avait un contrat semblable avec l'Eldorado pour fournir quelques 7,710,600 livres d'oxyde d'uranium.

Lors de la fusion de la Consolidated Denison et de la Can-Met pour constituer l'appelante, les engagements de la Can-Met et de la Consolidated Denison devinrent ceux de l'appelante. Les engagements réunis se chiffraient à environ 471,000 livres par mois ou 5,640,000 livres par an. Il faut une tonne de minerai pour produire $2\frac{1}{2}$ à 3 livres d'oxyde d'uranium. Ainsi, pour remplir l'engagement annuel de l'appelante, il aurait fallu extraire environ 16,920,000 tonnes de minerai. Les rapports annuels indiquent que l'appelante n'a pas réussi à faire face à ses engagements, mais il s'en fallait de peu. Par exemple, en 1961, l'appelante a produit 5,379,168 livres d'oxyde d'uranium, tandis que son engagement était de 5,640,000 livres. De l'oxyde d'uranium produit par l'appelante entre 1958 et 1961 inclusivement, j'estimerais très approximativement qu'environ 6,500,000 livres proviennent du minerai extrait des galeries, soit une moyenne annuelle de 1,620,000 livres.

En vertu de son contrat avec l'Eldorado, la Consolidated Denison avait 18 mois pour commencer à exécuter ses engagements. M. Kostuik a déclaré que c'était un délai très court et que l'urgence à commencer la production était un facteur qui a promu la décision d'exploiter le minerai sur un principe de masse, c'est-à-dire, en creusant directement dans le gisement et en extrayant le minerai de toutes les ouvertures disponibles bien que la méthode d'exploitation par système pneumatique ait été adoptée de toute façon.

Le motif est évident. L'appelante pouvait extraire le minerai en dirigeant ses ouvertures dans toutes les directions.

Si j'ai bien compris le témoignage de M. Kostuik, il n'existe pas de technique différente pour extraire du minerai d'une longue galerie ou d'une chambre. La méthode d'extraction par béquille et grattoir peut également s'appliquer à tout stade ou partie de la mine, pour percer des voies aussi bien que pour exploiter des cham-

that the more skilled crews were used in the passage-ways, but these same crews also operated in the rooms depending on the progress of the operations.

The ore from the rooms and passage-ways were loaded, hauled, hoisted and milled together.

There is no doubt in my mind that what the appellant was doing in the passage-ways was extracting ore but it was extracting ore from the passage-ways in accordance with a preconceived plan which resulted in the passage-ways becoming haulage ways in a predefined pattern. The question, therefore, is what was the appellant doing? Was it building haulage ways or was it extracting ore?

In *Commissioner of Taxes v. Nchanga Consolidated Copper Mines Ltd.* [1964] A.C. 948, Viscount Radcliffe said at page 958:

... Leaving aside the undesirability of determining the nature of a payment by the motive or object of the payer, their Lordships cannot find in the evidence any support for the idea that the preservation of Nchanga's business was in fact the purpose of the arrangement or that the benefit obtained by its payment was to endure in any other sense than that it was to condition the year's production.

The foregoing language emphasises that it is undesirable to determine the nature of a payment by the motive or object of the payer. The operation must be looked at objectively rather than subjectively.

In doing so the preponderance of the evidence leads me to the conclusion that the expenditures were made in furtherance of the appellant's business of extracting ore. The activity was in fact current ore extraction to meet the appellant's immediate need to produce ore. What the appellant did was to extract ore and that was anticipated by the appellant as the direct and immediate result of its expenditures even though the ultimate result of that activity was an asset that endured to the benefit of the appellant's business. In my opinion the expenditures here in question are current operating expenses laid out as an integral part of the profit-making activity of the company. They were costs incidental to the production and sale

bres. Cependant M. Kostuik a déclaré qu'on n'employait que les équipes les plus habiles dans les galeries, mais que ces mêmes équipes travaillaient également dans les chambres suivant la marche des travaux.

Le minerai, qu'il soit extrait des chambres ou des galeries, était chargé, roulé, remonté et broyé ensemble.

Il ne fait aucun doute pour moi que ce que faisait l'appelante dans les galeries, était d'extraire du minerai, mais elle l'extrayait des galeries selon un plan pré-établi qui faisait de galeries des voies de roulage suivant un plan pré-déterminé. Donc, la question est la suivante: Que faisait l'appelante? Construisait-elle des voies de roulage ou extrayait-elle du minerai?

Dans l'arrêt *Commissioner of Taxes v. Nchanga Consolidated Copper Mines Ltd.* [1964] A.C. 948, le vicomte Radcliffe déclarait à la page 958:

[TRADUCTION] ... Faisant abstraction de l'inopportunité de déterminer la nature d'un paiement en se fondant sur le motif ou l'intention du payeur, leurs Seigneuries ne peuvent déceler dans la preuve aucun fondement à l'idée que la convention avait effectivement pour but la bonne marche de l'entreprise de la Nchanga ou que l'avantage retiré du paiement qu'elle a versé était durable dans un tout autre sens que celui de régir la production annuelle.

Le passage ci-dessus souligne qu'il n'est pas opportun de déterminer la nature d'un paiement en se fondant sur le motif ou l'intention du payeur. Il faut considérer l'opération objectivement et non subjectivement.

En agissant ainsi, l'aspect prédominant de la preuve m'amène à conclure que les dépenses avaient pour but de contribuer au fonctionnement de l'entreprise de l'appelante, l'extraction de minerai. L'activité consistait en fait à extraire du minerai pour faire face aux besoins immédiats de l'appelante de produire du minerai. Ce que l'appelante a fait fut d'extraire le minerai et c'est ce qu'elle envisageait comme résultat direct et immédiat de ses dépenses même si le résultat final de cette activité a constitué un actif durable dont a bénéficié l'appelante. A mon avis, les dépenses en cause sont des dépenses courantes d'exploitation effectuées comme partie intégrante des activités lucratives de la compagnie. C'était des dépenses

of the output of the mine and as such are operating costs.

There are other *indicia* confirming this conclusion. Approximately 50% of the ore produced by the appellant was extracted from the passage-ways. The expenditures made by the appellant were entered in its financial report to shareholders as prepared by its auditors as cost of production in computing its annual profit in both the pre-production and post-production periods. In the appellant's income tax returns the expenditures were described as cost of sales. The haulage ways do not appear in any balance sheet as a capital asset. The proceeds from the ore recovered as a direct result of the activity which gives rise to the expenditures formed part of the appellant's revenue from production. There was no basal difference in the technique of removing ore from the passage-ways and removing ore from the room. The ore from both sources formed the output of the mine. With that consideration in mind it would be incongruous to treat the cost of removing the ore from the rooms as a current expense and that of removing ore from the passage-ways as a capital expense. The only justification for so doing would be that as a result of the extraction of ore from the passage-ways an asset of enduring benefit to the appellant's trade resulted. But I have said above, the fact that a capital asset, in the sense of an enduring benefit resulting, does not necessarily make the expenditures expended therefor capital expenditures rather than revenue expenditures.

Authority for the foregoing proposition is found in *Canada Starch Co. v. M.N.R.* [1969] 1 Ex.C.R. 96. In that case the President of this Court (as he then was) had to consider whether amounts laid out to secure the registration of a trade mark, including an amount paid to the registered owner of the identical mark to withdraw its objection thereto was a payment on capital account or a payment incidental to ordinary trading operations. A trade mark when acquired is a capital asset.

accessoires à la production et la vente de ce qui était extrait de la mine et comme telles ce sont des dépenses d'exploitation.

D'autres données confirment cette conclusion. Environ 50% du minerai produit par l'appelante a été extrait des galeries. Dans son rapport financier distribué à ses actionnaires et préparé par ses vérificateurs, les dépenses encourues par l'appelante apparaissent, dans le calcul de son bénéfice annuel, comme coût de production tant pour les périodes précédant l'entrée en production que pour les périodes postérieures. Dans ses déclarations d'impôt sur le revenu, ces dépenses ont été décrites comme coût des ventes. Les voies de roulage n'apparaissent dans aucun bilan comme actif immobilisé. La valeur provenant du minerai récupéré, résultat direct de l'activité faisant naître les dépenses, était intégrée au revenu de l'appelante provenant de la production. Il n'y a aucune différence fondamentale dans la technique d'extraction du minerai des galeries et de l'extraction du minerai des chambres. Ce minerai provenant de ces deux sources constituait la production de la mine. Tenant compte de cela, il serait absurde de considérer les frais d'extraction du minerai de ces chambres comme une dépense courante et ceux d'extraction du minerai des galeries comme des dépenses de capital. La seule justification serait que l'extraction du minerai des galeries a procuré un avantage durable à l'entreprise de l'appelante. Mais, je l'ai déjà mentionné, le fait qu'il y ait un actif immobilisé, au sens d'un avantage durable, ne transforme pas nécessairement les dépenses encourues pour le réaliser en dépenses de capital par opposition à des dépenses ordinaires.

L'arrêt *Canada Starch Co. c. M.R.N.* [1969] 1 R.C.É. 96, confirme ce principe. Dans cette affaire le président de cette cour (maintenant juge en chef) devait déterminer si des sommes engagées pour obtenir l'enregistrement d'une marque de commerce, y compris une somme versée au propriétaire enregistré d'une marque de commerce identique pour qu'il retire son objection, constituaient un paiement à compte de capital ou un paiement résultant des opérations commerciales courantes. Une marque de commerce une fois acquise est un actif immobilisé.

At page 103 Jackett P. said:

... In my view, a trade mark that actually distinguishes is, even under the statutory scheme, a result that flows from the current operations of a business and it follows, as I have already indicated, that the moneys laid out in the operations that incidentally give rise to trade marks are moneys laid out on revenue account.

Since I have concluded that the expenditures laid out by the appellant in extracting ore are moneys laid out on revenue account even though passage-ways of an enduring benefit to the appellant resulted incidentally therefrom, that conclusion effectively disposes of the main issue in this appeal which, in my opinion, must be dismissed.

However before leaving this subject it is appropriate that I consider the evidence of the expert accounting witnesses. I preface the consideration of this evidence by the axiom that the Courts reserve to themselves the right to determine whether the "accountancy principles" relied upon in any particular case are based on sound postulates.

Three accountants of outstanding qualifications and repute were called on behalf of the appellant.

As I understand the evidence of these three witnesses, each accepted the premise that the haulage ways and similar underground works created by the extraction of ore therefrom were capital assets because of their enduring quality and usefulness in the future operation of the mine.

Each witness accepted the premise that the appellant's business was extracting ore and that the proceeds of the ore mined from the passage-ways which was then milled and sold by the appellant must be brought into revenue for the current financial year.

These witnesses were unanimous in their opinion that the more appropriate method of account on the theory of "matching" would be that the cost of creating the passage-ways should be deferred or capitalized against future revenues, that is, that future proceeds should bear some portion of that cost, otherwise the cost of the ore first mined would be much higher than the cost of the ore mined later.

Le président Jackett déclarait à la page 103:

[TRANSDUCTION] ... A mon avis, une marque de commerce possédant réellement un caractère distinctif résulte, même en vertu des dispositions législatives, des opérations courantes d'une entreprise et il s'ensuit, comme je l'ai déjà mentionné, que les sommes consacrées aux opérations qui ont accessoirement fait naître les marques de commerce sont dépensées à compte de revenu.

Puisque j'ai conclu que les dépenses engagées par l'appelante pour extraire le minerai sont des sommes dépensées à compte de revenu même s'il en est résulté accessoirement des galeries constituant un avantage durable pour l'appelante, cette conclusion tranche en fait la question principale en appel qui, à mon avis, doit être rejeté.

Pendant, avant d'aborder une autre question, il conviendrait d'examiner les dépositions des experts comptables. Je ferai précéder l'étude de ces témoignages du principe que les tribunaux se réservent le droit de déterminer si «les principes comptables» invoqués dans chaque cas particulier sont fondés sur des postulats justes.

L'appelante a cité trois comptables de grande qualification et réputation.

Si j'ai bien compris leur déposition, chacun d'eux a accepté l'hypothèse que les voies de roulage et les autres travaux semblables créés par l'extraction du minerai constituaient des actifs immobilisés en raison de leur qualité durable et de leur utilité à l'exploitation future de la mine.

Chaque témoin a retenu l'hypothèse que l'entreprise de l'appelante consistait à extraire le minerai et que la valeur du minerai extrait des galeries, raffiné par la suite et vendu, devait être portée au poste revenu de l'année financière en cours.

Ces témoins ont été unanimes à dire que la méthode de calcul la plus appropriée sur le principe de la «parité» serait que les dépenses de construction de galeries devraient être reportées ou capitalisées en regard des revenus futurs, c'est-à-dire que les bénéficiaires futurs devraient supporter une partie de ces dépenses, sans quoi le coût du premier minerai extrait

While these witnesses contended that the accountancy principle advocated by them was the more appropriate method, nevertheless, they did agree that the accepted and common accounting practice would be to treat the expenditures incurred by the appellant in extracting ore from the passage-ways as current deductions against the proceeds in the financial year. This is precisely what the appellant's auditors did in the pre-production years, that is, those prior to January 1, 1958 for Consolidated Denison and June 1, 1958 for Can-Met. The revenues from the ore from the passage-ways were netted against the expenditures which created the asset of a capital nature obviously for the reason that they were expenditures laid out to produce income. The appellant's auditors continued this accounting method after the expiration of the exempt period.

All three of the expert witnesses called by the appellant indicated that they would have hesitated to certify the financial statements in the form prepared by the appellant's auditors, that is, where the expenses being claimed as capital costs in this appeal were deducted as ordinary costs of production, without qualification because this is generally accepted accounting practice.

Again all three of these witnesses adopted the view that if an expense resulted in a benefit which endured beyond the current year it was a capital expenditure and therefore not deductible under s. 12(1)(b) of the *Income Tax Act* except by virtue of a capital cost allowance under s. 11(1)(a) of the Act and par. (f) of class 12 of Schedule B of the Regulations. All three witnesses agreed, when the question was put to them on cross-examination, that if a capital cost allowance provision did not exist they would deduct the expenses here in question as current operating expenses thereby achieving the deduction in computing income by that means.

An equal number of expert accounting witnesses were called on behalf of the Minister all

serait beaucoup plus élevé que celui du minerai extrait par la suite.

Bien que ces témoins aient soutenu que le principe comptable qu'ils préconisaient était la méthode la plus appropriée, ils ont néanmoins reconnu que la pratique comptable acceptée et courante serait de considérer les dépenses effectuées par l'appelante pour extraire le minerai provenant des galeries comme des déductions courantes en regard des recettes de l'année financière. C'est précisément ce qu'ont fait les vérificateurs de l'appelante au cours des années précédant la production, c'est-à-dire les années antérieures au 1^{er} janvier 1958 pour la Consolidated Denison et au 1^{er} juin 1958 pour la Can-Met. On a placé les revenus tirés du minerai provenant des galeries en regard des dépenses qui ont créé l'actif immobilisé évidemment au motif qu'il s'agissait des dépenses engagées pour produire un revenu. Les vérificateurs de l'appelante ont continué à utiliser cette méthode comptable après l'expiration de la période d'exemption.

Les trois témoins experts cités par l'appelante ont indiqué qu'ils auraient hésité à certifier les états financiers sous la forme préparée par les vérificateurs de l'appelante, c'est-à-dire, lorsque les dépenses revendiquées comme coûts de capital en l'espèce étaient déduites à titre de coûts ordinaires de production sans autre qualification sous prétexte que c'est une pratique comptable généralement acceptée.

Là encore, ces trois témoins ont estimé que si une dépense procurait un avantage qui se prolonge au-delà de l'année courante, il s'agissait d'une dépense de capital et, partant, non déductible en vertu de l'art. 12(1)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* si ce n'est en vertu d'une allocation du coût en capital en vertu de l'art. 11(1)(a) de la Loi et de l'al. f) de la catégorie 12 de l'annexe B des Règlements. Tous les trois ont reconnu, lorsque la question leur a été posée en contre-interrogatoire, que s'il n'existait aucune disposition d'allocation du coût en capital, ils déduiraient les dépenses en cause à titre de dépenses courantes d'exploitation obtenant ainsi la déduction du calcul du revenu.

Le Ministre a cité un nombre égal d'experts comptables qui ont tous exprimé des opinions

of whom expressed views diametrically opposed to the accounting witnesses called on behalf of the appellant.

In summary it was their opinion that from an accounting view the costs here in question should be treated as current costs and should not be deferred and that the proper accounting principle to be adopted was that the direct costs of producing revenue in a particular period should be matched against the revenue produced thereby. It was also their view that if the passage-ways were capital assets the capital cost should be determined by deducting the proceeds of the ore from the cost of creating the passage-ways.

The fallacy in the position taken by the appellant's expert accounting witnesses is, as I see it, the acceptance of the premise that if a capital asset results then the expenditures which bring that asset into being are capital costs and their failure to recognize that a capital asset may result from current expenditures. Neither am I convinced that in the circumstances of this appeal accounting principles dictate that there should be a deferral of those costs against future years.

The fact that the appellant was tax exempt by virtue of s. 83(5) during its pre-production years of 1958, 1959 and 1960 does not relieve the appellant from computing its income in accordance with the *Income Tax Act* (see *M.N.R. v. Portage La Prairie Mutual Insurance Co.* [1965] 1 Ex.C.R. 234 at p. 243). Under s. 4 it is provided that income for a taxation year from a business is the profit therefrom for the year. By the language of s. 83(5) the income that is exempt is "income from the operation of a mine" which by virtue of s. 4 is the profit therefrom. This means that the profits in exempt years are the difference between the receipts for such years and the expenditures laid out to earn those receipts.

This is what the appellant's auditors did in its pre-production years in preparing the financial report to the shareholders. This was acknowledged by all expert accounting witnesses to be

diamétralement opposées à celles des experts de l'appelante.

En résumé, les coûts en cause, du point de vue comptable, devraient, à leur avis, être considérés comme des dépenses courantes et ne devraient pas être reportés; le principe comptable exact à adopter était d'inscrire les dépenses directes engagées pour tirer un revenu pour une période en regard du revenu qu'elles produisaient. Ils pensaient également que si les galeries constituaient des actifs immobilisés leur coût en capital devrait être établi en déduisant les bénéfices tirés du minerai de leur coût de construction.

L'erreur commise par les experts en comptabilité de l'appelante est, à mon sens, de prendre pour hypothèse que si on obtient un actif immobilisé les dépenses qui lui donnent naissance sont des dépenses de capital et de ne pas avoir reconnu qu'un actif immobilisé peut être le fruit d'une dépense courante. De plus, je ne suis pas convaincu que dans les circonstances de l'espèce les principes comptables indiquent que ces dépenses devraient être reportées sur les années à venir.

L'exemption d'impôt dont l'appelante a bénéficié en vertu de l'art. 83(5) au cours des années antérieures à la production, soit 1958, 1959 et 1960, ne la dispense pas de calculer son revenu conformément aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (voir *M.R.N. c. Portage La Prairie Mutual Insurance Co.* [1965] 1 R.C.É. 234 à la p. 243). L'article 4 prévoit que le revenu pour une année d'imposition provenant d'une entreprise est le bénéfice en découlant pour l'année. D'après les dispositions de l'art. 83(5), le revenu qui est exempté est «le revenu provenant de l'exploitation d'une mine» qui, en vertu de l'art. 4, est un bénéfice en découlant. Ce qui signifie que les bénéfices réalisés au cours des années d'exemption sont composés de la différence existant entre les recettes de ces années et les dépenses effectuées pour les gagner.

C'est ce que les vérificateurs de l'appelante ont fait au cours de ses années précédant la production en dressant le rapport financier adressé aux actionnaires. Tous les experts en

the proper accounting practice but the expert witnesses called by the appellant, as I understood their testimony, testified that, in their opinion, the cost of extracting the ore from the passage-ways during the exempt period becomes a capital cost in subsequent years against which the receipts from the ore are not set off.

The result of this procedure would be that the direct costs of producing the ore in the exempt period are removed from the computation of the appellant's income and become costs in subsequent years. The effect is that exempt income becomes exempt cost free gross income. This, I think, distorts both the exempt income and the non-exempt income in that exempt income is much greater by reason of not having the costs laid out to earn that income set off against the receipts and the profit in subsequent years is reduced correspondingly. This is the logical result of the deferral procedure advocated by the appellant's witnesses.

In *Marsh Fork Coal Co. v. Lucas* (1930) 42 F. (2nd) 83, a decision of the Circuit Court of Appeals, Fourth Circuit, Parker, Circuit Judge, speaking on behalf of the Court in considering the matching accounting principle in the operation of a coal mine, said at page 85:

When an operator has removed sufficient coal to extend his tunnels so that he cannot maintain production with the equipment which he has, he must as a matter of course lay down more track and put in more cars and locomotives. The question is, Shall the expense thereby incurred be charged against the coal, the removal of which necessitated the expenditure to maintain normal operation, or against the coal yet unmined? We think it is but fair to charge against the coal which has been mined the expense which its removal has necessitated. We think, also, that this is the only practicable method of accounting. To capitalize the expenditures made to maintain normal output means that the cost of removal is pyramided against the coal farther back in the mine, with the result that the coal nearest the head house will appear to have been mined at abnormal profit and that farther back at a loss.

The foregoing reasoning by Parker, Circuit Judge, is in accordance with the financial results I have outlined above in the circum-

comptabilité ont reconnu qu'il s'agit là de la pratique comptable exacte mais les témoins experts de l'appelante, si j'ai bien compris leur déposition, ont déclaré qu'à leur avis, le coût d'extraction du minerai provenant des galeries au cours de la période d'exemption devient une dépense de capital au cours des années suivantes en regard desquelles on n'inscrit pas les recettes provenant du minerai.

Cette procédure aurait pour résultat que les dépenses directes de production du minerai au cours de la période d'exemption seraient soustraites dans le calcul du revenu de l'appelante et deviendraient des dépenses au cours des années suivantes. Ceci aurait pour effet de donner au revenu exempté la qualité d'un revenu brut exempté sans coût. Ceci, je crois, déforme à la fois le revenu exempté et le revenu qui ne l'est pas en ce sens que le revenu exempté est beaucoup plus élevé parce qu'il ne comprend pas de dépenses effectuées pour gagner ce revenu en regard de recettes et parce que le bénéfice des années suivantes est réduit d'autant. C'est le résultat logique de la procédure de report préconisée par les témoins de l'appelante.

Dans l'arrêt *Marsh Fork Coal Co. c. Lucas* (1930) 42F. (2^e) 83, décision du Circuit Court of Appeals, Fourth Circuit, le juge de circuit Parker, parlant au nom de la Cour dans l'examen du principe comptable de la parité pour l'exploitation d'une mine de charbon, déclarait à la page 85:

[TRADUCTION] Lorsqu'un exploitant a extrait assez de charbon pour prolonger ses tunnels de sorte qu'il ne peut continuer à produire avec l'équipement qu'il possède, il doit bien sûr prolonger la voie ferrée et ajouter des berlines et des locomotives. La question est la suivante: la dépense ainsi engagée sera-t-elle portée sur le compte du charbon dont l'extraction a entraîné cette dépense nécessaire pour maintenir l'exploitation normale, ou du charbon non encore exploité? Nous croyons qu'il est juste d'attribuer au charbon qui a été extrait les dépenses que son extraction a nécessitées. Nous pensons également que c'est la seule méthode comptable acceptable. Capitaliser les dépenses engagées pour maintenir un rendement normal signifie que le coût d'extraction est ajouté au charbon se trouvant plus loin dans la mine avec pour résultat que le charbon près du chevalement semblera avoir été extrait avec un bénéfice anormal et que le charbon se trouvant plus loin l'a été à perte.

Ce raisonnement du juge de circuit Parker est conforme aux conséquences financières que j'ai signalées précédemment dans les circonstances

stances of the present appeal and constitutes a sound argument against the deferral principle of accounting advocated on behalf of the appellant.

However, the principle of accounting so advanced on behalf of the appellant is rendered abortive by my conclusion for the reasons I have indicated, that the expenditures in question incurred by the appellant were outlays for the purpose of producing income. The asset acquired by the appellant in the form of useful passage-ways was an incident of those expenditures and the adoption of a practical mining plan but those costs remain costs expended on revenue account, and do not properly enter a calculation of the capital cost of that asset. There was no outlay of capital to bring that asset into being.

In view of the conclusion I have reached, it is not necessary for me to decide the propriety of items included in the appellant's calculation of the cost of the passage-ways. Those costs included direct and haulage costs in the amount of \$7,631,661 as well as an allocation of general mine office expenses in the amount of \$3,348,645 and a portion of head office expense in the amount of \$1,031,022. These expenses, along with others, are a portion of the normal cost of the conduct of the appellant's business, as for example, fire insurance, snow clearing, fire protection, inventory adjustment, municipal taxes, witnesses compensation and depreciation on the apartments owned by Con-Ell. While I make no decision on the matter I am doubtful if such items are properly included and it may well be that the capital cost for which deduction is sought is a percentage of an inflated base.

The remaining issue is that involving the cost of housing for the appellant's employees.

The appellant is seeking to deduct in the computation of its profits the losses incurred by its wholly owned subsidiary in providing housing for the appellant's employees and the administration of that programme during the appellant's 1961 taxation year on the sole

de l'espèce et constitue un argument solide à l'encontre du principe comptable du report préconisé au nom de l'appelante.

Cependant le principe comptable ainsi avancé au nom de l'appelante n'a pas d'effet étant donné ma conclusion pour les motifs que j'ai indiqués, selon lesquels les dépenses en question effectuées par l'appelante l'ont été dans le but de produire un revenu. Les biens acquis par l'appelante sous forme de galeries utiles étaient accessoires à ces dépenses et à l'adoption d'un plan d'exploitation pratique mais leur coût demeure des dépenses à compte de revenu et ne fait pas à bon droit partie d'un calcul du coût en capital de ces biens. Il n'y a eu aucune dépense de capital pour faire naître ce bien.

Étant donné la conclusion à laquelle je suis arrivée, il ne m'est pas nécessaire de déterminer la nature des postes apparaissant dans le calcul effectué par l'appelante du coût de ses galeries. Les coûts comprenaient les coûts directs et ceux de roulage d'un montant de \$7,631,661 ainsi qu'une allocation de dépenses générales de bureau d'un montant de \$3,348,645 et une partie des dépenses du siège social d'un montant de \$1,031,022. Ces dépenses, de même que les autres, forment une partie du coût normal de la gestion de l'entreprise de l'appelante comme par exemple, l'assurance-incendie, le déblaiement de la neige, la protection contre le feu, les réajustements d'inventaire, les taxes municipales, l'indemnité des témoins et l'amortissement des logements appartenant à la Con-Ell. Bien que je ne me sois pas prononcé sur la question, je doute que ces postes aient été inclus à bon droit et il se peut bien que le coût en capital, pour lequel on demande une déduction, soit un pourcentage d'un montant exagéré.

Il reste à trancher la question du coût de logement des employés de l'appelante.

L'appelante demande à déduire du calcul de ses bénéfices les pertes subies par sa filiale à part entière en fournissant le logement aux employés de l'appelante et en administrant ce programme au cours de l'année d'imposition 1961 de l'appelante au seul motif que la Con-Ell agissait comme mandataire de l'appelante.

ground that Con-Ell was acting as agent for the appellant.

The losses were those incurred on the sale of houses to the employees, the proceeds not being sufficient to cover the cost of land and the construction of the houses; the costs of administration such as the salary of a business manager; in the operation of multiple apartment units, the rental receipts not being sufficient to cover the costs of operations and losses in guarantees to Central Mortgage and Housing Corporation with respect to mortgage loans.

I experienced difficulty in ascertaining how the amount of the losses was calculated. Both Con-Ell and the appellant kept separate books of account and employed different auditors. All employees of Con-Ell were paid by the appellant and their salaries were charged back to Con-Ell. In the books of the appellant monthly accruals were made in anticipation of Con-Ell's losses and at the year end adjustments were made to reflect the actual loss incurred. Since the debits made by the appellant were only estimates, no doubt to allocate certain of its funds to cover those losses, I assume at the year end a comparison was made with the books of Con-Ell which would show the actual loss and an appropriate adjustment would then be made in the books of the appellant so that the amounts would correspond.

It is also my understanding that apart from the payment by the appellant of the salaries of the appellant's employees working for Con-Ell with a corresponding charge back to Con-Ell, that the bulk of the financing of Con-Ell's operation was financed by bank loans, originally guaranteed by Consolidated Denison and Can-Met and in 1961 by the appellant. Then, too, advances were made to Con-Ell by the appellant to discharge obligations incurred by Con-Ell when Con-Ell's borrowed funds were not sufficient to do so. Again I assume that these advances were made to enable Con-Ell to pay amounts which the appellant had guaranteed.

Il s'agit des pertes subies lors de la vente de maisons aux employés car les bénéficiaires n'ont pas suffi à couvrir le coût du terrain et de la construction des maisons, les dépenses d'administration telles que le salaire d'un gérant; dans la gestion d'unités de plusieurs appartements, les recettes des loyers n'ont pas suffi à couvrir les frais de gestion et enfin les pertes encourues par les garanties données à la Société centrale d'hypothèques et de logement relativement aux prêts hypothécaires.

J'ai éprouvé des difficultés à établir la façon dont on a calculé le montant des pertes. La Con-Ell et l'appelante avaient des comptabilités distinctes et employaient des vérificateurs différents. Tous les employés de la Con-Ell étaient payés par l'appelante puis leur salaire était mis au compte de la Con-Ell. On faisait des réserves mensuelles dans les livres comptables de l'appelante en prévision des pertes de la Con-Ell et, à la fin de l'année, on faisait des réajustements pour traduire la perte réelle subie. Puisque les inscriptions au débit faites par l'appelante n'étaient que des estimations, sans doute pour permettre à certains de ses fonds de couvrir ces pertes, je présume qu'à la fin d'année on faisait une comparaison avec les livres de la Con-Ell, qui révélaient la perte réelle et qu'on faisait alors dans les livres de l'appelante le réajustement nécessaire pour faire correspondre les montants.

Je comprends également, abstraction faite du paiement par l'appelante des salaires de ses employés travaillant pour la Con-Ell suivi de la demande de paiement correspondante à la Con-Ell, que la majeure partie du financement des activités de la Con-Ell se faisait par prêts bancaires garantis au début par la Consolidated Denison et la Can-Met puis, en 1961, par l'appelante. L'appelante faisait également des avances à la Con-Ell pour remplir les engagements de cette dernière lorsque ses emprunts s'avéraient insuffisants pour ce faire. Je présume encore que ces avances étaient faites pour permettre à la Con-Ell de payer les montants pour lesquels l'appelante s'était portée caution.

The appellant is not claiming the advances made to Con-Ell as losses as such or payments necessitated by its guarantee of Con-Ell's obligations, but it is claiming as a deduction from its income the losses of Con-Ell as being its own losses.

The calculation of those losses is further complicated by the fact that Con-Ell and the appellant had different financial years ending in the 1961 calendar year. The year end of the appellant was December 31, whereas that of Con-Ell was April 30. There would be an eight month overlap.

In the books of Con-Ell the loss is shown as \$496,000 whereas in the books of the appellant the loss is shown as \$416,039. It was explained to me that the difference was accounted for by the difference in year ends. Then the internal auditor of the appellant deducted a further amount of \$86,423 which was a portion of mine office expenses allocated to the housing operation which the appellant's auditor had included as part of the cost of constructing the haulage ways leaving an amount of \$329,616 which the appellant now claims as a deduction rather than the larger amount of \$546,964.09 set out in the notice of appeal.

From the outset the appellant did not expect to make any profit from the housing operation. On the contrary, the provision of housing was necessary to attract a stable labour force to the remote area in which the mine was located and a loss was contemplated.

It was the opinion of the appellant's legal advisers that the appellant was precluded by the provisions of the trust deeds through which the appellant was financed by public borrowing from expending any funds so derived upon provision of housing for its employees. It was for this reason that Con-Ell was incorporated to perform that function. Being a wholly owned subsidiary the directors and officers of Con-Ell were also directors and officers of the appellant and it follows that any decisions of the directors of Con-Ell would be consonant with the interest of the appellant.

L'appelante ne prétend pas que les avances faites à la Con-Ell soient des pertes comme telles ou des paiements rendus nécessaires par sa garantie d'exécution des engagements de la Con-Ell, mais elle demande de déduire de son revenu les pertes de la Con-Ell comme s'il s'agissait de ses propres pertes.

Le calcul de ces pertes est d'autant plus compliqué du fait que la Con-Ell et l'appelante avaient des fins d'exercices financiers différentes au calendrier de 1961. La fin d'exercice de l'appelante était fixée au 31 décembre et celle de la Con-Ell au 30 avril. Il y aurait donc un chevauchement de huit mois.

Dans la comptabilité de la Con-Ell, la perte déclarée est de \$496,000 tandis que dans la comptabilité de l'appelante, elle est de \$416,039. On m'a expliqué que cet écart était dû aux différences de fins d'exercice financier. Le vérificateur particulier de l'appelante a alors déduit un autre montant de \$86,423 représentant une partie des dépenses de bureau allouées à l'entreprise de logement que le vérificateur de l'appelante avait ajoutées comme partie du coût de construction des voies de roulage, donnant un montant de \$329,616 que l'appelante réclame maintenant à titre de déduction, comparative-ment au montant de \$546,964.09 indiqué dans l'avis d'appel.

Dès le début, l'appelante ne s'attendait pas à tirer des bénéfices de l'entreprise de logement. Au contraire, il était nécessaire de fournir des facilités de logement pour attirer une main-d'œuvre stable à l'endroit éloigné où se trouvait la mine et l'on prévoyait une perte.

Selon l'opinion de ses conseillers juridiques, les dispositions des contrats de fiducie lui permettant de se financer par des emprunts publics empêchaient l'appelante de consacrer des fonds provenant de ces emprunts à la fourniture de logements à ses employés. C'est pour remplir cette fonction qu'on a constitué la Con-Ell. Étant une filiale à part entière, les administrateurs et les dirigeants de la Con-Ell étaient aussi ceux de l'appelante et il en résulte que toutes les décisions des dirigeants de la Con-Ell étaient conformes aux intérêts de l'appelante.

Briefly the appellant's position is that the business of Con-Ell was in reality the business of the appellant and in contradistinction thereof the position of the Minister rests on the *Salomon* case (*Salomon v. A. Salomon & Co. Ltd.* [1897] A.C. 22) that there are two separate legal entities and the losses of one are not the losses of the other.

It is well settled that the mere fact that a person holds all the shares in a company does not make the business carried out by that company the shareholder's business, nor does it make that company the shareholder's agent for carrying on the business. However it is conceivable that there may be an arrangement between the shareholder and the company which will constitute the company the shareholder's agent for the purpose of carrying on the business and so make the business that of the shareholder. It is immaterial that the shareholder is itself a limited company.

The question therefore is whether in the circumstances of the present appeal such an arrangement exists. The basis of agency is a contractual relationship either express or implied. There was no express arrangement here and whether one may be implied is a question of fact based on the circumstances of each particular case.

Counsel for the appellant relied strongly on *Smith Stone and Knight Ltd. v. Birmingham* [1939] 4 All E.R. 116. In this case the plaintiff company was the sole shareholder of a subsidiary company. The premises occupied by the subsidiary were expropriated by the defendant. The parent company sought compensation for business disturbance on the ground that the subsidiary's business was the parent's business. The claim was contested on the ground that the proper claimant was the subsidiary, that being a separate entity.

Atkinson J. reviewed the authorities and found six points that were relevant for the determination of the question: Who was really carrying on the business? Those points were:

1. Were the profits treated as the profits of the parent company? Here there were no profits but losses.

En résumé, l'appelante estime que l'entreprise de la Con-Ell était en réalité celle de l'appelante et, à l'opposé, le Ministre s'appuie sur l'arrêt *Salomon* (*Salomon c. A. Salomon & Co. Ltd.* [1897] A.C. 22) selon lequel il y a deux entités juridiques distinctes et les pertes de l'une ne sont pas les pertes de l'autre.

Il est bien établi que le simple fait pour une personne de détenir toutes les actions d'une compagnie ne fait pas de l'entreprise exploitée par cette compagnie l'entreprise de l'actionnaire et ne fait pas de cette compagnie le mandataire de l'actionnaire pour exploiter cette entreprise. Cependant il est concevable qu'il puisse exister une entente entre l'actionnaire et la compagnie qui fasse de celle-ci le mandataire de l'actionnaire dans le but de diriger l'entreprise et faire ainsi de cette entreprise celle de l'actionnaire. Il importe peu que l'actionnaire soit lui-même une compagnie à responsabilité limitée.

La question est donc la suivante: en l'espèce, existe-t-il une telle entente? Le fondement du mandat est une relation contractuelle soit expresse soit implicite. En l'espèce, il n'y a pas eu de convention expresse et la question de savoir si on peut implicitement conclure qu'il y en a une est une question de fait fondée sur les circonstances de chaque cas particulier.

Le procureur de l'appelante a invoqué avec vigueur l'arrêt *Smith Stone and Knight Ltd. c. Birmingham* [1939] 4 All E.R. 116. Dans cette affaire, la compagnie demanderesse était la seule actionnaire d'une filiale. Les locaux que la filiale occupait ont été expropriés par la défenderesse. La compagnie mère a demandé une indemnité pour perturbation des affaires au motif que l'entreprise de la filiale était celle de la compagnie mère. On s'est opposé à la demande en invoquant que seule la filiale était en droit de la présenter puisqu'il s'agissait d'une entité différente.

Le juge Atkinson a passé en revue la jurisprudence et en a tiré six éléments importants pour trancher la question suivante: Qui dirigeait réellement l'entreprise? Les voici:

1. Les bénéficiaires étaient-ils considérés comme les bénéficiaires de la compagnie mère? En

2. Were the persons conducting the business appointed by the parent company?

3. Was the parent company the head and brain of the trading venture?

4. Did the parent company govern the adventure, decide what should be done and what capital should be embarked on the venture?

5. Did the parent company make the profits by its skill and direction? In the present appeal were the losses incurred by the appellant's direction? and

6. Was the parent company in effectual and constant control?

On the evidence in the present appeal each of the six questions so posed must be answered in the affirmative but in my opinion this is not conclusive. The points outlined by Atkinson J. are but *indicia* helpful in determining the question. Other factors may be present which point to a different conclusion.

Later Atkinson J. said at page 121:

... Indeed, if ever one company can be said to be the agent or employee, or tool ... of another, I think the [subsidiary] company was in this case a legal entity, because that is all it was. There was nothing to prevent the claimants at any moment saying: "We will carry on this business in our own name". (Brackets are mine.)

Here the very reason for the incorporation of Con-Ell was predicated on the legal advice that the appellant would be in breach of the conditions of the trust deed if it conducted the housing operation on its own account. It is a principle of agency that a person cannot do by an agent what he cannot do himself.

Here Con-Ell acted as principal. It contracted with the building contractor. It obtained bank loans. Because the subsidiary was without a backlog of security the bank insisted upon a guarantee of the subsidiary's indebtedness by the appellant, but it was Con-Ell that contracted the debt as principal and the appellant acted as guarantor only and the appellant also acted as guarantor of Con-Ell to Central Mortgage and

l'espèce, il n'y avait pas de bénéfiques, c'étaient des pertes.

2. Les personnes qui dirigeaient l'entreprise étaient-elles nommées par la compagnie mère?

3. La compagnie mère était-elle le cerveau dirigeant de l'initiative commerciale?

4. La compagnie mère dirigeait-elle l'initiative, décidait-elle de ce qui devait être fait et du capital à consacrer à l'initiative?

5. La compagnie mère réalisait-elle les bénéfices grâce à sa compétence et ses directives? En l'espèce, les pertes ont-elles été subies en raison des directives de l'appelante? et

6. La compagnie mère exerçait-elle une direction effective et continue?

D'après la preuve présentée en l'espèce, on doit répondre par l'affirmative à ces six questions mais, à mon avis, ce n'est pas concluant. Les éléments soulignés par le juge Atkinson ne sont que des indications utiles pour trancher la question. Il peut exister d'autres facteurs qui mènent à une conclusion différente.

Le juge Atkinson déclarait plus loin à la page 121:

[TRANSDUCTION] ... En fait, si jamais on pouvait dire qu'une compagnie est le mandataire, l'employé ou l'instrument ... d'une autre, je crois que la compagnie [filiale] était en l'espèce une entité juridique car elle n'était rien d'autre. Rien n'empêchait la demanderesse de déclarer à tout moment: «Nous exploiterons cette entreprise en notre propre nom». (Les guillemets sont de moi.)

En l'espèce, l'unique motif de la construction de la Con-Ell en corporation s'appuyait sur l'opinion juridique selon laquelle l'appelante contreviendrait aux conditions du contrat de fiducie si elle dirigeait l'entreprise de logements en son propre nom. C'est un principe du mandat qu'une personne ne peut faire par un mandataire ce qu'elle ne peut faire elle-même.

En l'espèce, la Con-Ell agissait en son nom propre. Elle a contracté avec l'entrepreneur en construction. Elle a obtenu des prêts bancaires. Parce que la filiale n'avait pas d'antécédents fournissant des garanties, la banque a insisté pour que l'appelante se porte caution de la filiale, mais c'est la Con-Ell qui a contracté la dette comme débiteur principal et l'appelante a agi uniquement comme caution et également

Housing Corporation with which corporation Con-Ell contracted directly. Therefore the appellant did not hold out Con-Ell as its agent, nor did Con-Ell purport to act on behalf of a principal undisclosed or otherwise.

Con-Ell was carrying on business and it is important to bear in mind that limited companies that carry on businesses are separate taxable persons and the profits of their respective businesses are separate taxable profits whether or not one be the subsidiary of the other. Any attempt to erode this principle must be based upon clear and unequivocal facts leading to the irrebuttable conclusion that one legal entity is acting as the agent of another and that legal entity is really doing the business of the other and not its own at all.

In my view the facts in the present appeal do not justify such a conclusion for the reasons I have expressed.

The appeal is, therefore, dismissed with costs.

comme caution de la Con-Ell auprès de la Société centrale d'hypothèques et de logement avec laquelle la Con-Ell a contracté directement. L'appelante n'a donc pas considéré la Con-Ell comme son mandataire et la Con-Ell n'a pas prétendu agir au nom d'un mandant dont elle n'a pas dévoilé le nom ou autrement.

La Con-Ell dirigeait une entreprise et il est important de se souvenir que les compagnies à responsabilité limitée qui exploitent des entreprises sont des personnes imposables distinctement et que les bénéfices de leurs entreprises respectives sont des bénéfices imposables séparément, peu importe que l'une soit la filiale de l'autre. Toute tentative pour contourner ce principe doit s'appuyer sur des faits clairs et non équivoques conduisant à la conclusion irréfutable qu'une entité juridique agit comme mandataire d'une autre et que l'entité juridique dirige réellement l'entreprise de l'autre et non la sienne.

Pour les motifs que j'ai exprimés, les faits de l'espèce ne justifient pas, à mon avis, une telle conclusion.

L'appel est donc rejeté avec dépens.

**Arthur G. Roberts & Richard Britton-Foster,
Executors of the estate of Elizabeth Ann Roberts
(Appellants)**

**Arthur G. Roberts & Richard Britton-Foster,
Exécuteurs de la succession d'Elizabeth Ann
Roberts (Appellants)**

v.

c.

Minister of National Revenue (Respondent)

Le ministre du Revenu national (Intimé)

Trial Division, Heald J.—Toronto, September 14, 15; Ottawa, September 29, 1971.

Division de première instance, le juge Heald—
Toronto, les 14 et 15 septembre; Ottawa, le 29
septembre 1971.

*Estate tax—Transfer of assets to company in trust—
Shares in company given in consideration—Subsequent
issue of additional shares by company—Value of shares in
estate—Whether “a disposition operating as an immediate
gift inter vivos” —Estate Tax Act 1958, c. 29 [now R.S.C.
1970, c. E-9], s. 3(1)(c).*

*Impôt sur les biens transmis par décès—Transfert de biens
en fiducie à une compagnie—Actions de la compagnie don-
nées en paiement—Émission subséquente d'actions supplé-
mentaires par la compagnie—Valeur des actions dépendant
de la succession—S'agit-il d'«une disposition ayant l'effet
d'une donation immédiate entre vifs» —Loi de l'impôt sur les
biens transmis par décès, 1958, c. 29 [maintenant S.R.C.
1970, c. E-9], art. 3(1)(c).*

Mrs. R died on September 5, 1966. On August 31, 1966, in pursuance of an estate plan she transferred securities to the value of \$324,484 to the Lillooet company (a private corporation incorporated by letters patent under the Ontario *Corporations Act*) in return for 200 common shares without par value in that company, and on the same day, settled those shares on her husband and brother in trust for her children. On August 31, 1966, the Lillooet company's three directors (Mrs. R's husband, brother and the latter's wife) passed resolutions (1) authorizing issue of 200 shares to Mrs. R, (2) authorizing transfer of these shares by Mrs. R to the trustees for her children, (3) entitling the company's shareholders to subscribe for 9 common shares at 10 cents per share for each share held. The shares were duly allotted them.

M^{me} R est décédée le 5 septembre 1966. Le 31 août 1966, elle a, conformément à un projet de règlement de sa succession, transféré des valeurs estimées à \$324,484 à la compagnie Lillooet (corporation privée constituée par lettres patentes sous le régime du *Corporations Act* de l'Ontario) moyennant 200 actions ordinaires sans valeur au pair de cette compagnie et, le même jour, elle a remis ces actions à son mari et à son frère en fiducie au bénéfice de ses enfants. Le 31 août 1966, les trois administrateurs de la compagnie Lillooet (le mari de M^{me} R, le frère de celle-ci et l'épouse de ce dernier) ont approuvé des résolutions (1) autorisant l'émission de 200 actions à M^{me} R, (2) autorisant le transfert de ces actions de M^{me} R aux fiduciaires au bénéfice de ses enfants et (3) permettant aux actionnaires de la compagnie de souscrire 9 actions ordinaires à 10 cents l'action pour chaque action déjà détenue. Les actions leur ont été dûment réparties.

The letters patent of the Lillooet company authorized the issue of 2,000 common shares without par value, but provided (as permitted by s. 26(4) of the Ontario *Corporations Act*) that they should not be issued for a consideration exceeding \$2,000 except upon payment to Ontario of the fees payable on such greater amount and on the issuance by the Provincial Secretary of a certificate of such payment. An agreement signed by Mrs. R on August 31, 1966 as part of the estate plan specifically provided that the Lillooet company would take the steps necessary to enable the company's common shares to be issued for a consideration equal to the purchase price of her securities and that such shares should be issued to Mrs. R forthwith upon receipt of the certificate of payment of the additional fees required. In furtherance of that object the company's directors on August 31, 1966, passed a resolution increasing the maximum consideration for the company's 2,000 authorized common shares to \$350,000. On September 1, 1966, the Provincial Secretary received a copy of the resolution and a cheque for the additional fees payable. He did not, however, send out a certificate of payment until September 16, 1966.

Les lettres patentes de la compagnie Lillooet autorisaient l'émission de 2,000 actions ordinaires sans valeur au pair, mais prévoyaient (comme le permet l'art. 26(4) du *Corporations Act* de l'Ontario) qu'elles ne seraient pas émises pour une considération excédant \$2,000, sauf après paiement à l'Ontario des droits acquittables sur un montant plus élevé et après l'émission par le Secrétaire provincial du certificat attestant un tel paiement. Un accord que M^{me} R a signé le 31 août 1966, et qui faisait partie du projet de règlement de ladite succession, prévoyait expressément que la compagnie Lillooet prendrait les mesures nécessaires pour permettre l'émission des actions ordinaires de la compagnie pour une considération égale au prix d'achat des valeurs de M^{me} R, et que ces actions seraient émises à son nom immédiatement après la réception du certificat de paiement des droits supplémentaires requis. Pour favoriser la réalisation de cet objectif, les administrateurs de la compagnie ont, le 31 août 1966, adopté une résolution faisant passer la considération maximum des 2,000 actions ordinaires autorisées de la compagnie à \$350,000. Le 1^{er} septembre 1966, le Secrétaire provincial a reçu une copie de la résolution ainsi qu'un chèque destiné à acquitter les droits supplémentaires. Il n'a cependant envoyé le certificat de paiement que le 16 septembre 1966.

Held, payment of the additional fees and issue of a certificate of payment were by the terms of the letters patent and s. 26(4) of the Ontario *Corporations Act* conditions precedent to the issuance of common shares for an increased amount, and it was clear from the agreement signed by Mrs. R that the shares to be issued to her could not be legally issued any earlier than the date on which the Provincial Secretary sent out the certificate of payment of the additional fees, *viz*, September 16, 1966. Accordingly, the shares were not issued prior to Mrs. R's death on September 5 and were therefore assessable as assets of her estate. *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. v. M.N.R.* [1969] 2 Ex.C.R. 149; *Deltona Corp. v. M.N.R.* [1971] D.T.C. 5186, applied.

Moreover, the series of transactions by which Mrs. R's securities were transferred to trustees for her children was "a disposition operating as an immediate gift *inter vivos*" within the meaning of s. 3(1)(c) of the *Estate Tax Act* and consequently the securities were assessable as part of the estate. In tax cases substance rather than form governs. *West Hill v. M.N.R.* [1969] 2 Ex.C.R. 441; *M.N.R. v. Cox* [1971] D.T.C. 5150, referred to; *Att'y Gen. v. Oldham* [1940] 1 K.B. 599, affirmed [1940] 2 K.B. 485, distinguished.

ESTATE tax appeal.

W. D. Goodman, Q.C., and F. Cappell for appellants.

G. W. Ainslie, Q.C., and I. H. Pitfield for respondent.

HEALD J.—This is an appeal from an assessment against the estate of Elizabeth Ann Roberts wherein estate tax in the sum of \$36,341.07 was assessed against the appellants as executors of the said estate.

The deceased was, on Sept. 5, 1966, the date of her death, a married woman, the wife of Arthur G. Roberts, one of the appellants herein. The other appellant is a brother of the deceased. The deceased was forty-two years of age at the time of her death. She and the appellant Roberts are the parents of four children ranging in age from eight to fourteen years at the time of their mother's death. Mrs. Roberts had enjoyed good health until about February of 1966. She went into hospital in April of 1966 at which time her doctors concluded that she

Arrêt: le paiement des droits supplémentaires et l'émission d'un certificat de paiement constituaient aux termes des lettres patentes et de l'art. 26(4) du *Corporations Act* de l'Ontario les conditions préalables à l'émission d'actions ordinaires pour un montant plus élevé, et il était évident à la lecture de l'accord signé par M^{me} R que les actions qu'elle devait recevoir ne pouvaient être légalement émises à une date plus ancienne que celle à laquelle le Secrétaire provincial a envoyé le certificat de paiement des droits supplémentaires, c'est-à-dire le 16 septembre 1966. En conséquence, les actions n'ont pas été émises avant le 5 septembre, date du décès de M^{me} R, et étaient donc imposables à titre de biens de sa succession. Les décisions *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. c. M.N.R.* [1969] 2 R.C.É. 149 et *Deltona Corp. c. M.N.R.* [1971] D.T.C. 5186, s'appliquent en l'espèce.

En outre, la série d'opérations qui a permis le transfert des valeurs de M^{me} R aux fiduciaires au bénéfice de ses enfants constituait «une disposition ayant l'effet d'une donation immédiate entre vifs» au sens de l'art. 3(1)(c) de la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès* et, en conséquence, les valeurs étaient imposables puisqu'elles faisaient partie de la succession. Le fond plus que la forme prévaut dans les affaires fiscales. Les décisions *West Hill c. M.N.R.* [1969] 2 R.C.É. 441; *M.N.R. c. Cox* [1971] D.T.C. 5150, sont citées; l'arrêt *Le procureur général c. Oldham* [1940] 1 B.R. 599, confirmé par [1940] 2 B.R. 485 est distingué.

APPEL en matière d'impôt sur les biens transmis par décès.

W. D. Goodman, c.r., et F. Cappell pour les appellants.

G. W. Ainslie, c.r., et I. H. Pitfield pour l'intimé.

LE JUGE HEALD—Le présent appel porte sur une cotisation établie à l'encontre de la succession d'Elizabeth Ann Roberts, d'après laquelle un impôt sur les biens transmis par décès, s'élevant à \$36,341.07, a été réclamé aux appelants en leur qualité d'exécuteurs de ladite succession.

A la date de son décès, le 5 septembre 1966, la défunte était la femme d'Arthur G. Roberts, l'un des appelants en l'espèce. L'autre appellant était le frère de la défunte. La défunte avait quarante-deux ans au moment de son décès. L'appellant Roberts et elle-même étaient les parents de quatre enfants dont l'âge allait de huit à quatorze ans au moment du décès de leur mère. M^{me} Roberts avait joui d'une bonne santé jusqu'en février 1966 environ. Elle est entrée à l'hôpital en avril 1966 et, à cette époque, ses médecins ont conclu qu'elle était la victime

was the victim of a terminal disease. There was no evidence that this disease affected in any way her mental capacity or her ability to understand and execute documents and agreements so that her legal ability to execute the documents which she did in fact execute shortly before her death is not in issue.

On May 27, 1966, the deceased executed a general power of attorney in favour of Richard Britton-Foster, her brother, and Liselotte Britton-Foster his wife. There was no evidence before me that this power of attorney was revoked at any time prior to her death on Sept. 5, 1966. The appellant Roberts and the deceased were separated in September of 1965, at which time the appellant Roberts moved away from the marital home occupied by his wife and children. Mr. Roberts returned to live with his wife and children in July of 1966, and there remained until his wife's death.

The deceased was possessed of substantial assets in her own right. Arthur G. Roberts her husband, testified that she owned a portfolio of investment securities, said portfolio having a market value of \$324,484 at date of death. This value is admitted by both parties. Mrs. Roberts also owned the marital home and a ski cabin as well as other miscellaneous assets.

This appeal concerns only the above-mentioned investment portfolio.

Mr. Roberts testified that in the weeks immediately prior to her death he had many talks with his wife and much of their dialogue centred on the children's future and on how Mrs. Roberts' assets could best be utilized for the benefit of the children. As a result of these conversations and discussions it was decided to obtain advice from Mr. W. D. Goodman, Q.C., a Toronto solicitor. Accordingly Mr. Roberts first consulted Mr. Goodman on August 30, 1966, when Mr. Goodman recommended a specific programme and course of action concerning Mrs. Roberts' investment portfolio. During the afternoon of August 31, 1966, Mr. Roberts discussed Mr. Goodman's proposal in detail with his wife at their home. During the evening of August 31, 1966, Mr. Goodman came to the Roberts home at 55 Castle Frank Road, Toron-

d'une maladie fatale. Il n'y a eu aucune preuve selon laquelle cette maladie aurait eu une quelconque influence sur ses capacités intellectuelles ou sur son aptitude à comprendre et à signer des documents et des accords, de sorte que sa capacité juridique de signer les documents qu'elle a en fait signés peu avant son décès n'est pas en cause.

Le 27 mai 1966, la défunte a signé une procuration générale en faveur de son frère, Richard Britton-Foster, et de l'épouse de ce dernier, Liselotte Britton-Foster. Je n'ai pas de preuve d'une éventuelle révocation de cette procuration avant son décès le 5 septembre 1966. L'appelant Roberts et la défunte se sont séparés en septembre 1965, époque à laquelle l'appelant Roberts a quitté le foyer conjugal où vivaient sa femme et ses enfants. M. Roberts est retourné vivre avec sa femme et ses enfants en juillet 1966, ce qu'il a continué de faire jusqu'au décès de sa femme.

La défunte possédait en propre des biens importants. Son mari, Arthur G. Roberts, a déclaré qu'elle possédait un portefeuille de valeurs de placement d'une valeur marchande de \$324,484 à la date du décès. Les deux partis admettent cette valeur. M^{me} Roberts était également la propriétaire du foyer conjugal, d'une cabine de ski ainsi que d'autres biens divers.

Le présent appel ne concerne que le susdit portefeuille de valeurs.

M. Roberts a déclaré qu'au cours des semaines ayant précédé immédiatement le décès, il avait eu de nombreuses conversations avec sa femme et que beaucoup de leurs entretiens tournaient autour de l'avenir des enfants et de la façon dont l'usage des biens de M^{me} Roberts pourrait le mieux profiter aux enfants. A la suite de ces conversations et entretiens, il fut décidé de consulter M. W. D. Goodman, c.r., avocat de Toronto. En conséquence, M. Roberts a consulté une première fois M. Goodman le 30 août 1966, lequel a recommandé l'adoption d'un programme et d'une ligne de conduite particuliers à propos du portefeuille de M^{me} Roberts. Dans l'après-midi du 31 août 1966, M. et M^{me} Roberts ont, chez eux, discuté en détail la proposition de M. Goodman. Le 31 août 1966, au soir, M. Goodman est venu chez

to, and explained to Mr. and Mrs. Roberts the various steps and procedures implicit in the proposed plan. The Roberts decided to accept Mr. Goodman's advice and to proceed with the programme suggested by him. Accordingly during that meeting Mrs. Roberts signed a letter of instructions to her brother Richard Britton-Foster, the said letter of instructions being received in evidence as Ex. P.2. In that letter Mrs. Roberts informed her brother that she intended to sell her investment portfolio to a company known as Lillooet Investments Limited (hereinafter referred to as Lillooet) in return for 200 common shares without par value of the capital stock of that company representing all the issued shares in that company at that time; that she wished to gift the said shares to her said brother and her husband as trustees of the Elizabeth Ann Roberts Family Trust. Additionally the letter directed her brother to utilize his power of attorney from her to execute all documents in her name that might be necessary to effect the said sale of her securities to Lillooet and to transfer the said 200 shares of Lillooet to her brother and husband in their capacity as trustees of the Elizabeth Ann Roberts Family Trust.

At that same meeting the evening of August 31, 1966, at the Roberts home, Mrs. Roberts also signed the agreement dated August 31, 1966, between herself and Lillooet covering the sale of her investment portfolio of "blue chip stocks" and bonds worth \$324,484 to Lillooet in return for the 200 no par value common shares of Lillooet (the said agreement was received in evidence as Ex. P.3). Mrs. Roberts also executed the said Elizabeth Ann Roberts Family Trust dated August 31, 1966, at the same meeting with Mr. Goodman on the evening of August 31, 1966. This document was received in evidence as Ex. P.4. This is a very lengthy document. Briefly described, it purported to settle the 200 shares of Lillooet on Arthur George Roberts (husband) and Richard Britton-Foster (brother) to hold upon certain trusts for the benefit of the Roberts children and issue.

les Roberts au 55 Castle Frank Road à Toronto et a expliqué à M. et M^{me} Roberts les différentes dispositions et procédures qu'impliquait le plan proposé. Les Roberts ont décidé d'accepter les conseils de M. Goodman et de suivre le programme qu'il avait proposé. En conséquence, au cours de cet entretien, M^{me} Roberts a signé une lettre d'instructions à son frère, Richard Britton-Foster, laquelle lettre a été admise en preuve, pièce P.2. Dans cette lettre, M^{me} Roberts a averti son frère qu'elle avait l'intention de vendre son portefeuille de valeurs à une compagnie connue sous le nom de Lillooet Investments Limited (ci-après désignée la Lillooet) moyennant 200 actions ordinaires sans valeur au pair du capital social de cette compagnie, ce qui représentait toutes les actions émises par cette compagnie à cette époque, et qu'elle souhaitait donner lesdites actions à son frère et à son mari en leur qualité de fiduciaires de la fiducie de la famille d'Elizabeth Ann Roberts. La lettre prescrivait en outre à son frère d'utiliser la procuration qu'elle lui avait donnée pour signer en son nom tous les documents éventuellement nécessaires pour accomplir ladite vente de ses valeurs à la Lillooet et pour effectuer le transfert desdites 200 actions de la Lillooet à son frère et à son mari en leur qualité de fiduciaires de la fiducie de la famille d'Elizabeth Ann Roberts.

Au cours du même entretien, le soir du 31 août 1966, chez les Roberts, M^{me} Roberts a également signé l'accord daté du 31 août 1966 et conclu entre la Lillooet et elle-même relatif à la vente à la Lillooet de son portefeuille de valeurs (de tout premier ordre) et d'obligations, qui s'élevait à \$324,484 moyennant les 200 actions ordinaires sans valeur au pair de cette compagnie (ledit accord a été admis en preuve, pièce P.3). M^{me} Roberts a également signé ladite fiducie de la famille d'Elizabeth Ann Roberts, datée du 31 août 1966, lors de la même réunion avec M. Goodman, le soir du 31 août 1966. Ce document a été admis en preuve, pièce P.4. Il s'agit d'un document très long. En quelques mots, son objet consistait à mettre les 200 actions de la Lillooet sous les noms d'Arthur George Roberts (le mari) et de Richard Britton-Foster (le frère), qui détiendraient certaines fiducies au bénéfice des enfants Roberts et de leur descendance.

Mr. Roberts' evidence at trial was that Ex. P.2, P.3 and P.4 were signed by his wife at the meeting with Mr. Goodman on the evening of August 31, 1966, at their home 55 Castle Frank Road. This evidence is not contradicted by any other evidence and conforms to the answers he gave on examination for discovery. I accordingly find as a fact that Elizabeth Ann Roberts signed and executed Ex. P.2, P.3 and P.4 during the evening of August 31, 1966, at 55 Castle Frank Road, Toronto. However, considerable further documentation forms an integral part of this programme (which for convenience I will describe as the Goodman plan) and is principally contained in Ex. P.5 which consists of pages numbered 1 to 36, being resolutions and minutes of the shareholders and directors of Lillooet. The dates on which these resolutions and minutes were signed is not so clear and is in issue. For the moment in referring to these minutes I will refer to the date which appears in them and will have more to say later on concerning the date on which they were actually signed.

Lillooet Investments Limited was duly issued a charter by letters patent from the Provincial Secretary of the Province of Ontario dated 6th day of May 1966, under the authority granted to him by the Ontario *Corporations Act*, R.S.O. 1970, c. 89. The authorized capital of the company consisted of: 2000 common shares without par value; (the charter provided maximum consideration of \$2000) 2000 Class A preference shares par value \$1.00 each; 34,000 Class B non-voting preference shares par value \$1.00 each; 2000 Class C non-voting preference shares par value \$1.00 each. No evidence was adduced of any dealings with any of the preference shares. Thus all the relevant share transactions are transactions having to do with the common shares without par value. The incorporators of the company were Herbert A. Abramson, Sol Shulman and Allen Karp, all solicitors of the City of Toronto and all members of Mr. Goodman's firm at that time. After incorporation the following steps were taken as appears from a perusal of Ex. P.5. I have set them out chronologically as they appear in Ex. P.5.

La preuve apportée par M. Roberts au procès consistait en ce que les pièces P.2, P.3 et P.4 ont été signées par son épouse lors de l'entretien avec M. Goodman, le soir du 31 août 1966, à leur domicile, au 55 Castle Frank Road. Cette preuve n'est contredite par aucune autre et est conforme aux réponses qu'il a données lors de l'interrogatoire préalable. Je considère donc comme un fait établi qu'Elizabeth Ann Roberts a approuvé et signé les pièces P.2, P.3 et P.4 au cours de la soirée du 31 août 1966, au 55 Castle Frank Road à Toronto. Toutefois, une importante documentation ultérieure, qui fait partie intégrante de ce programme (que, pour plus de commodité, je désignerai sous le nom de plan Goodman) se trouve principalement dans la pièce P.5, soit aux pages numérotées de 1 à 36; il s'agit de résolutions et de procès-verbaux émanant des actionnaires et des administrateurs de la Lillooet. Les dates de signature de ces résolutions et de ces procès-verbaux ne sont pas établies de façon tellement claire et sont contestées. Pour l'instant, je me référerai à ces procès-verbaux en prenant la date qui y figure, mais par la suite j'en dirai davantage en ce qui concerne les dates réelles de leur signature.

La Lillooet Investments Limited a reçu sa charte que le Secrétaire provincial de l'Ontario a, en bonne et due forme, délivrée par lettres patentes le 6 mai 1966, en vertu des pouvoirs que lui accorde le *Corporations Act* de l'Ontario, S.R.O. 1970, c. 89. Le capital social autorisé de la compagnie se composait de: 2,000 actions ordinaires sans valeur au pair, la charte prévoyant une considération maximum de \$2,000, 2,000 actions privilégiées de classe A d'une valeur au pair de \$1.00 chacune, 34,000 actions privilégiées sans droit de vote de classe B, d'une valeur au pair de \$1.00 chacune, 2,000 actions privilégiées sans droit de vote de classe C, d'une valeur au pair de \$1.00 chacune. On n'a fourni aucune preuve de transactions pour ce qui est des actions privilégiées. Toutes les transactions d'actions en cause sont donc des transactions relatives aux actions ordinaires sans valeur au pair. Herbert A. Abramson, Sol Shulman et Allen Karp, fondateurs de la compagnie, étaient tous avocats à Toronto et membres du cabinet de M. Goodman à cette époque-là. Après la constitution en corporation, on a pris les mesures suivantes que la lecture de la

Step 1. The transfer of one share each by the incorporators to the appellant Roberts, the appellant Britton-Foster and Mrs. Britton-Foster, the said three transferees being elected directors of the company with the appellant Roberts being elected president and the appellant Britton-Foster being elected secretary-treasurer. The minutes evidencing this step bear date May 6, 1966.

Step 2. The company directors passed a resolution providing for an increase from \$2000 to \$350,000 as the maximum consideration for the issue of the 2000 common shares and further resolved that the necessary steps be taken to pay the fee on such greater amount and to request the Provincial Secretary to issue a certificate that such fee has been paid. The minutes evidencing this step bear date May 6, 1966.

Step 3. The three shareholders, that is the appellant Roberts, the appellant Britton-Foster and Mrs. Britton-Foster each executed declarations of trust wherein each of them declared that he or she held their one share of Lillooet in trust for Elizabeth Ann Roberts. These declarations of trust each bear date August 31, 1966.

Step 4. The company directors passed a resolution authorizing the purchase of the investment portfolio of the deceased worth \$324,484 in consideration of the allotment and issue of 200 common shares of the company and authorized the president and secretary-treasurer to execute the said agreement on behalf of the company. This is the agreement for sale received in evidence as Ex. P.3. This resolution bears date August 31, 1966.

Step 5. The company directors passed a resolution providing for the allotment and issue of a further 197 common shares of the company to Elizabeth Ann Roberts and also fixed the consideration for the said allotment and issue as \$324,481. This resolution bears date August 31, 1966.

pièce P.5 révèle. Je les ai placées dans l'ordre chronologique suivant lequel elles figurent à la pièce P.5.

Première mesure. Transfert d'une seule action par chacun des fondateurs, à l'appellant Roberts, à l'appellant Britton-Foster et à M^{me} Britton-Foster, les trois cessionnaires en question étant nommés administrateurs de la compagnie, l'appellant Roberts président et l'appellant Britton-Foster secrétaire-trésorier. Le procès-verbal attestant cette mesure porte la date du 6 mai 1966.

Deuxième mesure. Les administrateurs de la compagnie ont approuvé une résolution prévoyant une augmentation de \$2,000 à \$350,000 de la considération maximum relative à l'émission des 2,000 actions ordinaires et ils ont en outre décidé de prendre les mesures nécessaires pour acquitter le droit concernant ce montant plus élevé et de demander au Secrétaire provincial d'émettre un certificat attestant le paiement de ce droit. Le procès-verbal attestant cette mesure porte la date du 6 mai 1966.

Troisième mesure. Les trois actionnaires, soit l'appellant Roberts, l'appellant Britton-Foster et M^{me} Britton-Foster, ont signé chacun une déclaration de fiducie selon laquelle ils déclarent détenir chacun une action de la Lillooet en fiducie pour Elizabeth Ann Roberts. Ces déclarations de fiducie portent chacune la date du 31 août 1966.

Quatrième mesure. Les administrateurs de la compagnie ont approuvé une résolution autorisant l'achat du portefeuille de valeurs de la défunte, estimé à \$324,484, moyennant l'émission et la répartition de 200 actions ordinaires de la compagnie et ont habilité le président et le secrétaire-trésorier à passer l'acte au nom de la compagnie. Il s'agit de l'acte de vente admis en preuve comme pièce P.3. Cette résolution porte la date du 31 août 1966.

Cinquième mesure. Les administrateurs de la compagnie ont approuvé une résolution prévoyant l'émission et la répartition de 197 actions ordinaires nouvelles de la compagnie au profit d'Elizabeth Ann Roberts et ont également fixé la considération de ces émission et répartition à \$324,481. Cette résolution porte la date du 31 août 1966.

Step 6. Elizabeth Ann Roberts transferred by way of gift to the appellant Roberts and the appellant Britton-Foster as trustees of the Elizabeth Ann Roberts Family Trust the said 197 common shares of Lillooet. This transfer bears date August 31, 1966.

Step 7. Step 7 is a separate declaration of trust of each of Messrs. Roberts and Britton-Foster and Mrs. Britton-Foster wherein each of them declared that they held one common share of Lillooet in trust for the appellant Roberts and the appellant Britton-Foster as trustees of the Elizabeth Ann Roberts Family Trust. The declarations of trust in Step 7 bear date August 31, 1966.

Step 8. The company directors passed a resolution under which each of the existing shareholders was given the right to subscribe for and have issued nine common shares at ten cents per share for each common share presently held. The appellants Roberts and Britton-Foster in their capacity as trustees of the Elizabeth Ann Roberts Family Trust were thus allotted and issued 1800 common shares at a price of ten cents per share. This allotment and issue was based on the assumption that the said appellants as trustees of the Elizabeth Ann Roberts Family Trust were the owners of all the previously issued 200 shares.

To summarize, on August 30, 1966, Elizabeth Ann Roberts owned an investment portfolio with a market value of \$324,484. Had she died on August 30, 1966, this sum would have been included in the aggregate net value of her estate for estate tax purposes. However, on August 31, 1966, the Goodman plan outlined above was implemented. The appellants submit that the implementation of this plan has the following result:

(a) The three original incorporators' shares belonged beneficially to Elizabeth Ann Roberts who gifted them to the Elizabeth Ann Roberts Family Trust before her death.

Sixième mesure. Elizabeth Ann Roberts a transféré par voie de donation aux appelants Roberts et Britton-Foster en leur qualité de fiduciaires de la fiducie de la famille d'Elizabeth Ann Roberts les 197 actions ordinaires en question de la Lillooet. Ce transfert porte la date du 31 août 1966.

Septième mesure. Cette mesure consiste en une déclaration de fiducie distincte faite respectivement par MM. Roberts et Britton-Foster et par M^{me} Britton-Foster aux termes de laquelle chacun d'entre eux a déclaré détenir une action ordinaire de la Lillooet en fiducie au bénéfice des appelants Roberts et Britton-Foster en leur qualité de fiduciaires de la fiducie de la famille d'Elizabeth Ann Roberts. Les déclarations de fiducie constituant la septième mesure portent la date du 31 août 1966.

Huitième mesure. Les administrateurs de la compagnie ont approuvé une résolution qui conférait à chaque actionnaire existant le droit de souscrire et de se faire émettre neuf actions ordinaires à dix cents l'action pour chaque action ordinaire qu'il détenait à l'époque. On a ainsi émis et réparti 1,800 actions ordinaires au prix de dix cents l'action au profit des appelants Roberts et Britton-Foster en leur qualité de fiduciaires de la fiducie de la famille d'Elizabeth Ann Roberts. Ces émission et répartition reposaient sur l'hypothèse que les appelants en question, en leur qualité de fiduciaires de la fiducie de la famille d'Elizabeth Ann Roberts possédaient la totalité des 200 actions émises auparavant.

En résumé, le 30 août 1966, Elizabeth Ann Roberts possédait un portefeuille de valeurs évalué à \$324,484. Si elle était décédée le 30 août 1966, cette somme aurait été comprise dans la valeur globale nette de sa succession aux fins de l'impôt sur les biens transmis par décès. Toutefois, le 31 août 1966, le plan Goodman esquissé ci-dessus avait été exécuté. Les appelants soutiennent que l'exécution de ce plan a entraîné les résultats suivants:

a) Les actions des trois personnes qui à l'origine ont constitué la compagnie appartenaient réellement à Elizabeth Ann Roberts, qui les a données à la fiducie de la famille d'Elizabeth Ann Roberts avant son décès.

(b) Under the sale agreement Elizabeth Ann Roberts was entitled to receive 197 additional common shares of Lillooet which she also gifted to the trust before her death.

(c) In the result Elizabeth Ann Roberts had disposed of her entire interest in Lillooet before her death.

(d) The directors of Lillooet validly issued 1800 additional common shares at ten cents per share.

(e) At September 5, 1966, the date of Mrs. Roberts' death there were 2000 validly issued common shares of Lillooet. The 200 shares which Mrs. Roberts had gifted represented only ten per cent of the net worth of the company. Therefore appellants argue that only ten per cent of the value of \$324,484 or \$32,448 should be included in the aggregate net value of the estate. The respondent assessed the estate on the basis of the full market value of \$324,484 and this appeal is from that assessment.

I found as a fact *supra* that Elizabeth Ann Roberts signed and executed Ex. P.2, P.3 and P.4 during the evening of August 31, 1966, at her home 55 Castle Frank Road, Toronto. I also said that the date of execution of the further documentation forming an integral part of this plan was not so clear and was in issue notwithstanding the dates appearing on them.

Lillooet Investments Limited was incorporated on May 6, 1966, by Messrs. Abramson, Shulman and Karp but did not become an active company while they were its sole shareholders. Mr. Roberts says it was what is known as a "shelf" company; in other words an existing company with full legal status but on the "shelf" in the sense of not being actively engaged in a business of any kind. His evidence was that because a private corporation was essential to the implementation of the plan recommended by Mr. Goodman and because this company was available, it was decided to purchase all of the shares of Lillooet presumably to save the time and possibly some of the costs involved in incorporating a new company.

b) Aux termes de l'acte de vente, Elizabeth Ann Roberts était fondée à recevoir de la Lillooet les 197 actions ordinaires supplémentaires qu'elle a également données à la fiducie avant son décès.

c) Finalement, Elizabeth Ann Roberts a abandonné toute participation dans la Lillooet avant son décès.

d) Les administrateurs de la Lillooet ont régulièrement émis 1,800 actions ordinaires supplémentaires à dix cents l'action.

e) Au décès de M^{me} Roberts, le 5 septembre 1966, il y avait 2,000 actions ordinaires de la Lillooet régulièrement émises. Les 200 actions que M^{me} Roberts avait données ne représentaient que dix pour cent de la valeur nette de la compagnie. En conséquence, les appelants plaident que seuls, dix pour cent de la valeur de \$324,484, soit \$32,448, devraient être compris dans la valeur globale nette de la succession. L'intimé a cotisé la succession d'après sa pleine valeur marchande, soit \$324,484 et le présent appel porte sur cette cotisation.

J'ai considéré précédemment comme un fait établi qu'Elizabeth Ann Roberts a approuvé et signé les pièces P.2, P.3 et P. 4 au cours de la soirée du 31 août 1966 à son domicile, au 55 Castle Frank Road à Toronto. J'ai également déclaré que la date de signature des documents ultérieurs qui font partie intégrante du plan en question n'était pas établie de façon tellement claire et était contestée malgré la présence de certaines dates dans ceux-ci.

La Lillooet Investments Limited a été constituée en corporation le 6 mai 1966 par MM. Abramson, Shulman et Karp, mais cette compagnie n'a pas eu d'activité tant que ces derniers en ont été les seuls actionnaires. M. Roberts déclare qu'elle constituait ce qu'on appelle une compagnie «de façade»; en d'autres termes, il s'agit d'une compagnie réelle qui possède un statut juridique entier, mais qui est «de façade» en ce sens qu'elle n'exploite pas activement une entreprise de quelque genre que ce soit. Son témoignage revenait à dire que puisqu'une corporation privée était nécessaire pour exécuter le plan recommandé par M. Goodman, et puisque cette compagnie était disponible, on a décidé d'acheter toutes les actions de la Lillooet, pro-

This explains why pages 1 to 9 of Ex. P.5 are dated May 6, 1966. These resolutions were obviously prepared at the time of incorporation on May 6, 1966. The names of Messrs. Roberts and Britton-Foster and Mrs. Britton-Foster were inserted much later because the decision to purchase the shares of this company was not taken until August 31. There was no evidence as to whether the incorporators signed the resolutions on May 6th or at some subsequent date but in my view the date of signing by the incorporators is not crucial to the decision in this case. However, all of the other resolutions, minutes, declarations and documentation contained in pages 10 to 36 inclusive of Ex. P.5 are dated August 31, 1966.

In their pleadings the appellants state that all of the pertinent share transactions in Lillooet occurred on August 31, 1966. I refer to paragraphs 2, 3 and 4 of the notice of appeal in this regard. This is confirmed by the appellant Roberts in his examination for discovery.

Additionally, Mr. Goodman's firm wrote a letter bearing date of October 14, 1966, to the appellants which can best be described as a reporting letter. The letter under the signature of Richard W. J. Posluns, a member of Mr. Goodman's law firm is some 10 pages in length and reports in detail the various steps undertaken and completed under the Goodman plan. On page 9 of the letter Mr. Posluns says, "Naturally it is most essential that any estate tax and succession duty returns and any correspondence with the respective departments be accurate in describing the estate planning procedures which we have implemented and which are reported to you in this letter." Mr. Posluns wrote this letter when the various steps and meetings were still fresh in his mind. He realized that accuracy was essential in reporting this plan and every step in it to the Department because he was well aware that the Department would scrutinize the plan very closely having regard to its result which was to substantially

blement pour gagner du temps et peut-être pour économiser certains des frais qu'entraîne la constitution d'une nouvelle compagnie. Cela explique pourquoi les pages 1 à 9 de la pièce P.5 portent la date du 6 mai 1966. Ces résolutions ont été évidemment rédigées au moment de la constitution en compagnie, le 6 mai 1966. Les noms de MM. Roberts et Britton-Foster, ainsi que celui de M^{me} Britton-Foster ont été insérés beaucoup plus tard, puisque la décision d'acheter les actions de cette compagnie n'a été prise que le 31 août. Il n'existait pas de preuve sur le point de savoir si les fondateurs ont signé les résolutions le 6 mai ou à quelque date postérieure, mais, à mon avis, la date de cette signature n'est pas fondamentale pour trancher la présente affaire. Toutefois, toutes les autres résolutions et déclarations et tous les autres procès-verbaux et documents figurant aux pages 10 à 36 incluse de la pièce P.5 sont datés du 31 août 1966.

Dans leurs plaidoiries, les appelants déclarent que toutes les transactions d'actions concernant la Lillooet se sont produites le 31 août 1966. Je cite à ce sujet les alinéas 2, 3 et 4 de l'avis d'appel. L'appelant Roberts confirme cela dans son interrogatoire préalable.

En outre, le cabinet de M. Goodman a envoyé aux appelants une lettre datée du 14 octobre 1966 qu'on peut mieux décrire en la qualifiant de compte rendu. Cette lettre, signée de Richard W. J. Posluns, avocat du cabinet de M. Goodman, compte quelque dix pages et décrit en détail les différentes mesures mises en œuvre et accomplies pour exécuter le plan Goodman. A la page 9 de la lettre, M. Posluns écrit: [TRADUCTION] «Naturellement, il est très important que toute déclaration, tant d'impôt sur les biens transmis par décès que de droits successoraux, ainsi que toute correspondance avec les ministères respectifs, donne une description exacte des techniques du projet de règlement de la succession que nous avons mises en œuvre et qui vous sont indiquées dans cette lettre.» M. Posluns a écrit cette lettre à un moment où il avait encore très présentes à l'esprit les diverses mesures et rencontres. Il s'est rendu compte que l'exactitude était essentielle dans la communication de ce plan et de chacune de ses étapes au ministère, car il était bien conscient que ce

reduce the amount of estate tax payable in Mrs. Roberts' estate.

On page 4 of this reporting letter Mr. Posluns says: "*On the 31st day of August 1966* (the italics are mine), the directors passed a resolution of the company allotting and issuing a further 197 common shares without par value for the sum of \$324,481 to Elizabeth Ann Roberts, representing the purchase price payable in respect of the purchase by the company from Mrs. Roberts of certain shares. . . . *On the same day* (the italics are mine) a resolution was passed by the board of directors approving the transfer of 197 common shares in the capital of the company from Elizabeth Ann Roberts to Arthur George Roberts and Richard Britton-Foster, trustees of the Elizabeth Ann Roberts Family Trust . . ." "At a meeting of the board of directors of the company held on the *31st day of August 1966* (the italics are mine), at the hour of 4 o'clock in the afternoon a resolution was passed giving the right to each of the present shareholders of the company to subscribe for and to be issued nine common shares in the capital of the company at ten cents per share for each common share presently held by each shareholder . . ." "As mentioned above, the directors of the company passed a resolution approving the purchase of the securities and the form of agreement of purchase and sale on the *31st day of August 1966*" (the italics are mine).

Nevertheless the appellant Arthur G. Roberts in his evidence at trial swore that all of the Lillooet resolutions and minutes signed by himself, the appellant Britton-Foster and Mrs. Britton-Foster were signed not on August 31 but in Mr. Goodman's office on the morning of September 1, 1966. He admits that he and Mr. Britton-Foster did meet with Mr. Goodman in Mr. Goodman's office on the afternoon of August 31 from about 3.30 p.m. until about 5 p.m., that Mr. Posluns was also present at this meeting but denies that this meeting or any portion of it was the meeting of the directors described on pages 30 and 31 of Ex. P.5 as

dernier examinerait de très près et à fond le plan au regard de son objectif qui était de réduire considérablement le montant de l'impôt sur les biens transmis par décès frappant la succession de M^{me} Roberts.

A la page 4 de ce compte rendu, M. Posluns écrit: [TRADUCTION] «*Le 31 août 1966* (les italiques sont de moi), les administrateurs ont approuvé une résolution de la compagnie émettant et repartissant 197 actions ordinaires supplémentaires sans valeur au pair pour la somme de \$324,481 au bénéfice d'Elizabeth Ann Roberts, ce qui représente le prix d'achat que la compagnie devait acquitter au regard de l'achat de certaines actions à M^{me} Roberts . . . *Le même jour* (les italiques sont de moi), le conseil d'administration a adopté une résolution approuvant le transfert des 197 actions ordinaires du capital de la compagnie par Elizabeth Ann Roberts au profit d'Arthur George Roberts et de Richard Britton-Foster, fiduciaires de la fiducie de la famille d'Elizabeth Ann Roberts . . . » «Lors d'une réunion du conseil d'administration de la compagnie qui eut lieu le *31 août 1966* (les italiques sont de moi), à quatre heures de l'après-midi, on a approuvé une résolution donnant le droit à chacun des actionnaires actuels de la compagnie de souscrire et de se faire émettre neuf actions ordinaires du capital de la compagnie à dix cents l'action pour chaque action ordinaire que chacun détenait déjà . . . » «Comme je l'ai déjà indiqué, les administrateurs de la compagnie ont adopté le *31 août 1966* (les italiques sont de moi), une résolution approuvant tant l'achat des valeurs que la forme de l'acte d'achat et de vente.»

Néanmoins, l'appellant Arthur G. Roberts, dans la preuve qu'il a présentée au procès, a juré que toutes les résolutions et tous les procès-verbaux de la Lillooet signés par l'appellant Britton-Foster, par M^{me} Britton-Foster et par lui-même, n'ont pas été signés le 31 août, mais le 1^{er} septembre 1966 au matin dans le bureau de M. Goodman. Il reconnaît que M. Britton-Foster et lui-même se sont réunis avec M. Goodman dans le bureau de ce dernier dans l'après-midi du 31 août de 15h30 à 17h environ et que M. Posluns était également présent à cette réunion, mais il nie que cette réunion ou toute partie de celle-ci ait constitué la réunion

taking place at 4 p.m. on August 31, 1966. (This was the meeting which declared the stock rights of nine to one.) Roberts' only explanation of this direct conflict between his evidence at trial and his evidence on examination for discovery was that because all of the resolutions and documentation were dated August 31, that he assumed they were actually signed and the meetings actually held on August 31; that between the examination for discovery and the date of trial he discovered his error and was now correcting his testimony. I do not accept this explanation. On the one hand the notice of appeal gives the pertinent dates as August 31; Roberts in his examination for discovery swears the pertinent date as August 31; Mr. Posluns in his reporting letter of October 14, 1966, to the appellants after stressing to his clients the need for accuracy and full disclosure, also gives the pertinent date as August 31; on the other hand the evidence of the appellant Roberts at trial that he was previously in error and (a necessary inference from his evidence) that the pleadings were in error and Mr. Posluns was in error. Counsel for the respondent quite properly pointed out at trial that no effort was made to explain this discrepancy. No attempt was made to corroborate Roberts' evidence at trial—for example—a docket entry or diary entry from the Goodman office. Messrs. Britton-Foster, Goodman and Posluns were present when the documentation was signed and the meetings were held. It would have been a simple matter to have one or the other of them give evidence on this very important part of the case. I do not accept Mr. Roberts' evidence at trial on this point. Accordingly I find as a fact that all of the resolutions, declarations, minutes and documentation signed by the appellants and Mrs. Britton-Foster as contained in Ex. P.5 were in fact signed and executed by them on August 31, 1966. I find further as a fact that the directors' meeting recorded as held on August 31, at 4 p.m. was in fact held on that date and at that hour and transacted the business as reported by the minutes thereof which are contained on pages 30 to 32 inclusive of Ex. P.5.

des administrateurs décrite aux pages 30 et 31 de la pièce P.5 comme ayant eu lieu à 16h le 31 août 1966. (Il s'agissait de la réunion qui a proclamé le droit d'obtenir neuf actions pour une.) La seule explication que Roberts a fournie de cette contradiction directe entre la preuve qu'il a présentée au procès et celle qu'il a présentée lors de l'interrogatoire préalable était que, puisque toutes les résolutions et tous les documents étaient datés du 31 août, il supposait qu'ils avaient été réellement signés et que les réunions avaient véritablement eu lieu à cette date, mais qu'entre l'interrogatoire préalable et la date du procès, il a découvert son erreur et qu'il modifiait maintenant son témoignage. Je n'accepte pas cette explication. D'une part, l'avis d'appel donne comme date appropriée celle du 31 août; Roberts, dans son interrogatoire préalable, jure que le 31 août est la date exacte et M. Posluns, dans la lettre de compte rendu qu'il a adressée le 14 octobre 1966 aux appelants, après avoir souligné à ses clients la nécessité de l'exactitude ainsi que celle d'une divulgation complète, donne également comme date appropriée celle du 31 août; d'autre part, il y a le témoignage de l'appellant Roberts au procès, selon lequel il était auparavant dans l'erreur et, conséquence inévitable de cette preuve, que les plaidoiries ainsi que M. Posluns étaient dans l'erreur. L'avocat de l'intimé a fait très justement remarquer au procès qu'on n'a déployé aucun effort pour expliquer cette contradiction. On n'a pas essayé de confirmer la preuve que Roberts a présentée au procès à l'aide, par exemple, d'une inscription sur un registre ou sur un agenda du cabinet Goodman. MM. Britton-Foster, Goodman et Posluns étaient présents lors de la signature des documents et de la tenue des réunions. Il aurait été facile à l'un ou à l'autre de témoigner à propos de cette partie très importante de l'affaire. Je n'accepte pas la preuve que M. Roberts a présentée au procès sur cette question. En conséquence, je considère comme un fait établi que toutes les résolutions et déclarations et tous les procès-verbaux et documents signés par les appelants et par M^{me} Britton-Foster, qui figurent dans la pièce P.5, avaient été en réalité approuvés et signés par eux le 31 août 1966. En outre je considère comme un fait établi que la réunion des administrateurs, qui a eu lieu d'après les

The letters patent of Lillooet provide that the 2000 common shares without par value shall not be issued for a consideration exceeding two thousand dollars "*or such greater amount as the Board of Directors of the Company deems expedient on payment to the Treasurer of Ontario of the fees payable on such greater amount and on the issuance by the Provincial Secretary of a certificate of such payment*". (The italics are mine).

Such a provision in the letters patent is permitted pursuant to the provisions of s. 26(4) of the Ontario *Corporations Act*, R.S.O. 1970, c. 89¹.

The directors of Lillooet proceeded pursuant to this provision of the letters patent and accordingly passed a resolution increasing the maximum consideration from \$2,000 to \$350,000 for the issuance of the 2,000 common shares without par value. This minute is dated May 6, 1966, but I held, *supra*, that it was signed by the directors on August 31, 1966. Then on September 1, 1966, a letter was written by Mr. Posluns of the Goodman firm (Ex. D.4) and delivered to the office of the Provincial Secretary the same day, enclosing a certified copy of the said resolution and a cheque for the Treasurer's necessary additional fees and requesting the Provincial Secretary to issue the certificate of such payment.

The evidence of Mr. McCormack, the Controller of Records in the Ontario Companies Branch, was to the effect that the Provincial Secretary signed the certificate of payment of fees (Ex. P.6) on September 15, 1966, and that it was sent out to the Goodman office on September 16, 1966.

The Lillooet letters patent clearly state that the common shares can only be issued for an increased consideration *on* payment to the Treasurer of the increased fees *and on* the issuance of the certificate by the Provincial

dossiers le 31 août à 16h, a vraiment eu lieu à cette date et à cette heure et qu'ils y ont traité les opérations, indiquées dans le procès-verbal de celle-ci, qui figurent aux pages 30 à 32 incluse de la pièce P.5.

Les lettres patentes de la Lillooet disposent que les 2,000 actions ordinaires sans valeur au pair ne seront pas émises pour une considération excédant \$2,000 [TRADUCTION] «*ou telle somme plus élevée que le conseil d'administration de la compagnie juge convenable après paiement au Trésorier de l'Ontario des droits acquittables sur cette somme plus élevée et après l'émission par le Secrétaire provincial du certificat attestant un tel paiement*». (Les italiques sont de moi).

Il est possible d'inscrire une telle disposition dans des lettres patentes, en vertu des termes de l'art. 26(4) du *Corporations Act* de l'Ontario, S.R.O. 1970, c. 89.¹

Les administrateurs de la Lillooet ont agi conformément à cette disposition des lettres patentes et, en conséquence, ont approuvé une résolution faisant passer la limite de la considération de \$2,000 à \$350,000 pour l'émission des 2,000 actions ordinaires sans valeur au pair. Le procès-verbal en question est daté du 6 mai 1966, mais j'ai déjà décidé que les administrateurs l'avaient signé le 31 août 1966. Ensuite, le 1^{er} septembre 1966, M. Posluns, du cabinet Goodman, a écrit une lettre (pièce D.4), expédiée au Secrétariat provincial le même jour, qui contenait une copie certifiée conforme de ladite résolution ainsi qu'un chèque pour acquitter au Trésorier les droits supplémentaires indispensables, et qui demandait au Secrétaire provincial d'émettre le certificat attestant ce paiement.

Selon la preuve de M. McCormack, contrôleur des archives à la Direction des compagnies de l'Ontario, le Secrétaire provincial a signé le 15 septembre 1966 le certificat de paiement des droits (pièce P.6) qu'on a envoyé au cabinet Goodman le 16 septembre 1966.

Les lettres patentes de la Lillooet énoncent clairement que les actions ordinaires ne peuvent être émises pour une considération plus élevée qu'*après* paiement au Trésorier de droits plus élevés *et qu'après* l'émission du certificat par le

Secretary (the italics are mine). The wording of the letters patent makes it clear that these two steps are conditions precedent to the issuance of common shares for an increased consideration. In the case at bar, step 1 occurred on September 1, 1966, but step 2 did not occur until September 15, 1966. It should also be observed that s. 26(4) of the Ontario *Corporations Act* which permits this type of procedure to be included in letters patent uses identical language and it is thus equally clear that the two above-noted steps are conditions precedent in the governing statute.

I would also like to refer to the agreement for sale between Elizabeth Ann Roberts and Lillooet. Paragraph 7 thereof states:

Without restricting the generality of the foregoing, it is expressly understood between the Parties hereto that the Purchaser shall forthwith take such steps as are necessary to enable the common shares to be issued for an aggregate consideration equal to the purchase price hereunder and that *forthwith upon receiving* the required certificate from the Provincial Secretary of the Province of Ontario entitling the Purchaser to issue the said shares for the said consideration, it will cause the common shares to be issued to the Vendor in accordance with the terms of this Agreement. (The italics are mine).

It is clear from paragraph 7 that the shares to be issued to Mrs. Roberts could not possibly be legally issued any earlier than September 16, 1966, the date on which the Provincial Secretary's certificate was sent out to the Goodman office.

I think it is also significant that Mr. Posluns in his reporting letter to the appellants (D.5) states on page 6 thereof:

A Certificate of Payment has been obtained dated the 1st day of September, 1966, and the common shares of the Company may *now* be issued for a consideration not in excess of \$350,000. (The italics are mine.)

It will be recalled that this letter was written on October 14, 1966.

The appellants submit that all of the steps necessary to complete the Goodman plan were completed prior to September 5, 1966, the time of death. I cannot agree. In my opinion, the allotment and issue of the further 197 shares to Elizabeth Ann Roberts was inoperative prior to September 5, 1966, because no authority to

Secrétaire provincial (les italiques sont de moi). Les termes des lettres patentes font bien comprendre que ces deux mesures constituent les conditions préalables à l'émission d'actions ordinaires pour une considération plus élevée. En l'espèce, la première mesure a été prise le 1^{er} septembre 1966, mais la seconde ne l'a été que le 15 septembre 1966. Il convient également de remarquer que l'art. 26(4) du *Corporations Act* de l'Ontario qui autorise l'adoption de ce genre de procédure dans des lettres patentes, utilise des termes identiques et il est donc également évident que les deux mesures précitées constituent des conditions préalables selon la loi applicable.

J'aimerais également citer l'acte de vente conclu entre Elizabeth Ann Roberts et la Lillooet, dont l'al. 7 dispose:

[TRADUCTION] Sans restreindre la généralité de ce qui précède, il est expressément convenu entre les parties au présentes que l'acheteur prendra sans délai les mesures nécessaires en vue de permettre l'émission des actions ordinaires pour une considération totale égale au prix d'achat ci-dessous et que, *sans délai après la réception* du certificat demandé au Secrétaire provincial de la province de l'Ontario, autorisant l'acheteur à émettre les actions en question pour ladite considération, il fera émettre les actions ordinaires au profit du vendeur conformément aux termes du présent acte. (Les italiques sont de moi).

D'après l'al. 7, il est évident qu'il était impossible que les actions qui devaient être émises au profit de M^{me} Roberts puissent l'être légalement avant le 16 septembre 1966, date à laquelle le Secrétaire provincial a fait envoyer le certificat au cabinet Goodman.

Je pense qu'il est également significatif que M. Posluns, à la page 6 de sa lettre de compte rendu aux appelants (D.5), déclare:

[TRADUCTION] On a obtenu un certificat de paiement daté du 1^{er} septembre 1966 et on peut *maintenant* émettre les actions ordinaires de la compagnie pour une considération n'excédant pas \$350,000. (Les italiques sont de moi).

Il convient de rappeler que cette lettre a été écrite le 14 octobre 1966.

Les appelants soutiennent que toutes les mesures nécessaires à l'accomplissement du plan Goodman ont été prises avant le 5 septembre 1966, date du décès. Je ne peux le croire. A mon avis, l'émission et la répartition des 197 actions supplémentaires au profit d'Elizabeth Ann Roberts étaient sans effet avant le 5 sep-

allot and issue was issued until September 15, 1966.

I have read the judgment of my brother Cattanach J. in *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. v. M.N.R.* [1969] 2 Ex.C.R. 149. In that case, Cattanach J. held that the Minister was not precluded from establishing that supplementary letters patent bore a date antecedent to their actual issuance. There the supplementary letters patent authorizing the issue of preference shares were dated December 20, 1960, but they were not in fact issued until February 15, 1961. It followed that no preference shares were validly issued on December 21, 1960, as the company's capital stock did not include such stock at that time. The decision of Cattanach J. was appealed to the Supreme Court of Canada. The judgment of the Supreme Court was delivered by Mr. Justice Judson [1971] D.T.C. 5175.

The appeal was dismissed on other grounds and the rationale of Cattanach J. was not dealt with by the Supreme Court.

I agree with the reasoning of my brother Cattanach J. in the *Oakfield* case and in the case of *The Deltona Corp. v. M.N.R.* [1971] D.T.C. 5186 at page 5201.

In the case at bar the facts are, in my opinion, even stronger than in the *Oakfield* case, *supra*. Here, the purported issue of the additional 197 shares to Mrs. Roberts took place on August 31, 1966—the subsequent gift to the trust of the 200 common shares and the directors' meeting allotting and issuing the 1800 common shares—all took place on August 31, 1966, one day before the date of issue of the Provincial Secretary's certificate. Putting the appellants' case at its highest and disregarding the *Oakfield* and *Deltona* cases, the appellants' right to transfer the 200 shares and to issue the additional 1800 shares dates from September 1, 1966, and yet all of these steps occurred on August 31, 1966.

tembre 1966, puisqu'aucune autorisation d'émission et de répartition n'a été émise avant le 15 septembre 1966.

J'ai lu le jugement de mon confrère le juge Cattanach dans l'affaire *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. c. M.R.N.* [1969] 2 R.C.É. 149. Dans cette affaire, le juge Cattanach a décidé que le Ministre avait la faculté d'établir que les lettres patentes supplémentaires portaient une date antérieure à celle de leur émission véritable. En l'espèce, les lettres patentes supplémentaires autorisant l'émission d'actions privilégiées étaient datées du 20 décembre 1960, mais en fait, elles n'avaient été émises que le 15 février 1961. Il s'ensuivait qu'aucune action privilégiée n'avait valablement été émise le 21 décembre 1960, car, à cette époque, le capital social de la compagnie ne comportait pas d'actions de ce genre. On a fait appel devant la Cour suprême du Canada de la décision du juge Cattanach et c'est le juge Judson qui a prononcé le jugement de la Cour suprême [1971] D.T.C. 5175.

L'appel a été rejeté pour d'autres motifs et la Cour suprême n'a pas traité le principe énoncé par le juge Cattanach.

Je souscris au raisonnement de mon confrère le juge Cattanach dans l'affaire *Oakfield*, ainsi que dans l'affaire *The Deltona Corp. c. M.R.N.* [1971] D.T.C. 5186, à la page 5201.

En l'espèce présente, les faits sont, à mon avis, encore plus convaincants que dans l'affaire *Oakfield* précitée. En l'occurrence, l'émission projetée des 197 actions supplémentaires au profit de M^{me} Roberts a eu lieu le 31 août 1966, ainsi que le don ultérieur à la fiducie des 200 actions ordinaires et la réunion des administrateurs où l'on a émis et réparti les 1,800 actions ordinaires; toutes ces opérations ont eu lieu le 31 août 1966, soit une journée avant la date de l'émission du certificat par le Secrétaire provincial. En mettant les choses au mieux pour les appelants et abstraction faite des affaires *Oakfield* et *Deltona*, le droit des appelants de transférer les 200 actions et d'émettre les 1,800 actions supplémentaires date du 1^{er} septembre 1966, et cependant toutes ces mesures ont été prises le 31 août 1966.

It follows therefore that at September 5, 1966, the date of death, the transfer and disposition of Mrs. Roberts' investment portfolio had not taken place and said portfolio was properly included by the Minister in computing the aggregate net value of her estate.

I was invited by counsel for the respondent, if I found that the Goodman plan was completed, to find further that there was here in form and in substance an interrelated and interconnected series of transactions, wherein the deceased's investment portfolio was transferred to a corporation controlled by the deceased at the time of transfer in consideration for the allotment and issue of all its issued share capital to trustees to hold on trust for the transferor's children and that these transactions are, therefore, in form and substance a disposition operating as an immediate gift *inter vivos* and accordingly the full market value of the securities must be included in the aggregate net value of the estate pursuant to s. 3(1)(c) of the *Estate Tax Act*.²

Having found that the Goodman plan was not completed and that the transfer and disposition of Mrs. Roberts' investment portfolio had not taken place before her death it is unnecessary for me to deal with this submission. However, I have no hesitation in expressing the opinion that when you look at the programme, the plan and at all of the evidence, there would have been a disposition of the marketable securities which would have operated by way of gift within the meaning of s. 3(1)(c) if the plan had been completed. It seems to be well settled in tax cases that the substance, rather than the form be regarded and also that the intention with which a transaction is entered into is an important matter and the whole sum of the relevant circumstances must be taken into account. (*West Hill Redevelopment Co. v. M.N.R.* [1969] 2 Ex.C.R. 441 at 455.)

I believe that the plan implemented in this case was merely the machinery used to effect a gift of the investment portfolio for the benefit of the children and that accordingly, the decision of the Supreme Court in *M.N.R. v. Cox*

Il s'ensuit donc que le 5 septembre 1966, date du décès, le transfert et la disposition du portefeuille de valeurs de M^{me} Roberts n'avaient pas eu lieu et que le Ministre a, à bon droit, inclus ledit portefeuille dans le calcul de la valeur globale nette de sa succession.

L'avocat de l'intimé m'a demandé, si je pensais qu'on avait exécuté le plan Goodman, de décider en outre qu'il y avait en l'espèce, en la forme et au fond, une suite d'opérations en relation mutuelle et intimement liées, aux termes desquelles le portefeuille de valeurs de la défunte avait été transféré à une corporation contrôlée par la défunte au moment du transfert moyennant l'émission et la répartition de tout son capital actions émis en faveur des fiduciaires pour qu'ils le détiennent en fiducie au bénéfice des enfants de la cédante et qu'en conséquence, ces opérations ont engendré, en la forme et au fond, une disposition ayant l'effet d'une donation immédiate entre vifs. Par conséquent, il convient d'inclure la pleine valeur marchande de ces titres dans la valeur globale nette de la succession, conformément à l'art. 3(1)(c) de la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès*.²

Ayant conclu qu'on n'avait pas achevé l'exécution du plan Goodman et que le transfert et la disposition du portefeuille de valeurs de M^{me} Roberts n'avait pas eu lieu avant son décès, je ne vois pas l'utilité de traiter de cette prétention. Toutefois, je n'hésite pas à formuler l'opinion que, lorsqu'on considère le programme, le plan et toute la preuve, il aurait pu exister une disposition des valeurs négociables qui se serait faite par voie de donation au sens de l'art. 3(1)(c) si le plan avait été exécuté pleinement. Il semble bien établi d'après la jurisprudence en matière fiscale qu'on s'attache plus au fond qu'à la forme, qu'en outre l'intention dans laquelle une transaction est conclue constitue un élément important et qu'il convient de tenir compte de l'ensemble des circonstances en cause. (*West Hill Redevelopment Co. c. M.R.N.* [1969] 2 R.C.É. 441 à la page 455.)

Je crois que le plan mis en œuvre en l'espèce était purement et simplement un mécanisme destiné à réaliser une donation du portefeuille de valeurs au bénéfice des enfants et qu'en conséquence, la décision de la Cour suprême

[1971] D.T.C. 5150 at page 5151 (Judson J.) applies to this case as well.

Counsel for the appellants relied heavily on the *Oldham* case. (*Att'y.-Gen. v. Oldham* [1940] 1 K.B. 599 at pages 606, 7, 8; aff'd [1940] 2 K.B. 485). In that case one Tate, in January 1934, gave to his daughter Mrs. Oldham, the defendant, 25,000 ordinary shares in a company. In May 1935, the company increased its capital by the issue to its ordinary shareholders of bonus shares, fully paid out of the company's general reserve, in the ratio of two bonus shares for every five existing shares which resulted in the defendant receiving 10,000 bonus shares. Tate died in April 1936 and the Crown claimed estate duty on the value of the 10,000 bonus shares as well as on the 25,000 original shares. (The defendant admitted that duty was chargeable on the original 25,000 shares because it was a voluntary disposition made by Tate less than three years before his death.)

Mr. Justice Wrottesley held that the bonus shares were not property passing under the disposition made by Tate and, therefore, estate duty was not chargeable on their value.

I would observe that while the operative words in the governing English statute in the *Oldham* case are similar to the wording of s. 3(1)(c) of our statute, there is no definition of "disposition" in the English statute. "Disposition" is defined in our statute by s. 58(1)(e) thereof.³ The *Oldham* facts are entirely different from the case at bar and the relevant statute is significantly different. I am therefore of the opinion that the *Oldham* case cannot be applied to this case. It is interesting however, to read on page 606 of the *Oldham* judgment the following statement of the law by the learned Justice. "If what is contended for is that the Court must not close its eyes to what a transaction really provides, should that be different from what the form of the transaction appears to provide, there is no doubt that that is the duty of the Court." This statement of the law by Wrottesley J. is not at variance in any way with the

dans l'affaire *M.R.N. c. Cox* [1971] D.T.C. 5150, à la page 5151 (le juge Judson) s'applique bien à l'espèce.

Les avocats des appelants se sont fortement appuyés sur l'affaire *Oldham* (*Le procureur général c. Oldham* [1940] 1 B.R. 599, aux pages 606, 607 et 608; confirmé par [1940] 2 B.R. 485) dans laquelle un certain Tate avait donné en janvier 1934 à sa fille M^{me} Oldham, la défenderesse, 25,000 actions ordinaires d'une compagnie. En mai 1935, la compagnie a augmenté son capital en émettant au profit de ses actionnaires ordinaires des actions gratuites, intégralement libérées sur la réserve générale de la compagnie, à raison de deux actions gratuites pour cinq actions existantes, ce qui a eu pour effet que la défenderesse a reçu 10,000 actions gratuites. Tate est décédé en avril 1936 et la Couronne a réclamé des droits de succession sur la valeur des 10,000 actions gratuites ainsi que sur celle des 25,000 actions primitives. (La défenderesse a admis que des droits étaient dus sur les 25,000 actions primitives, parce qu'il s'agissait d'une disposition volontaire que Tate avait faite moins de trois ans avant son décès.)

Le juge Wrottesley a décidé que les actions gratuites ne constituaient pas des biens transmis aux termes de la disposition faite par Tate et que, par conséquent, des droits de succession n'étaient pas dus sur leur valeur.

Je voudrais faire remarquer que, bien que les termes essentiels de la loi anglaise applicable dans l'affaire *Oldham* soient semblables à ceux de l'art. 3(1)c) de notre loi, la loi anglaise ne comporte pas de définition du mot «disposition». L'article 58(1)e) de notre loi définit le mot «disposition».³ Les faits de l'affaire *Oldham* sont entièrement différents de ceux de l'espèce présente et la loi en cause comporte des différences importantes. Je suis donc d'avis que l'affaire *Oldham* ne peut s'appliquer à l'espèce présente. Il est intéressant cependant de lire à la page 606 du jugement *Oldham* l'exposé de droit suivant du savant juge: [TRADUCTION] «Si on soutient que la Cour ne doit pas fermer les yeux sur le contenu réel d'une opération, au cas où il est différent de ce que la forme de l'opération laisse supposer, il ne fait pas de doute que c'est le devoir de la Cour d'agir ainsi.» Cet exposé de droit du juge Wrottesley

West Hill decision or the *Cox* decision earlier referred to.

After a careful consideration of the provisions of secs. 3(1)(c) and 58(1)(e) of the *Estate Tax Act*, 1958, c. 29, I have concluded that the plan herein is clearly a disposition of securities within the ordinary meaning of the word "disposition" and within the extended meaning set out in s. 58 (1)(e).

I have read the English cases cited by counsel for the respondent on the proper interpretation to be given this word in their taxing statutes and am of the opinion that the plan in the case at bar would most certainly be "a disposition" within the meaning of those cases. See *Duke of Northumberland v. Att'y-Gen.* [1905] A.C. 406 per Lord Macnaghten at pp. 410-412; *Parr v. Att'y-Gen.* [1926] A.C. 239 per Lord Carson at pp. 267, 268; *Grey v. I.R.C.* [1959] 3 All E.R. 603—(H.L.) per Viscount Simonds at p. 605.

The appeal is dismissed with costs.

¹ 26. (4) Where the shares of a company are without par value or where part of its shares are with par value and part are without par value, the letters patent or supplementary letters patent may provide that each share without par value or the shares of each class of shares without par value are not to be issued for a consideration exceeding in amount or value a stated amount in dollars, pounds, francs or other currency, and the letters patent or supplementary letters patent may provide, in addition, that such share or shares may be issued for such greater amount as the board of directors of the company considers expedient on payment to the Treasurer of Ontario of the fees payable on such greater amount and on the issuance by the Minister of a certificate of such payment.

² 3. (1) There shall be included in computing the aggregate net value of the property passing on the death of a person the value of all property, wherever situated, passing on the death of such person, including, without restricting the generality of the foregoing,

(c) property disposed of by the deceased under a disposition operating or purporting to operate as an immediate gift *inter vivos*, whether by transfer, delivery, declaration of trust or otherwise, made within three years prior to his death;

³ 58. (1) In this Act,

ne contredit en aucune façon la décision rendue dans les affaires *West Hill* et *Cox*, déjà mentionnées.

Après avoir examiné soigneusement les dispositions des art. 3(1)c) et 58(1)e) de la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès*, 1958, c. 29, j'en conclus que le plan, en l'espèce, constitue clairement une disposition des valeurs au sens ordinaire du mot «disposition», ainsi qu'au sens large exposé dans l'art. 58(1)e).

J'ai consulté la jurisprudence anglaise citée par l'avocat de l'intimé en ce qui concerne l'interprétation qu'il convient de donner à ce mot dans les lois fiscales et je suis d'avis que le plan, dans l'espèce présente, constitue très certainement «une disposition» au sens de cette jurisprudence. Voir les arrêts *Duke of Northumberland c. Le procureur général* [1905] A.C. 406, prononcé par Lord Macnaghten, aux pages 410 à 412; *Parr c. Le procureur général* [1926] A.C. 239, prononcé par Lord Carson, aux pages 267 et 268; et *Grey c. I.R.C.* [1959] 3 All E.R. 603, prononcé à la Chambre des Lords par le vicomte Simonds, à la page 605.

L'appel est rejeté avec frais.

¹ [TRADUCTION] 26. (4) Lorsque les actions d'une compagnie sont sans valeur au pair ou lorsqu'une partie de ces actions sont avec valeur au pair et l'autre sans valeur au pair, les lettres patentes ou les lettres patentes supplémentaires peuvent prévoir que chaque action sans valeur au pair ou que les actions de chaque classe d'actions sans valeur au pair ne doivent pas être émises pour une considération excédant, en montant ou en valeur, une somme énoncée en dollars, en livres, en francs, ou dans une autre monnaie. Les lettres patentes ou les lettres patentes supplémentaires peuvent prévoir, en outre, que cette action ou ces actions peuvent être émises pour telle somme plus élevée que le conseil d'administration de la compagnie juge convenable après paiement au Trésorier de l'Ontario des droits acquittables sur cette somme plus élevée et après l'émission par le Ministre du certificat attestant un tel paiement.

² 3. (1) Dans le calcul de la valeur globale nette des biens transmis au décès d'une personne, on doit inclure la valeur de tous les biens, quelle qu'en soit la situation, transmis au décès de cette personne, y compris, sans restreindre la généralité de ce qui précède,

c) les biens que le défunt a aliénés en vertu d'une disposition ayant l'effet ou étant censée avoir l'effet d'une donation immédiate entre vifs, que ce soit par voie de transfert, délivrance, déclaration de fiducie ou autrement, faite dans les trois années antérieures à son décès;

³ 58. (1) Dans la présente loi,

(e) "disposition" includes any arrangement or ordering in the nature of a disposition, whether by one transaction or a number of transactions effected for the purpose or in any other manner whatever;

e) «disposition» comprend tout arrangement ou toutes mesures ayant le caractère d'une disposition, au moyen d'une opération ou de plusieurs opérations effectuées à cette fin, ou de quelque autre manière;

Ernest C. Hammond (*Appellant*)

v.

Minister of National Revenue (*Respondent*)

Trial Division, Pratte J.—Vancouver, July 8; Ottawa, September 24, 1971.

Income Tax—Income—Prize money realized by horse owner from racing—Whether business or hobby—Deemed windfall gains derived from hobby—Appeal allowed—Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, secs. 3, 4, 139(1)(e).

The appellant appealed from reassessments made upon him for the taxation years 1964, 1965 and 1966 for inclusion in income of amounts of \$9,083.81, \$28,543.13 and \$28,114.26 which were net gains that the appellant realized during each of those years from racing a horse known as "George Royal". The appellant claimed these amounts represented windfall gains derived from a personal hobby.

Held, that the mere purchase and racing of a horse is not, in itself, a trading venture because it is not normally made with a view to profit. Therefore, prize money won by a horse cannot be considered as income from a business "except in exceptional circumstances showing that the owner of the horse had so organized his activities that he was in fact conducting an enterprise of a commercial character". In this case, exceptional circumstances not having been proved, the appeal is allowed.

INCOME tax appeal.

E. C. Chiasson and *G. T. W. Bowden* for appellant.

T. E. Jackson for respondent.

PRATTE J.—The appellant appeals from income tax reassessments made upon him for the taxation years 1964, 1965 and 1966. In these reassessments, dated April 27, 1970, the Minister of National Revenue added to the declared income of the appellant amounts of \$9,294.41 for 1964, \$29,546.51 for 1965 and \$28,942.85 for 1966, which supposedly represented the net gains that the appellant had realized during each of those years from racing a horse known as George Royal.

In his notice of appeal, the appellant attacked these reassessments on two grounds: first, that his racing gains were not income and, therefore,

Ernest C. Hammond (*Appellant*)

c.

Le ministre du Revenu national (*Intimé*)

Division de première instance. Le juge Pratte—Vancouver, le 8 juillet; Ottawa, le 24 septembre 1971.

Impôt sur le revenu—Revenu—Prix en espèces qu'un propriétaire de cheval gagne aux courses—S'agit-il d'une entreprise ou d'un passe-temps—Gains considérés comme inespérés provenant d'un passe-temps—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148, arts. 3, 4, 139(1)(e).

L'appellant interjeta appel des nouvelles cotisations établies à son encontre pour les années d'imposition 1964, 1965 et 1966, parce qu'on ajoutait à son revenu les sommes de \$9,083.81, \$28,543.13 et \$28,114.26 qui représentaient les gains nets que l'appellant avait réalisés pendant chacune des années en question en faisant courir un cheval connu sous le nom de «George Royal». L'appellant déclara que ces sommes représentaient des gains inespérés provenant d'un passe-temps personnel.

Arrêt: Le seul fait d'acheter et de faire courir un cheval n'est pas en soi une initiative commerciale parce que normalement le but n'est pas de retirer des bénéfices. En conséquence, on ne peut pas considérer les prix en espèces gagnés par un cheval comme le revenu d'une entreprise «sauf dans des circonstances exceptionnelles indiquant que le propriétaire du cheval avait organisé ses activités de telle sorte qu'il gérait en fait une entreprise à caractère commercial». Des circonstances exceptionnelles n'ayant pas été prouvées en l'espèce, il est fait droit à l'appel.

APPEL de l'impôt sur le revenu.

E. C. Chiasson et *G. T. W. Bowden* pour l'appellant.

T. E. Jackson pour l'intimé.

LE JUGE PRATTE—L'appellant en appelle de la décision du ministre intimé de procéder à de nouvelles cotisations relativement à son impôt sur le revenu pour les années d'imposition 1964, 1965 et 1966. En établissant ces nouvelles cotisations, le 27 avril 1970, le ministre du Revenu national a ajouté au revenu déclaré par l'appellant des sommes (\$9,294.41 pour 1964, \$29,546.51 pour 1965 et \$28,942.85 pour 1966) qui représenteraient les profits que, pendant chacune de ces années, lui aurait rapporté un cheval de course nommé George Royal.

Dans son avis d'appel, l'appellant a affirmé que ces nouvelles cotisations étaient erronées pour deux motifs: d'abord, parce que ses gains

not taxable, and, second, that the amounts that the Minister had added to his declared income did not truly represent his net racing gains. Of these two objections, however, the latter no longer needs to be considered since the parties agreed at the trial that the net profit made by the appellant from racing the horse George Royal amounted to \$9,083.81 in 1964, \$28,543.13 in 1965 and \$28,114.26 in 1966. Consequently, only the first objection raised by the appellant remains to be considered.

In his notice of appeal, the appellant sets out as follows his reasons for contending that the amounts added to his declared income are not taxable income:

2. The aforementioned amounts added to the Appellant's net income in 1964, 1965 and 1966 were derived from successful races by the horse George Royal which the Appellant acquired as a suckling in 1962 and in which the Appellant had a half interest by way of co-ownership.

3. The Appellant acquired and raced the said George Royal between 1963 and 1966 in pursuit of his chosen hobby of owning and racing a horse or horses from which he derived personal enjoyment and entertainment.

...

9. The Appellant says further that his gains from horse racing were not derived from a commercial venture or enterprise of raising and training horses to race but represented windfall gains derived from a personal hobby undertaken by the Appellant with the dominant object of entertaining himself.

In his reply to the appellant's notice of appeal, the respondent says that, in reassessing the appellant for the years 1964, 1965 and 1966, he acted upon the following assumptions:

6. . . .

(a) The Appellant during and for some years prior to relevant times has been engaged alone or with others in the business of racing horses for profit.

(b) During 1964, 1965 and 1966 the Appellant was co-owner of a race horse known as George Royal.

(c) Between May, 1963, and October, 1966, proceeds from racing the horse George Royal amounted to \$279,482.00.

aux courses ne seraient pas un revenu et, par conséquent, ne seraient pas imposables, et, ensuite, parce que les sommes que le Ministre a ajoutées à son revenu déclaré seraient supérieures aux profits que lui aurait rapportés son cheval. Il n'est cependant pas nécessaire de prendre en considération la dernière de ces deux objections puisque les parties ont convenu au procès que les courses du cheval George Royal avaient rapporté à l'appelant un bénéfice net s'élevant à \$9,083.81 en 1964, \$28,543.13 en 1965 et \$28,114.26 en 1966. Il ne reste donc à étudier que la première objection soulevée par l'appelant.

Dans son avis d'appel, l'appelant expose ainsi les raisons pour lesquelles les sommes que l'on a ajoutées à son revenu déclaré ne constitueraient pas un revenu imposable:

[TRADUCTION] 2. Les sommes susmentionnées ajoutées au revenu net de l'appelant en 1964, 1965 et 1966 provenaient des victoires aux courses du cheval George Royal que l'appelant avait acquis en 1962 alors que c'était un poulain, et dans lequel il possédait une part de copropriété s'élevant à la moitié de sa valeur.

3. L'appelant avait acquis ledit George Royal et le fit courir de 1963 à 1966, exerçant ainsi son passe-temps favori: posséder et faire courir un ou plusieurs chevaux pour son plaisir et son divertissement personnel.

...

9. En outre, l'appelant déclare que ses gains tirés des courses de chevaux ne provenaient pas d'une initiative commerciale ou d'une entreprise d'élevage et d'entraînement de chevaux de course, mais représentaient des gains inespérés provenant d'un passe-temps privé entrepris par l'appelant dans le but principal de se divertir.

L'intimé, dans sa réponse à l'avis d'appel, a déclaré qu'en établissant la nouvelle cotisation de l'appelant pour les années 1964, 1965 et 1966, il avait pris pour acquis les faits suivants:

[TRADUCTION] 6. . . .

a) Pendant un certain nombre d'années antérieures et à l'époque en question, l'appelant, seul ou avec d'autres personnes, s'était occupé de courses de chevaux dans le but de faire des bénéfices.

b) En 1964, 1965 et 1966, l'appelant était copropriétaire d'un cheval de course connu sous le nom de George Royal.

c) De mai 1963 à octobre 1966, les recettes des courses du cheval George Royal s'élevèrent à \$279,482.00.

(d) The Appellant's share of the proceeds of horse racing . . . is income within the meaning of that word as it is used in the Income Tax Act.

It is therefore admitted that during the years 1964, 1965 and 1966, the appellant was the co-owner of a very successful race horse known as George Royal and that the various amounts (as varied by the agreement made at the trial) added by the respondent to the appellant's declared income for the years under consideration represent the appellant's share of the prize money won by George Royal after deduction of the legitimate expenditures made in connection with the racing of this horse. The issue to be resolved is whether the appellant's share of the net proceeds of racing this horse during the period under consideration is income within the meaning of that word in the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, secs. 3, 4 and 139(1)(e).

Counsel for the appellant and the respondent agreed that the question whether or not prize money won by horse racing is taxable income admits different answers, depending on the facts of each case; more precisely, counsel for both parties agreed that such prize money is income only inasmuch as the taxpayer's racing activities are such that they can be considered as a business.

The appellant, who lives in Vancouver, is now 68 years old. He has always been interested in sports and was even a football player for many years. In 1933, he had to abandon football in order to join his father and brother in running The Hammond Furniture Manufacturing Company, a family company which, apart from being the second largest Canadian manufacturer of wooden furniture, was also involved, through various subsidiaries, in other businesses like floor covering, upholstery and bedding, plywood and lumber. To this new task, appellant for many years devoted all his energies, working from 16 to 18 hours a day. Shortly before 1957, both the appellant's father and brother died; and this loss, coupled with the fact that appellant had apparently encountered difficulties in dealing with labour unions, prompted him to close down his various enterprises. All this with the result that, at the beginning of 1957, the appellant had disposed of

d) La part des recettes provenant des courses de chevaux qui revint à l'appelant . . . est un revenu au sens que ce mot revêt dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Par conséquent, il est admis que, en 1964, 1965 et 1966, l'appelant était copropriétaire d'un cheval de course, connu sous le nom de George Royal, qui remporta de nombreuses victoires et que les différentes sommes que l'intimé a ajoutées au revenu déclaré par l'appelant pour les années en question (telles que modifiées par l'entente intervenue à l'audience) représentent la part de l'appelant des prix en argent gagnés par George Royal, déduction faite des dépenses légitimement encourues pour faire courir ce cheval. Le problème à résoudre est de savoir si cette part des recettes nettes des courses de ce cheval est un revenu suivant le sens que la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, art. 3, 4 et 139(1)e) donne à ce terme.

Les avocats de l'appelant et de l'intimé ont convenu que la question de savoir si un prix gagné aux courses est un revenu imposable appelle des réponses différentes suivant les faits de chaque affaire; plus précisément, ils ont convenu qu'un tel prix n'est un revenu que dans le cas où les activités de turfiste du contribuable sont telles qu'on puisse les considérer comme une entreprise.

L'appelant, qui habite Vancouver, a maintenant 68 ans. Il s'est toujours intéressé au sport et a même été joueur de football pendant plusieurs années. En 1933, il dut abandonner le football pour aider son père et son frère à gérer une compagnie familiale, The Hammond Furniture Manufacturing Company. Cette compagnie, en plus d'être l'un des plus importants fabricants de meubles en bois au Canada, avait également, par l'intermédiaire de diverses filiales, d'autres domaines d'activités commerciales, tels que les revêtements de sol, le rembourrage et la literie, le contre-plaqué et le bois de charpente. L'appelant consacra, pendant de nombreuses années, toute son énergie à sa nouvelle tâche, travaillant 16 à 18 heures par jour. Peu avant 1957, le père et le frère de l'appelant décédèrent tous deux; ces disparitions, jointes au fait que l'appelant avait apparemment rencontré des difficultés dans ses rapports avec les unions ouvrières, l'incitèrent à cesser ses différents

nearly all the various businesses previously operated by the Hammond Furniture Manufacturing Company and its subsidiaries; he had only retained the ownership of a large office building and continued to operate the bedding and upholstery section of his business (which, sometime later in that year, he sold to former employees of his for \$250,000, payable by monthly instalments of \$1,150). This is not to say that the appellant stood idle in the following years. According to his testimony, he would still have been very busy, specially from 1963 to 1966, looking after the administration of his office building, working for an Australian furniture manufacturer and devoting much time to the affairs of Western Mines Ltd., a company of which he was a director. It is certain, though, that the appellant had then reduced the pace of his business activities as could be expected of one who had suffered a stroke in 1962; in these circumstances, one understands that the appellant, from 1964 to 1966, could spend much time away from home following his horse wherever it was raced. The appellant asserted, and there is no reason not to believe him, that during all those years he was in a good financial situation and "was not relying on horses to make money".

It is against this background that the appellant's horse racing activities must now be seen.

Until 1955, the appellant had never owned a race horse but had attended the race track frequently. In that year, in order to enjoy the thrill of betting on a horse of his own, he purchased his first race horse. Since then, he has always owned one. He would buy a horse, have it trained and raced, and if it did not prove good or did not please him for any other reason, he would sell it or give it away before purchasing another one. The appellant did not own a farm where he could have kept his horses and he knew nothing about horse training; all his horses, therefore, had to be trained and looked after by professional breeders and trainers.

Around 1962, the appellant, who, by that time, had already owned 4 race horses, purchased a foal known as George Royal for a little

commerces. C'est ainsi que, au début de 1957, l'appellant avait disposé de la presque totalité des différentes entreprises gérées précédemment par la Hammond Furniture Manufacturing Company et ses filiales; il avait seulement conservé la propriété d'un vaste immeuble commercial et continué à exploiter son entreprise de rembourrage et de literie (qu'il vendit, plus tard au cours de l'année, à d'anciens employés pour la somme de \$250,000 payable par versements mensuels de \$1,150). Ceci ne veut pas dire que l'appellant n'ait rien eu à faire pendant les années suivantes. Selon son témoignage, il aurait été toujours très occupé, en particulier de 1963 à 1966, devant surveiller la gestion de son immeuble, travaillant pour un fabricant australien de meubles et consacrant beaucoup de temps aux affaires de la Western Mines Ltd., compagnie dont il était administrateur. Toutefois, il est certain que l'appellant, qui avait été victime d'une crise cardiaque en 1962, avait alors réduit ses activités professionnelles; dans ces circonstances, on comprend que, de 1964 à 1966, il ait pu passer beaucoup de temps hors de chez lui pour accompagner son cheval où qu'il coure. L'appellant affirma, et il n'y a aucune raison de ne pas le croire, que pendant ces années sa situation financière était bonne et [TRADUCTION] «qu'il ne comptait pas sur les chevaux pour gagner de l'argent».

C'est dans ce contexte qu'on doit à présent envisager les activités de turfiste de l'appellant.

Jusqu'en 1955 l'appellant n'avait jamais possédé de chevaux de course, mais il se rendait fréquemment aux champs de course. Cette année-là, pour goûter l'émotion de parier sur son propre cheval, il acheta son premier pur-sang. Depuis lors, il en a toujours possédé un. Il achetait un cheval, le faisait entraîner et courir, et s'il ne s'avérait pas bon ou s'il ne lui plaisait pas pour quelque autre raison, il le vendait ou le donnait avant d'en acheter un autre. L'appellant ne possédait pas de ferme où il aurait pu garder ses chevaux et ne connaissait rien à leur entraînement; par conséquent, il devait faire entraîner et soigner toutes ses bêtes par des éleveurs et des entraîneurs professionnels.

Vers 1962, l'appellant, qui, entre-temps, avait déjà possédé quatre chevaux de course, acheta un poulain connu sous le nom de George Royal

less than \$3,500. He made arrangements with one Robert Hall, a professional breeder who owned a farm near Vancouver, to have his new horse kept and trained. In order to induce Hall to take good care of George Royal, he gave him a one-half interest in it, with the understanding that Hall would share in the cost of keeping, training and racing the horse and also, eventually, in the prize money that it would win.

Unexpectedly, George Royal developed into a superior race horse. It proved so good when it was raced in British Columbia that, late in 1963, the appellant and Hall decided to send it to California with a trainer and a jockey so that it could compete against suitable rivals. In 1964, 1965 and 1966, George Royal was raced with considerable success mainly in California and in Ontario. In the fall of 1966, as the horse suffered from arthritis, the appellant and Hall then decided not to race it any more. As the appellant was not interested in the breeding business, he sold his one-half interest to a friend of Hall's. In its rather short but highly fruitful racing career, George Royal had won purses totalling \$335,000.

It was the appellant, apparently, who did the administrative work that the racing of George Royal involved. For instance, he insured the horse and corresponded with the organizers of the various races in which it was to participate. The appellant did not keep detailed and complete records of the expenses made in connection with his racing activities. However, he collected and preserved all that was published in the newspapers concerning George Royal.

If the appellant's racing activities consumed much of his time, specially in 1965 and 1966, it is because, as I already said, he chose to follow his horse wherever it went. As an example, the appellant spent the winter months of 1965 and 1966 in California. These trips, which were certainly expensive, were in no way necessary since the appellant did not train nor race the horse himself. The appellant followed his horse because he liked it: thanks to George Royal he

pour un peu moins de \$3,500. Il s'entendit avec un certain Robert Hall, éleveur professionnel qui possédait une ferme près de Vancouver, pour que celui-ci garde et entraîne son nouveau cheval. Et pour inciter Hall à bien s'occuper de George Royal, il décida de lui donner une moitié indivise du cheval, étant entendu que Hall supporterait la moitié de ce qu'il en coûterait pour entretenir, entraîner et faire courir l'animal et que, il aurait aussi droit à une moitié des prix que la bête pourrait gagner.

De manière inattendue, George Royal s'avéra être un cheval de grande classe. Il se révéla si bon lorsqu'il participa à des courses en Colombie-Britannique que, fin 1963, l'appelant et Hall décidèrent de l'envoyer en Californie avec un entraîneur et un jockey pour le faire courir contre des chevaux de sa catégorie. En 1964, 1965 et 1966, George Royal remporta de nombreuses victoires, surtout en Californie et en Ontario. A l'automne 1966, l'appelant et Hall décidèrent de ne plus le faire courir parce qu'il souffrait d'arthrite. L'appelant, qui n'était pas intéressé par l'élevage, vendit sa part de l'animal à un ami de Hall. Pendant sa carrière, aussi courte que profitable, George Royal avait remporté des prix s'élevant à la somme de \$335,000.

Apparemment, l'appelant s'occupait des démarches administratives que les courses de George Royal impliquaient. Par exemple, il assurait le cheval et correspondait avec les organisateurs des différentes courses auxquelles il devait participer. L'appelant n'a pas conservé au complet les documents détaillés concernant ses dépenses relatives à ses activités de turfiste. Toutefois, il a collectionné et conservé tout ce qui a été publié dans les journaux au sujet de George Royal.

Si les activités de turfiste de l'appelant prirent presque tout son temps, en particulier en 1965 et 1966, c'est parce que, comme je l'ai déjà dit, il décida de suivre son cheval partout où il devait courir. Par exemple, l'appelant passa les mois d'hiver 1965 et 1966 en Californie. Ces voyages, qui étaient certainement coûteux, n'étaient pas nécessaires puisque l'appelant n'entraînait ni ne faisait courir lui-même le cheval. C'est par plaisir seulement que l'appelant suivait son cheval: grâce à George Royal, il avait

had the occasion to associate with people that he could not have met otherwise.

In support of his contention that the appellant was engaged in the business of racing horses for profit, respondent's counsel referred to well-known authorities: *Thomas Campbell v. M.N.R.* [1953] 1 S.C.R. 3; *M.N.R. v. Taylor* [1956-60] Ex.C.R. 3; *C.I.R. v. Livingston* (1926-27) 11 T.C. 538; *Edwards v. Bairstow* [1955] 3 All E.R. 48. In my opinion, these precedents have no application here. In all these cases the court had to determine whether or not a gain resulting from a purchase and a resale was income; but such gains cannot be assimilated to prize money won from horse racing. He who purchases and later sells a commodity at a profit *prima facie* acts as a trader; for this reason, even if this transaction is an isolated one, it can very easily be considered as an "adventure or concern in the nature of trade". But if one succeeds in realizing gains from horse racing, the situation is altogether different. It is notorious that only men of means can afford to own and run horses for the very reason that normally one does not reap profit from this form of entertainment. The fact of purchasing and racing a horse is not, in itself, a trading venture because it is not normally made with a view to profit. For this reason, purses won by a race horse cannot be considered as income from a business except in exceptional circumstances showing that the owner of the horse had so organized his activities that he was in fact conducting an enterprise of a commercial character. In the present case, no such exceptional circumstances having been proved, I conclude that the appellant cannot be considered as having been, during the years under consideration, in the business of racing horses for profit and that, therefore, his racing gains during these years were not income.

The appeal will be allowed with costs.

l'occasion de fréquenter des gens qu'il n'aurait pas rencontrés autrement.

A l'appui de sa prétention que les gains que l'appelant a réalisés aux courses constituaient un revenu, l'avocat de l'intimé a cité des décisions bien connues: *Thomas Campbell c. M.R.N.* [1953] 1 R.C.S. 3; *M.R.N. c. Taylor* [1956-60] R.C.É. 3; *C.I.R. c. Livingston* (1926-27) 11 T.C. 538; *Edwards c. Bairstow* [1955] 3 All E.R. 48. A mon avis, on ne peut, en l'espèce, appliquer ces précédents. Dans toutes ces affaires, le tribunal devait décider si un gain provenant de l'achat et de la revente d'un bien était un revenu; mais de tels gains ne peuvent être assimilés à des prix en argent gagnés par des chevaux de course. Celui qui achète et revend un bien avec un profit, agit *prima facie* comme un commerçant; pour cette raison, même si cette transaction est isolée, on peut très bien la considérer comme une «initiative ou affaire d'un caractère commercial». Mais celui qui réussit à réaliser des gains aux courses est dans une situation tout à fait différente. Seuls ceux qui sont riches, cela est bien connu, peuvent se permettre de posséder et de faire courir des chevaux pour la simple raison que, normalement, ils ne retirent pas de bénéfice de cette forme de loisir. Le fait d'acheter et de faire courir un cheval ne constitue pas en soi une initiative commerciale parce que, normalement, une pareille activité n'a pas pour but la réalisation de bénéfices. C'est pourquoi on ne peut considérer les prix gagnés par un cheval de course comme le revenu d'une entreprise, sauf dans des circonstances exceptionnelles indiquant que le propriétaire du cheval a organisé ses activités de telle sorte qu'il gérait en fait une entreprise à caractère commercial. Aucune circonstance exceptionnelle de cette nature n'ayant été prouvée en l'espèce, je conclus qu'on ne peut pas dire que le fait que l'appelant se soit occupé, pendant les années en question, de faire courir des chevaux ait constitué une entreprise; par conséquent, ses gains aux courses, pendant ces années, ne constituent pas un revenu.

L'appel est accueilli avec dépens.

Jeannette Vivian Corbiere Lavell (Applicant)

v.

Attorney General of Canada (Respondent)

Court of Appeal, Jackett C.J., Thurlow and Pratte JJ.—Ottawa, October 7, 8, 1971.

Female Indian married to non-Indian—Registration as member of Band revoked by Registrar—Review by county court judge—Jurisdiction of county court judge conferred by federal legislation—Judge not exercising function of county court—Review by Federal Court of Appeal—Federal Court Act, secs. 2(g), 28, Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 12(1)(b), B.N.A. Act, s. 96.

Male Indians in similar situation remain registered—Indian Act discriminates as to sex—Female Indians entitled to equality before law—Infringement of rights contrary to Canadian Bill of Rights.

The applicant was a registered member of the Wikwemikong Band of Indians until her marriage to a non-Indian. The Registrar had her name struck from the Band list by reason of s. 12(1)(b) of the *Indian Act*. Her protest to the Registrar was dismissed and his decision was confirmed by a county court judge under review procedures provided by s. 9(3) of the *Indian Act*.

Held, the judgment of the county court judge is set aside.

1. Although the judge was appointed under s. 96 of the *B.N.A. Act* to the county court, he was not exercising a function or authority of that court so as to bring him within the excluding provisions in the definition of "federal board, commission or other tribunal" in s. 2(g) of the *Federal Court Act*. Review proceedings from the decisions of federal boards, etc., are taken under s. 28 of that Act to the Federal Court of Appeal. Nor was he exercising jurisdiction conferred under provincial legislation so as to bring him within the same excluding provisions of that Act. Rather, he was acting as a person designated under the *Indian Act*, which is federal legislation, to carry out the function of reviewing the Registrar's decision, and therefore this Court has, under s. 28 of the *Federal Court Act*, jurisdiction to review his decision.

2. A male Indian who marries a non-Indian or an Indian from another Band continues to be a registered member, and s. 11(f) of the *Indian Act* even provides for the registry of his wife as a member. The difference in the consequences within a group or class of married persons constitutes discrimination by reason of sex. The legislation infringes the applicant's right to equality before the law and the *Canadian Bill of Rights* applies to render the provisions of s. 12(1)(b) of the *Indian Act* inoperative just as the provisions of s. 94(b) of the *Indian Act* were declared inoperative because of discrimination by reason of race. (*Drybones* case [1970] S.C.R. 282.)

Jeannette Vivian Corbiere Lavell (Requérante)

c.

Le procureur général du Canada (Intimé)

Cour d'appel; le juge en chef Jackett, les juges Thurlow et Pratte—Ottawa, les 7 et 8 octobre 1971.

Indienne mariée à un non-Indien—Inscription en qualité de membre d'une bande radiée par le registraire—Examen par un juge d'une cour de comté—Le juge d'une cour de comté tient sa juridiction d'une loi fédérale—Juge n'exerçant pas une fonction de la cour de comté—Examen par la Cour d'appel fédérale—Loi sur la Cour fédérale, art. 2g) et 28; Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, c. I-6, art. 12(1)b); A.A.N.B., art. 96.

Les Indiens se trouvant dans une situation semblable demeurent inscrits—Loi sur les Indiens discriminatoire en raison du sexe—Les Indiennes ont droit à l'égalité devant la loi—Violation des droits contraire à la Déclaration canadienne des droits.

La requérante était inscrite en qualité de membre de la bande Wikwemikong jusqu'à son mariage avec un non-Indien. Le registraire a radié son nom de la liste de bande en invoquant l'art. 12(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*. Le registraire rejeta sa protestation et, à la suite de la procédure d'examen prévue à l'art. 9(3) de la *Loi sur les Indiens*, cette décision fut confirmée par un juge de la cour de comté.

Arrêt: Infirmité du jugement du juge de la cour de comté.

1. Bien que le juge ait été nommé à la cour de comté en vertu de l'art. 96 de l'*A.A.N.B.*, il n'exerçait pas une fonction ou une compétence de cette cour; il ne peut donc entrer dans les limites des exclusions comprises dans la définition d'«office, commission ou autre tribunal fédéral» contenue à l'art. 2g) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Les procédures d'examen des décisions des offices fédéraux etc. sont engagées devant la Cour d'appel fédérale, sous le régime de l'art. 28 de ladite Loi. Il n'exerçait pas non plus une juridiction conférée par une loi provinciale, ce qui aurait eu pour effet de le faire entrer dans les limites des exclusions prévues à la Loi. Il agissait plutôt en tant que personne désignée par une loi fédérale, la *Loi sur les Indiens*, pour examiner la décision du registraire et, partant, cette Cour a, aux termes de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, juridiction pour examiner sa décision.

2. Un Indien qui épouse une non-Indienne ou une Indienne d'une autre bande demeure membre inscrit; l'art. 11f) de la *Loi sur les Indiens* prévoit même l'inscription de sa femme. Des conséquences différentes d'un même acte à l'intérieur d'un groupe ou d'une catégorie de gens mariés constitue une discrimination en raison du sexe. Cette disposition législative enfreint le droit de la requérante à l'égalité devant la loi. La *Déclaration canadienne des droits* a pour effet de rendre inopérantes les dispositions de l'art. 12(1)(b) de la *Loi sur les Indiens* de la même façon que l'arrêt *Drybones* [1970] R.C.S. 282, a déclaré inopérantes les dis-

MOTION to review.

C. C. Ruby for applicant.

N. A. Chalmers, Q. C., and *James B. Beckett* for respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THURLOW J.—Two points arise on this motion to review under s. 28 of the *Federal Court Act*. The first concerns the jurisdiction of the Court to review the decision of Judge Grossberg in view of the definition of “federal board, commission or other tribunal” in s. 2(g) of the Act. That definition reads as follows:

2(g) “federal board, commission or other tribunal” means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of the Parliament of Canada, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of *The British North America Act, 1867*;

I have no difficulty in concluding that Judge Grossberg, when reviewing the Registrar’s decision, was acting as a person designated to carry out that function by or under the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, and was not exercising the authority of the county court of which he was a judge. He thus constituted a person having and exercising jurisdiction or powers conferred by a statute of the Parliament of Canada and not a court or other body constituted by or under a law of a province within the definition.

The interpretation and application of the remaining portion of the definition, that is to say, the wording “or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of *The British North America Act, 1867*,” are not as easy to resolve in view of the fact that, as a judge of the county court, Judge Grossberg is a person appointed under section 96 of the *British North America Act*, but it appears to me

positions de l’art. 94b) de cette même Loi pour cause de discrimination en raison de la race.

REQUÊTE pour examen.

C. C. Ruby pour la requérante.

N. A. Chalmers, c.r., et *James B. Beckett* pour l’intimé.

Le jugement de la Cour a été prononcé par

LE JUGE THURLOW—Cette demande de révision, faite en vertu de l’art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, soulève deux problèmes. Il tant d’abord à déterminer si la Cour a le pouvoir de réviser la décision du juge Grossberg compte tenu de la définition donnée par l’art. 2g) de la Loi aux mots «office, commission ou autre tribunal fédéral». Cette définition est ainsi rédigée:

2g) «office, commission ou autre tribunal fédéral» désigne un organisme ou une ou plusieurs personnes ayant, exerçant ou prétendant exercer une compétence ou des pouvoirs conférés par une loi du Parlement du Canada ou sous le régime d’une telle loi, à l’exclusion des organismes de ce genre constitués ou établis par une loi d’une province ou sous le régime d’une telle loi ainsi que des personnes nommées en vertu ou en conformité du droit d’une province ou en vertu de l’article 96 de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867*;

Il ne m’est pas difficile de conclure qu’en révisant la décision du registraire, le juge Grossberg agissait en tant que personne désignée par la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, c. I-6, ou sous son régime pour exercer cette fonction, et qu’il ne statuait pas en sa qualité de juge de la cour de comté. Par conséquent, le juge Grossberg était une personne ayant et exerçant une compétence ou des pouvoirs conférés par une loi du Parlement du Canada et non pas une cour ou un autre organisme constitué ou établi par une loi d’une province ou sous le régime d’une telle loi au sens de la définition.

L’interprétation et l’application de la fin de la définition, c’est-à-dire, les termes «ainsi que des personnes nommées en vertu ou en conformité du droit d’une province ou en vertu de l’article 96 de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique, 1867*» soulèvent plus de difficultés puisque, en sa qualité de juge de la cour de comté, le juge Grossberg est bien une personne nommée en vertu de l’article 96 de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique*. J’estime toutefois que, puis-

that since the judge, when exercising his powers and authority under the *Indian Act*, did not exercise a function or an authority of the court of which he is a judge the fact that he was appointed to that court under section 96 of the *British North America Act* will not serve to bring him for this purpose within the exclusion which I have just cited from the definition. It follows that this Court has jurisdiction under s. 28 of the *Federal Court Act* to review his decision.

The other question for determination is whether s. 12(1)(b) or any other provision of the *Indian Act* operates to deprive the applicant of the right she would otherwise have to be and remain registered as a member of the Wikwemikong Band of Indians. The applicant is a woman of Indian ancestry and was a registered member of that Band from her birth until December 7, 1970 when the Registrar under the *Indian Act* struck her name from the Band list. The Registrar took this action because on April 11, 1970 the applicant had married a person who is not an Indian. Her protest to the Registrar was dismissed and this decision was confirmed by Judge Grossberg on a review conducted at her request under the review procedure provided by the statute [s. 9].

On the face of it s. 12(1)(b) appears to justify the Registrar's action for the section provides:

12. (1) The following persons are not entitled to be registered, namely

...

(b) a woman who married a person who is not an Indian, unless that woman is subsequently the wife or widow of a person described in section 11.

Under the Act, however, a male Indian who marries a woman who is not an Indian does not lose his right to be and remain registered on the Band list. Indeed s. 11(f) even provides for the registry of his wife as a member of the Band. Other provisions of the Act from s. 4 to s. 17 inclusive throw somewhat more light on the system of Indian registry but the foregoing features of the system appear to me to be ample to point up the problem.

The applicant contends that this legislation is rendered inoperative by the *Canadian Bill of*

que le juge exerçait ses pouvoirs et sa compétence sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, il n'exerçait pas une fonction ou la compétence du tribunal auquel il siège en tant que juge; le fait qu'il y ait été nommé en vertu de l'article 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* ne pourra donc pas servir à le faire entrer, en l'espèce, dans les limites des exclusions que je viens juste de tirer de la définition. Il s'ensuit qu'en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, cette Cour est compétente pour examiner sa décision.

L'autre problème à résoudre est celui de savoir si l'art. 12(1)(b) ou toute autre disposition de la *Loi sur les Indiens* permet de priver l'appelante du droit qu'elle aurait autrement d'être et de rester inscrite en qualité de membre de la bande des Indiens Wikwemikong. L'appelante est d'origine indienne et fut membre inscrit de cette bande de sa naissance au 7 décembre 1970, date à laquelle le registraire raya son nom de la liste de bande conformément à la *Loi sur les Indiens*. Le registraire prit cette mesure parce que le 11 avril 1970, la requérante avait épousé un non-Indien. Le registraire rejeta la protestation formulée par la requérante et, c'est cette décision qu'a confirmée le juge Grossberg après qu'elle lui eut été soumise pour révision conformément à la loi [s. 9].

A première vue, l'art 12(1)(b) semble justifier l'action du registraire car il prévoit que:

12. (1) Les personnes suivantes n'ont pas le droit d'être inscrites, savoir:

...

b) une femme qui a épousé un non-Indien, sauf si cette femme devient subséquemment l'épouse ou la veuve d'une personne décrite à l'article 11.

Toutefois, en vertu de la Loi, un Indien qui épouse une non-Indienne ne perd pas son droit à être et à rester inscrit sur la liste de bande. En fait, l'art. 11(f) prévoit même l'inscription de sa femme en qualité de membre de la bande. D'autres dispositions de la loi, de l'art. 4 à l'art. 17 inclus, éclairent quelque peu le système d'inscription des Indiens, mais les caractéristiques déjà citées du système me semblent amplement suffisantes pour faire ressortir la difficulté.

L'appelante soutient que la *Déclaration canadienne des droits* a pour effet de rendre cette

Rights since it discriminates against her on the basis of sex in depriving her of her right to the status of an Indian and to continue to be registered as a member of the Wikwemikong Band.

Judge Grossberg in a carefully considered opinion expressed the view that the applicant's marriage gave her the status of a married woman with the same capacities and incapacities as all other Canadian married females and that this is the equality to be assured to her under the *Canadian Bill of Rights* and not necessarily equality within a group or class of married persons to whom a particular law of Canada applies. He therefore confirmed the Registrar's decision.

As will presently appear I take a somewhat different view of the problem which the *Canadian Bill of Rights* raises. It is clear that both male Indians and female Indians have capacity to marry and that each has the capacity and the right to contract a marriage either with another Indian or with a person who is not an Indian. The *Indian Act*, however, which is a law made by the Parliament of Canada for Indians, prescribes a different result with respect to the rights of an Indian woman who marries a person other than an Indian, or an Indian of another Band, from that which is to obtain when a male Indian marries a person other than an Indian, or an Indian who is a member of another Band.

This difference in the consequences of such a marriage plainly arises under a law of Canada, i.e., the *Indian Act*, and in my opinion it constitutes discrimination by reason of sex within the meaning of the *Canadian Bill of Rights* just as the effect of the statute invoked in the *Drybones* case [1970] S.C.R. 282, was to discriminate against *Drybones* on the basis of his race.

It is of course clear that the discrimination in that case was between the rights of *Drybones*, as an Indian to whom the *Indian Act* applied, and those of other Canadians not subject to the particular provision but nevertheless subject only to the laws of Canada as distinguished from laws of particular provinces of Canada,

législation inopérante car elle est discriminatoire à son encontre, en raison du sexe, en la privant de son droit au statut d'Indienne et à continuer d'être inscrite en qualité de membre de la bande Wikwemikong.

Dans sa décision soigneusement motivée, le juge Grossberg a affirmé que le mariage de l'appelante lui donnait le statut de femme mariée avec les mêmes capacités et incapacités légales que toutes les autres femmes canadiennes mariées et que c'est cette égalité que lui garantit la *Déclaration canadienne des droits* et non pas obligatoirement l'égalité avec les personnes mariées au sein d'un groupe ou d'une classe visés par une loi particulière du Canada. En conséquence, il a confirmé la décision du registraire.

Comme on va le voir, mon point de vue sur la question que soulève la *Déclaration canadienne des droits* est quelque peu différent. Il est clair que les Indiennes aussi bien que les Indiens ont la capacité légale de contracter mariage que ce soit avec un Indien ou un non-Indien. Cependant, la *Loi sur les Indiens*, loi édictée par le Parlement du Canada, prévoit dans le cas où une personne indienne épouse quelqu'un qui ne l'est pas ou qui appartient à une autre bande, que ce mariage aura, quant aux droits de la personne indienne qui se marie ainsi, des conséquences différentes suivant qu'il s'agit d'une femme ou d'un homme.

Cette différence dans les conséquences d'un tel mariage est le résultat direct d'une loi du Canada, la *Loi sur les Indiens* et, à mon avis, elle constitue une discrimination en raison du sexe dans l'acception de la *Déclaration canadienne des droits* de même que, dans l'affaire *Drybones* [1970] R.C.S. 282, la loi invoquée avait un effet discriminatoire à l'encontre de *Drybones* en raison de sa race.

Bien sûr, il est clair que la discrimination dans ce cas-là portait sur les droits de *Drybones*, en tant qu'Indien à qui s'appliquait la *Loi sur les Indiens*, par rapport à ceux des autres Canadiens qui n'étaient pas soumis à la disposition particulière en cause, mais qui, néanmoins, restaient seulement soumis aux lois canadiennes

but that this sort of discrimination is not the only kind within the precept of the *Canadian Bill of Rights* and does not represent its full scope is emphatically stated in the judgment of Hall J. in the *Drybones* case. The learned judge said at page 300:

The social situations in *Brown v. Board of Education* and in the instant case are, of course, very different, but the basic philosophic concept is the same. The *Canadian Bill of Rights* is not fulfilled if it merely equates Indians with Indians in terms of equality before the law, but can have validity and meaning only when subject to the single exception set out in s. 2 it is seen to repudiate discrimination in every law of Canada by reason of race, national origin, colour, religion or sex in respect of the human rights and fundamental freedoms set out in s. 1 in whatever way that discrimination may manifest itself not only as between Indian and Indian but as between all Canadians whether Indian or non-Indian.

To my mind it makes no difference in the present case whether the matter is viewed as between Indian and Indian or simply as between member and member of the Wikwemikong Band of Indians. In either view the apparent effect of the legislation is, in my opinion, to discriminate by reason of sex. To this extent therefore the case of the applicant appears to me to be made out.

There is, however, another and perhaps a more elusive facet of the problem, that is to say, whether such discrimination by reason of sex abrogates, abridges or infringes the human right of the applicant as an individual, which is recognized and declared by the statute to have existed and to continue to exist, to equality before the law.

The meaning of this expression in the *Canadian Bill of Rights* was considered in the *Drybones* case where Ritchie J. speaking for the majority of the Supreme Court said at page 297:

I think that the word "law" as used in s. 1(b) of the *Bill of Rights* is to be construed as meaning "the law of Canada" as defined in s. 5(2) (i.e. Acts of the Parliament of Canada and any orders, rules or regulations thereunder) and without attempting any exhaustive definition of "equality before the law" I think that s. 1(b) means at least that no individual or group of individuals is to be treated more harshly than another under that law, and I am therefore of opinion that

(qu'il faut distinguer des lois de chaque province canadienne). Le fait que cette sorte de discrimination ne soit pas la seule dans l'esprit de la *Déclaration canadienne des droits* et qu'elle ne représente pas son entière portée, est nettement exposé dans le jugement rendu par le juge Hall dans l'affaire *Drybones*. Le savant juge déclarait à la page 300:

Les situations sociales considérées dans *Brown v. Board of Education* et dans la présente cause sont, bien entendu, très différentes, mais le concept philosophique fondamental est le même. La *Déclaration canadienne des droits* n'atteint pas son but si pour l'égalité devant la loi elle ne fait qu'établir un rapport d'égalité entre Indiens et Indiens; elle n'a de valeur et n'a de sens que lorsque, sous réserve de l'unique exception énoncée à l'art. 2, elle répudie dans chaque loi du Canada la discrimination en raison de la race, de l'origine nationale, de la couleur, de la religion ou du sexe à l'égard des droits de l'homme et des libertés fondamentales énoncés à l'art. 1, de quelque façon que cette discrimination puisse se manifester, non seulement entre Indiens et Indiens, mais entre tous les Canadiens qu'ils soient Indiens ou non-Indiens.

A mon point de vue, il importe peu qu'en l'espèce, il s'agisse d'un problème entre Indiens ou simplement entre membres de la bande d'Indiens Wikwemikong. Dans les deux cas, à mon avis, la législation a pour effet évident d'établir une discrimination en raison du sexe. Par conséquent, dans cette mesure, j'estime que le point de vue de l'appelante doit prévaloir.

Cependant, il y a un autre aspect au problème, qui est peut-être plus difficile à cerner, à savoir si une telle discrimination en raison du sexe supprime, restreint ou enfreint le droit fondamental de l'appelante, en tant que personne, à l'égalité devant la loi, droit qui a existé et qui continuera à exister comme le reconnaît et le déclare la loi.

Le sens de cette expression dans la *Déclaration canadienne des droits* fut étudié dans l'affaire *Drybones*, dans laquelle le juge Ritchie, parlant au nom de la majorité en Cour suprême, déclarait à la page 297:

Je pense que le mot «loi» dans l'art. 1b) de la *Déclaration des droits* doit s'interpréter comme signifiant une «loi du Canada» au sens de la définition à l'art. 5(2) (c'est-à-dire, une loi du Parlement du Canada, ou une ordonnance, une règle ou un règlement établis sous son régime). Sans rechercher une définition complète de l'expression «égalité devant la loi», je pense que l'art. 1b) signifie au moins qu'un individu ou un groupe d'individus ne doit pas être traité plus

an individual is denied equality before the law if it is made an offence punishable at law, on account of his race, for him to do something which his fellow Canadians are free to do without having committed any offence or having been made subject to any penalty.

Later in his reasons Ritchie J. restated his position and in doing so he said at page 298:

In my view under the provisions of s. 1 of the *Bill of Rights* "the right of the individual to equality before the law" "without discrimination by reason of race" is recognized as a right which exists in Canada, and by ss. 2 and 5 of that *Bill* it is provided that every law of Canada enacted before or after the coming into force of the *Bill*, unless Parliament makes an express declaration to the contrary, is to be "so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgement or infringement" of any of the rights so recognized and declared.

It may well be that the implementation of the *Canadian Bill of Rights* by the courts can give rise to great difficulties, but in my view full effect must be given to the terms of s. 2 thereof.

The present case discloses laws of Canada which abrogate, abridge and infringe the right of an individual Indian to equality before the law and in my opinion if those laws are to be applied in accordance with the express language used by Parliament in s. 2 of the *Bill of Rights*, then s. 94(b) of the *Indian Act* must be declared to be inoperative.

It appears to me to be desirable to make it plain that these reasons for judgment are limited to a situation in which, under the laws of Canada, it is made an offence punishable at law on account of race, for a person to do something which all Canadians who are not members of that race may do with impunity; in my opinion the same considerations do not by any means apply to all the provisions of the *Indian Act*.

The last paragraph of this quotation appears to me to show that the *Drybones* case cannot be regarded as having determined the particular problem which must now be decided but it seems to me that the statutory provisions here under consideration manifestly work a disadvantage to an Indian woman who marries a person who is not an Indian by depriving her of her right to registration as a member of her Band or as an Indian and in consequence to the rights of an Indian under the *Indian Act*.

These provisions are thus laws which abrogate, abridge and infringe the right of an individual Indian woman to equality with other Indians before the law. Though this is not a situation in which an act is made punishable at law on account of race or sex, it is one in which

duement qu'un autre en vertu de la loi. J'en conclus donc qu'une personne est privée de l'égalité devant la loi, si pour elle, à cause de sa race, un acte qui, pour ses concitoyens canadiens, n'est pas une infraction et n'appelle aucune sanction devient une infraction punissable en justice.

Plus loin dans ses motifs, le juge Ritchie réaffirmait sa position et, ce faisant, déclarait à la page 298:

A mon avis, en vertu des dispositions de l'art. 1 de la *Déclaration des droits* «le droit de l'individu à l'égalité devant la loi» «quelle que soit sa race» est reconnu comme un droit qui existe au Canada et les art. 2 et 5 de la *Déclaration* décrètent que toute loi du Canada édictée avant ou après la mise en vigueur de la *Déclaration* doit, à moins que le Parlement ne déclare expressément le contraire, «s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre» l'un quelconque des droits ainsi reconnus ni à en «autoriser la suppression, la diminution ou la transgression».

Il est bien possible que l'application judiciaire de la *Déclaration canadienne des droits* donne lieu à de grandes difficultés mais, à mon avis, il faut donner leur plein effet aux dispositions de l'art. 2.

L'affaire présentement devant nous démontre qu'il existe des lois du Canada qui suppriment, restreignent et enfreignent le droit d'un Indien à l'égalité devant la loi et, à mon avis, afin d'appliquer ces lois en se conformant aux termes explicites employés par le Parlement à l'art. 2 de la *Déclaration des droits* il faut déclarer que l'art. 94(b) de la *Loi sur les Indiens* est inopérant.

Je crois utile d'affirmer clairement que ces motifs s'appliquent seulement à un cas où, en vertu des lois du Canada, est réputé infraction punissable en droit, pour une personne, à cause de sa race, un acte que ses concitoyens canadiens qui ne sont pas de cette race peuvent poser sans encourir aucune sanction. A mon avis, cela est bien loin d'être applicable à toutes les dispositions de la *Loi sur les Indiens*.

A mon avis, le dernier alinéa de cette citation indique qu'on ne peut considérer que l'affaire *Drybones* a réglé le problème particulier qu'il faut maintenant trancher, mais il me semble que les dispositions législatives en question sont manifestement au désavantage d'une Indienne qui épouse un non-Indien puisqu'elles la privent de son droit d'inscription comme membre de sa bande ou comme Indienne et, en conséquence, des droits accordés aux Indiens par la *Loi sur les Indiens*.

Ainsi, il s'agit bien de dispositions qui suppriment, restreignent et enfreignent le droit d'une Indienne à l'égalité avec les autres Indiens devant la loi. Il ne s'agit pas ici, bien sûr, d'un cas où un acte est punissable en droit en raison de la race ou du sexe de son auteur; il n'en

under the provisions here in question the consequences of the marriage of an Indian woman to a person who is not an Indian are worse for her than for other Indians who marry non-Indians and than for other Indians of her Band who marry persons who are not Indians. In my opinion this offends the right of such an Indian woman as an individual to equality before the law and the *Canadian Bill of Rights* therefore applies to render the provisions in question inoperative.

I would set aside the decision of Judge Grossberg and refer the matter back to him to be disposed of on the basis that the provisions of the *Indian Act* are inoperative to deprive the applicant of her right to registration as a member of the Wikwemikong Band of Indians.

demeure pas moins que, aux termes des dispositions en question, les conséquences du mariage d'une Indienne avec un non-Indien sont pires pour elle que pour les autres Indiens qui épousent des non-Indiennes et que pour les autres Indiens de sa bande qui épousent des non-Indiennes. A mon avis, ceci enfreint le droit à l'égalité devant la loi de ladite Indienne en tant que personne et, par conséquent, la *Déclaration canadienne des droits* s'applique et rend inopérantes les dispositions en question.

Par conséquent, je suis d'avis d'infirmer la décision du juge Grossberg et de lui renvoyer l'affaire pour qu'il en dispose en tenant compte du fait que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* ne peuvent avoir pour effet de priver l'appelante de son droit d'inscription en qualité de membre de la bande d'Indiens Wikwemikong.

National Capital Commission (Plaintiff)

v.

S. Edgar Dussault, Jacques E. Dussault, Pierre Dussault and S. E. Dussault & Fils Inc. (Defendants)

Trial Division, Noël A.C.J.—Ottawa, September 7 and 8, 1971.

Costs—Expropriation action—Amount awarded \$60,000—Classification of action under Tariff A—Expert witnesses, fees of—Motion for direction—Federal Court Act, Tariff A, s. 1(3)(d) and (4)(a)—Rule 344(7).

Plaintiff commenced an expropriation action against defendants in 1964 offering \$37,500 for their property. In 1966 the amount was increased by amendment to \$62,500 but was later reduced to \$36,000. This Court gave judgment for \$60,000 and costs. Defendants paid some \$8,000 to 5 persons for expert opinions and applied for directions respecting costs.

Held: (1) The amount involved “on the face of the proceedings” was more than \$50,000 and it was therefore a Class III proceeding under s. 1(3)(d) of Tariff A, and should in any event be so classed by direction of the Court under s. 1(4)(a) of Tariff A.

(2) Defendants should have leave to apply to the trial judge for special directions as to costs and expert witnesses’ fees under Rule 344(7).

MOTION.

J. P. Fortin for plaintiff.

P. Taché Q.C., for defendants.

NOËL A.C.J.—Defendants have submitted a motion for directions as to the costs plaintiff must pay as a result of the judgment delivered on August 21, 1970, by Dumoulin J., ordering plaintiff to pay defendants “the sum of \$60,000 with interest at the rate of 5% per annum from the date of expropriation to December 28th, 1964, at which time a partial indemnity of \$30,000 was paid to them, and then on the balance of \$30,000 from that date to the present time. Defendants shall be entitled to recover costs after taxation in due form”.

Defendants submit, firstly, that their claim should be classified in the category of actions

La Commission de la Capitale nationale (Demanderesse)

c.

S. Edgar Dussault, Jacques E. Dussault, Pierre Dussault et S. E. Dussault & Fils Inc. (Défendeurs)

Division de première instance. Le juge en chef adjoint Noël—Ottawa, les 7 et 8 septembre 1971.

Dépens—Action en expropriation—Jugement accordant \$60,000—Action faisant partie du Tarif A—Dépens d’expertise—Demande de directives—Loi sur la Cour fédérale, Tarif A, art. 1(3)(d) et (4)(a)—Règle 344(7).

La demanderesse a engagé, en 1964, une action en expropriation contre les défendeurs, offrant \$37,500 pour leur immeuble. En 1966, par modification, ce montant a été augmenté à \$62,500. Par la suite, il fut réduit à \$36,000. Cette Cour a rendu jugement pour \$60,000 et les dépens. Les défendeurs ont versé quelque \$8,000 à 5 personnes pour leurs services d’experts et ils demandent des directives concernant les dépens.

Arrêt: (1) Le montant en cause, «au vu du dossier», est supérieur à \$50,000 et constitue donc une procédure faisant partie de la classe III en vertu de l’art. 1(3)(d) du Tarif A. D’ailleurs, cette procédure devrait être ainsi classée par directive de la Cour donnée en vertu de l’art. 1(4)(a) du Tarif A.

(2) Les défendeurs pourront demander au juge qui a entendu cette cause des directives spéciales quant aux frais et dépens d’expertise selon la Règle 344(7).

REQUÊTE.

J. P. Fortin pour la demanderesse.

P. Taché c.r., pour les défendeurs.

LE JUGE EN CHEF ADJOINT NOËL—Il s’agit d’une motion des défendeurs pour directives concernant les dépens que doit payer la demanderesse résultant du jugement prononcé par le juge Dumoulin le 21 août 1970 condamnant la demanderesse à payer aux défendeurs «une somme de \$60,000 avec l’intérêt aux taux de 5% l’an de la date de l’expropriation jusqu’au 28 décembre 1964, alors qu’une indemnité partielle de \$30,000 leur fut versée, puis sur le reliquat de \$30,000 de cette dernière date à ce jour. Les défendeurs auront droit de recouvrer les dépens après qu’ils auront été régulièrement taxés».

Les défendeurs soumettent d’abord que leur réclamation doit être classée dans la catégorie

mentioned in Tariff A of the new Rules of this Court as being Class III (see s. 1(3)(d) of Tariff A).

Although the information filed by the National Capital Commission was amended twice, I am persuaded that the step in question here must be treated as a step in a proceeding which is not covered by par. 1(3)(d), and that it must, accordingly, fall within Class III. It is true that the information was filed by the plaintiff on July 15, 1964, for \$37,500, but it was amended on March 4, 1966, and the amount offered was increased to \$62,500, though by motion dated May 4, 1970, it was reduced to \$36,000, and a portion of the indemnity, \$30,000, was paid to the defendants on December 28, 1964. It seems to me that in the circumstances, and in view of the decision given, namely an order to pay \$60,000, there is an amount involved "on the face of the proceedings that is \$50,000 or more", which is sufficient grounds, under s. 1(3)(d) of Tariff A of this Court, for treating this step as falling within Class III of the Tariff of this Court.

Moreover, if I had any doubt regarding the inclusion of this proceeding in Class III of the Tariff, I would nonetheless hold, by virtue of the power conferred on me by s. 1(4)(a) of the Tariff of this Court, that it should be included in Class III.

The defendants also complain of the fact that, having spent the amounts cited below to retain and pay for the services of the experts who testified for them at the hearing on the merits of this case, they cannot now obtain payment of the same, under the new Rules, without an Order from this Court. The defendants-suppliants did in fact spend the following amounts for expert opinions:

(1) Fees to expert Paul-Emile Mantha	\$1,811.95
(2) Fees to expert W. L. Moffatt	717.50
(3) Fees to the Cie d'Évaluation Métropolitaine Ltée	1,291.50
(4) Fees to S.E. Dussault & Fils Inc.	1,800.00
(5) Fees to Jean Issalys, architect	2,500.00

des actions prévues au Tarif A des nouvelles Règles de cette Cour comme faisant partie de la classe III (*cf.* article 1(3)d) du Tarif A).

Bien que l'information produite par la Commission de la Capitale nationale fut amendée deux fois, je crois bien que l'on peut dire que la présente démarche fait partie d'une procédure qui n'est pas visée à l'al. 1(3)d) et, par conséquent, elle doit tomber dans la classe III. L'information, il est vrai, fut déposée par la demanderesse le 15 juillet 1964 pour \$37,500 mais elle fut amendée le 4 mars 1966 et le montant offert fut augmenté à \$62,500 bien que par requête en date du 4 mai 1970 elle fut réduite à \$36,000, et une partie de l'indemnité, soit \$30,000, fut versée aux défendeurs le 28 décembre 1964. Il me paraît que dans les circonstances et compte tenu de la décision rendue, soit une condamnation au paiement de \$60,000, il s'agit ici, «au vu du dossier, d'une somme atteignant \$50,000 ou plus» tel que l'exige l'art. 1(3)d) du Tarif A de cette Cour, condition suffisante pour que la démarche soit considérée comme faisant partie de la classe III du Tarif de cette Cour.

D'ailleurs, si j'avais des doutes sur l'inclusion de la présente procédure dans la classe III du Tarif, me prévalant du pouvoir qui m'est donné par l'art. 1(4)a) du Tarif de cette Cour, je serais d'avis qu'il faudrait quand même l'inclure dans la classe III.

Les défendeurs se plaignent aussi du fait qu'ayant dépensé les montants suivants pour retenir et payer les services de leurs experts qui ont témoigné à l'audition de cette cause sur le mérite, ils ne peuvent maintenant se les faire payer en vertu des nouvelles Règles sans une ordonnance de cette Cour. Les défendeurs-requérants ont en effet dépensé, pour fins d'expertise, les montants suivants:

(1) Frais de l'expert Paul-Emile Mantha	\$1,811.95
(2) Frais de l'expert W. L. Moffatt	717.50
(3) Frais de la Cie d'Évaluation Métropolitaine Ltée	1,291.50
(4) Frais de la Maison S. E. Dussault & Fils Inc.	1,800.00
(5) Frais de l'architecte Jean Issalys	2,500.00

The new rule on expert witnesses is found in s. 4 of Tariff A and reads as follows:

4. (1) When a witness is a barrister, advocate, attorney, solicitor, physician, surgeon, engineer, architect, surveyor or accountant (other than a party) who is called on to give evidence in consequence of any professional or technical services rendered by him, there shall be substituted for the amount of \$5 in subsection (1) of section 3, the amount of \$35, but otherwise section 3 is applicable to such a witness.

(2) In lieu of making a payment under section 3, there may be paid to a witness who appears to give evidence as an expert a reasonable payment for the services performed by the witness in preparing himself to give evidence and giving evidence.

This Rule must be taken together with s. 2(2)(a) and (b) of Tariff B of this Court which reads as follows:

2. (2) *Disbursements:*

(a) all disbursements made under Tariff A may be allowed, except that payments to a witness under paragraph 4(2) may only be allowed to the extent directed by the Court under Rule 344(7),

(b) such other disbursements may be allowed as were essential for the conduct of the action.

Rule 344(7) of the Rules of this Court, to which the above section refers, allows a party to move the Court to make any special direction concerning costs, including any direction contemplated by Tariff B, and to decide any question as to the application of any of the provisions in Rule 346, dealing with taxation; this must be done within ten days of the pronouncement of judgment or such further time as the Court may allow, either before or after the expiration of that time, in accordance with Rule 337(5) of the Rules of this Court.

It seems to me that, in spite of the length of time it took defendants to have their costs taxed, this is nevertheless a case in which the Court should grant defendants' application for an extension of the ten-day period, so as to allow them to take advantage of the provisions of Rule 344(7). It would, indeed, be unjust to deprive defendants of a remedy because they did not exercise it within a time limit which they could not have known of when the judgment was pronounced, as the time limit specified in

La nouvelle règle quant aux experts se trouve maintenant à l'art. 4 du Tarif A et se lit comme suit:

4. (1) Lorsqu'un témoin est avocat, procureur, *solicitor*, médecin, chirurgien, ingénieur, géomètre, arpenteur ou comptable, (sans être partie à la procédure) et qu'il est appelé à témoigner par suite de services professionnels ou techniques rendus par lui, il a le droit de recevoir, au lieu des \$5 prescrits au paragraphe (1) de l'article 3, une somme de \$35 par jour, mais les autres dispositions de l'article 3 lui sont applicables comme à un autre témoin.

(2) Au lieu de faire un versement aux termes de l'article 3, la partie peut verser à un témoin qui comparait pour déposer en qualité d'expert une somme raisonnable en compensation de ce que le témoin a dû faire pour se préparer à déposer et pour déposer.

Cette règle se complète par l'art. 2(2)a) et b) du Tarif B de la Cour qui se lit comme suit:

2. (2) *Débours:*

a) tous les débours visés au tarif A peuvent être accordés; toutefois les paiements faits à un témoin aux termes du paragraphe 4(2) ne peuvent être accordés que dans la mesure où la Cour le permet en vertu de la Règle 344(7),

b) peuvent également être accordés les autres débours qui, selon la conviction du fonctionnaire taxateur, étaient essentiels à la conduite de l'action.

La Règle 344(7) des Règles de cette Cour à laquelle renvoie l'article précité permet à une partie de requérir la Cour de donner au sujet des dépens des directives spéciales, y compris une directive visée au Tarif B et de statuer sur tout point relatif à l'application de tout ou partie des dispositions de la Règle 346 qui traite de la taxation, et ce dans le délai de 10 jours du prononcé de jugement ou dans tel délai que la Cour pourra accorder soit avant soit après l'expiration du délai de 10 jours, selon la Règle 337(5) des Règles de cette Cour.

Il me paraît que, malgré le long délai que les défendeurs ont pris à faire taxer leurs dépens, il s'agisse quand même ici d'un cas où la Cour doit accorder la demande faite par les défendeurs de prolonger la période de 10 jours pour leur permettre d'invoquer les dispositions de la Règle 344(7). Il ne serait, en effet, pas juste d'écarter les défendeurs d'un recours parce qu'ils ne l'auraient pas exercé dans un délai qu'ils ne pouvaient pas connaître au moment du prononcé du jugement, car ce délai, en effet,

the Rule was in fact not yet in effect at that date.

The defendants-suppliants will therefore be entitled to have their costs taxed as a proceeding within Class III of Tariff A of this Court, and they may, within 15 days from the date of these presents, submit a motion to the Court requesting special directions as to costs and experts' fees under Rule 344(7) of the Rules of this Court; the said motion will be referred to the judge who heard this case and pronounced judgment. Plaintiff may at this time indicate not only the grounds it may have for disallowing any of these costs or fees, but also, if applicable, for reducing them, the whole without costs.

prévu à la règle de cette Cour n'était pas encore en vigueur à cette date.

Les défendeurs-requérants auront donc droit de faire taxer leurs dépens comme étant une procédure comprise dans la classe III du Tarif A de cette Cour et ils pourront, dans les 15 jours de la date des présentes, présenter une requête à cette Cour lui demandant des directives spéciales quant aux frais et dépens d'expertise selon la Règle 344(7) des Règles de cette Cour, laquelle requête sera référée au juge qui a entendu cette cause et prononcé le jugement. La demanderesse pourra, à cette occasion, faire valoir non seulement les moyens qu'elle peut avoir pour écarter certains de ces dépens ou frais, mais aussi pour, s'il y a lieu, les faire réduire. Le tout sans frais.

Gateway Packers 1968 Limited (Applicant)

v.

Burlington Northern (Manitoba) Limited and City of Winnipeg (Respondents)

Court of Appeal, Jackett C.J., Dumoulin and Thurlow JJ.—Winnipeg, September 15, 16, 17, 1971.

Judicial Review—Railways—Decision of Canadian Transport Commission—Relocation of trackage for urban renewal project—Approval by CTC—Whether relocation “required” by railway—Whether relocation a “deviation” or “abandonment” of trackage—Intervention by third person—Whether natural justice denied—No open hearing asked for—No request made for submissions of others—Railway Act, R.S.C. 1952, c. 234, secs. 168, 181 and s. 53(2) (now R.S.C. 1970, c. R-2, secs. 106, 119, and National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17, s. 64(2)), Federal Court Act, 1970, c. 1, s. 28.

A railway company applied to the Canadian Transport Commission for permission to relocate certain of its trackage in Winnipeg in furtherance of a contract for the sale of certain of its property to the city for an urban renewal project. A copy of the railway's application was served on the Gateway company, which filed an intervention with the Commission in accordance with the rules of the Commission. Its intervention was based on two grounds: (1) under s. 181 (now s. 119) of the *Railway Act*, that the relocation was “required” not by the railway but by the city; and (2) under s. 168 (now s. 106) of the *Railway Act*, that the relocation was not a “deviation” but an “abandonment” of trackage. No issue of fact was raised before the Commission relating to these two grounds and no factual material was put before the Commission by any other person in any way bearing on those two grounds. The Commission approved the application. The Gateway company appealed from the Commission's approval and at the same time moved to set it aside under s. 28 of the *Federal Court Act*, on the ground, in addition to these mentioned above, that the Gateway company had been denied natural justice because the Commission failed to grant it a public hearing or permit it to answer submissions made by others, and failed to receive evidence on disputed questions of fact.

Held, dismissing the appeal and motion:

1. The relocation was “required” by the railway within the meaning of s. 181 (now s. 119) of the *Railway Act*.

2. The relocation was a “deviation, change or alteration” of trackage within the meaning of s. 181 (now s. 119) of the *Railway Act* even though it might also be an “abandonment” thereof within the meaning of s. 168 (now s. 106).

Gateway Packers 1968 Limited (Appelante)

c.

Burlington Northern (Manitoba) Limited et la ville de Winnipeg (Intimées)

Cour d'appel, le juge en chef Jackett, les juges Dumoulin et Thurlow—Winnipeg, les 15, 16 et 17 septembre 1971.

Examen judiciaire—Chemins de fer—Décision de la Commission canadienne des transports—Déplacement de la voie dans le cadre d'un projet de rénovation urbaine—Approbation de la CCT—Le déplacement est-il «voulu» par le chemin de fer?—Le déplacement est-il une «déviaton» ou un «abandon» de voie?—Intervention d'un tiers—Y a-t-il déni de justice naturelle?—Aucune demande d'audience publique—Aucune demande concernant d'autres prétentions—Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1952, c. 234, arts. 168, 181 et 53(2), (actuellement, S.R.C. 1970, c. R-2, arts. 106, 119 et Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, c. N-17, art. 64(2)), Loi sur la Cour fédérale, 1970, c. 1, art. 28.

Une compagnie de chemin de fer présenta une requête à la Commission canadienne des transports pour obtenir la permission de déplacer certaines de ses voies à Winnipeg, pour faciliter l'exécution du contrat de vente de certains de ses terrains à la ville aux fins d'un projet de rénovation urbaine. Une copie de la requête de la compagnie de chemin de fer fut signifiée à la compagnie Gateway qui déposa une intervention à la Commission conformément aux règles de la Commission. Son intervention était fondée sur deux moyens: (1) en vertu de l'art. 181 (actuellement art. 119) de la *Loi sur les chemins de fer*, que le déplacement n'était pas «voulu» par le chemin de fer mais par la ville; et (2) en vertu de l'art. 168 (actuellement art. 106) de la *Loi sur les chemins de fer*, que le déplacement n'était pas «déviaton» mais un «abandon» de voie. Devant la Commission, il ne fut soulevé aucune question de fait sur ces deux moyens et aucune autre personne n'y présenta de documents sur les faits portant de quelque manière que ce soit sur ces deux moyens. La Commission a approuvé la demande. La compagnie Gateway interjeta appel de l'approbation de la Commission et, en même temps, fit une demande d'annulation en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*; outre les motifs susmentionnés, la compagnie Gateway invoqua le fait que la justice naturelle lui avait été refusée car la Commission ne lui avait accordé d'audience publique ou permis de répondre aux prétentions des autres parties, et qu'elle n'avait pas recueilli de preuves sur les questions de fait en litige.

Arrêt: rejet de l'appel et de la requête:

1. Le déplacement était «voulu» par le chemin de fer dans l'acception de l'art. 181 (actuellement art. 119) de la *Loi sur les chemins de fer*.

2. Le déplacement était une «déviaton, changement ou modification» des voies dans l'acception de l'art. 181 (actuellement art. 119) de la *Loi sur les chemins de fer*.

3. The Gateway company could have obtained copies of documents filed with the Commission by searching the Commission's files or by requesting them, and under the Commission's rules the Gateway company could have had an open hearing if it had asked for one; and not having done so it could not complain of having been deprived of a fair hearing. Moreover, the Gateway company's intervention was confined to the two grounds specified therein, and it could not be doubted that the Commission in its consideration of the proceedings had concluded, as it was entitled to do, that there was no dispute between the parties as to any relevant fact.

Wiswell v. Winnipeg [1965] S.C.R. 512, distinguished; *Bell Telephone Co. v. C.N.R.* [1932] S.C.R. 222, applied.

APPEAL from order of Canadian Transport Commission and application to set it aside.

P. Schulman and *M. Schulman* for applicant.

K. B. Peters and *G. Anderson* for City of Winnipeg.

G. Kroft and *D. Baizley* for Burlington Northern (Manitoba) Ltd.

M. Cuddihy for Canadian Transport Commission.

JACKETT C.J. (orally)—This proceeding is a combination of an appeal from Order No. R-12160 made by the Canadian Transport Commission on July 12, 1971, and an application under s. 28 of the *Federal Court Act* to set aside that order.¹

An application was made by the first respondent (hereinafter referred to as "Midland") by a solicitor's letter, bearing date February 1, 1971, and addressed to the Canadian Transport Commission which, as subsequently amended, reads, in part:

On behalf of The Midland Railway Company of Manitoba application is hereby made under Section 181 of the Railway Act, Revised Statutes of Canada 1952, Chapter 234 and amendments thereto, for authority to relocate certain of the Company's track and facilities located within the City of Winnipeg.

The track in respect to which the said authority for relocation is sought is shown marked in yellow on Plan No.

même s'il pouvait s'agir d'un «abandon» de ces dernières dans l'acception de l'art. 168 (actuellement art. 106).

3. La compagnie Gateway aurait pu obtenir copies des documents déposés à la Commission en inspectant les dossiers de la Commission ou en les exigeant; en vertu des règles de la Commission, elle aurait pu obtenir une audience publique si elle en avait fait la demande; mais ayant omis de le faire, elle ne pouvait pas se plaindre d'avoir été privée d'une audience juste. En outre, la compagnie Gateway limita son intervention aux deux moyens spécifiés aux présentes, et il paraît évident que, lorsque la Commission étudia le différend, elle conclut, comme elle était en droit de le faire, qu'il n'y avait pas de litige entre les parties portant sur des faits pertinents.

Distinction à faire avec l'arrêt *Wiswell c. Winnipeg* [1965] R.C.S. 512; arrêt suivi: *Bell Telephone Co. c. C.N.R.* [1932] R.C.S. 222.

APPEL d'une ordonnance de la Commission canadienne des transports et requête en annulation.

P. Schulman et *M. Schulman* pour l'appelante.

K. B. Peters et *G. Anderson* pour la ville de Winnipeg.

G. Kroft et *D. Baizley* pour la Burlington Northern (Manitoba) Ltd.

M. Cuddihy pour la Commission canadienne des transports.

LE JUGE EN CHEF JACKETT (oralement)—Ce procès comprend à la fois un appel interjeté de l'ordonnance n° R-12160 rendue le 12 juillet 1971 par la Commission canadienne des transports et une demande d'annulation de ladite ordonnance¹ aux termes de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

La première intimée (ci-après dénommée «Midland») présenta une requête par lettre envoyée par son procureur, portant la date du 1^{er} février 1971 et adressée à la Commission canadienne des transports, dont voici un extrait après modification ultérieure:

[TRADUCTION] Au nom de la Midland Railway Company of Manitoba, une requête est faite par les présentes aux termes de l'article 181 de la Loi sur les chemins de fer (Statuts Révisés du Canada 1952, c. 234 et modifications) en vue d'obtenir l'autorisation de déplacer une partie de la voie ferrée de la compagnie et des installations situées dans la ville de Winnipeg.

La voie ferrée pour laquelle on demande une autorisation de déplacement, est indiquée en jaune sur le plan n° 1. Le

1. The proposed new location for the track and facilities is shown marked in red on Plan No. 2. Both of the said plans have been certified by the proper officers of the applicant and have been previously filed.

The land upon which the track and facilities are to be located is marked in green on Plan No. 2. All of this land is presently owned by the applicant.

This application is being made pursuant to a contract between the City of Winnipeg and the applicant whereby the applicant has agreed to sell and the City has agreed to buy all of the applicant's property lying East of McPhillips Street in the City of Winnipeg, for the purpose of an urban renewal project. As part of the said agreement the applicant undertook to apply to the Railway Transport Committee of the Canadian Transportation Commission for approval of the necessary relocation.

The said relocation will involve the elimination of ten street crossings now used by the applicant. The only new crossings which will be required are over Pacific Avenue and over the unopened and unused portion of Winnipeg Avenue as shown on Plan No. 2. Approval of these crossings is hereby requested.

On July 12, 1971, the Railway Transport Committee of the Canadian Transport Commission made an order (Order No. R-12160), the operative part of which reads, in part, as follows:

THE COMMITTEE HEREBY ORDERS THAT:

1. Plan No. 2 dated March 19, 1970, which is a plan, profile and book of reference showing the location of the relocated tracks and other railway facilities of the Applicant Company, situated north of Notre Dame Avenue and west of McPhillips Street, in the City of Winnipeg, is approved and sanctioned.

2. The said relocated tracks will replace the existing trackage, as shown in yellow on Plan No. 1 dated March 19, 1970.

The appeal and the application under s. 28 of the *Federal Court Act* are in respect of the order aforesaid.

The notice of the application under s. 28 states that the following are the grounds of the application:

1. That the Commission failed to apply Section 181 of The Railway Act, R.S.C. 1952, Chap. 234, in its interpretation of said Section 181 of The Railway Act when it failed to find that the said relocation by deviation of trackage was not required by the Applicant to be made in the railway.

2. That the Commission failed to apply Section 168 of The Railway Act in its interpretation of the sections of The

nouveau tracé proposé de la voie ferrée et des installations est indiqué en rouge sur le plan n° 2. Ces deux plans ont été attestés par les dirigeants appropriés de la requérante et ont été auparavant versés au dossier.

Le terrain sur lequel la voie ferrée et les installations doivent être situées est indiqué en vert sur le plan n° 2. Le terrain tout entier appartient actuellement à la requérante.

Cette requête est présentée par suite d'un contrat entre la ville de Winnipeg et la requérante en vertu duquel cette dernière consentait à vendre et la ville consentait à acheter tous les terrains de la requérante se trouvant à l'est de la rue McPhillips dans la ville de Winnipeg dans le cadre d'un projet de rénovation urbaine. Conformément à cet accord, la requérante entreprit de présenter une requête auprès du Comité des transports par chemins de fer de la Commission canadienne des transports pour obtenir l'approbation du déplacement nécessaire.

Ledit déplacement entraîne la suppression de dix passages à niveau actuellement utilisés par la requérante. Les seuls nouveaux passages qui seront nécessaires, se trouveront au-dessus de l'avenue Pacific et au-dessus de la portion non-utilisée et fermée de l'avenue Winnipeg indiqués sur le plan n° 2. Par les présentes, il est demandé approbation de ces passages à niveau.

Le 12 juillet 1971, le Comité des transports par chemins de fer de la Commission canadienne des transports décerna une ordonnance (ordonnance n° R-12160), dont voici un extrait de la partie exécutoire:

[TRADUCTION] LE COMITÉ ORDONNE CE QUI SUIT:

1. Est approuvé et sanctionné le plan n° 2 en date du 19 mars 1970, qui est un plan, profil et livre de renvois indiquant l'emplacement des rails et des autres installations ferroviaires, une fois déplacés, de la compagnie requérante, situé au nord de l'avenue Notre-Dame et à l'ouest de la rue McPhillips, dans la ville de Winnipeg.

2. Lesdits rails déplacés remplaceront les rails existants, tel qu'il est indiqué en jaune sur le plan n° 1, en date du 19 mars 1970.

En vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la requérante a fait appel et présenté une demande au sujet de l'ordonnance susmentionnée.

L'avis de la demande faite en vertu de l'art. 28 expose que les moyens de la demande sont les suivants:

[TRADUCTION] 1. La Commission n'a pas appliqué l'article 181 de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1952, c. 234, dans l'interprétation qu'elle en a faite, en omettant de décider que ledit déplacement par déviation de voies ferrées du chemin de fer n'était pas réclamé par la requérante.

2. La Commission n'a pas appliqué l'article 168 de la *Loi sur les chemins de fer* dans l'interprétation qu'elle a faite des

Railway Act, specifically 168 and 181, when it found that the application of The Midland Railway Company of Manitoba was one for relocation by deviation of trackage and did not constitute an abandonment of a branch line.

3. That the Commission failed to grant the Intervener, Gateway Packers 1968 Ltd. a public hearing.

4. That the Commission failed to permit the Intervener, Gateway Packers 1968 Ltd. to consider and answer submissions by other persons, namely:—

- (a) The submission of the Mayor of the City of Winnipeg;
- (b) The undertaking of the Midland Railway Company of Manitoba "to develop the site of the relocated railway in such a way as to permit Crescent Fruit Co. Ltd. to carry on its fruit and produce business as soon as Crescent has acquired new property and developed its new facilities in the vicinity of the Applicant Company's new track.";

(c) All other submissions which were filed, including those of the Commission's technical advisors;

(d) Relating to the availability of trackage to the Intervener, Gateway Packers 1968 Ltd. at The Midland Railway Company of Manitoba's new location.

5. The Commission failed to receive evidence upon which a decision could be reached, especially since there were conflicting allegations of fact set out in the pleadings filed.

6. The Commission deprived the Intervener, Gateway Packers 1968 Ltd. an opportunity to adduce evidence in support of the allegations contained in its pleadings and to rebut the presumed allegations that The Midland Railway Company of Manitoba's trackage at its new location would be available to the Intervener, Gateway Packers 1968 Ltd.

The Notice of Appeal does not state the grounds of the appeal,² but it would appear from the applicant's Memorandum of Points of Argument that the section 28 motion fairly outlines the grounds upon which both the appeal and the section 28 motion are based.

In effect, according to the section 28 notice of motion, the applicant seeks relief on the following grounds:

(a) it is alleged that the Commission erred in law in sanctioning a "deviation" of trackage under s. 181 of the *Railway Act*, which was not "required" by the railway company³;

(b) it is alleged that the Commission erred in law in concluding that what the applicant

articles de la *Loi sur les chemins de fer*, en particulier les articles 168 et 181, lorsqu'elle a décidé que la demande de la Midland Railway Company of Manitoba était une demande de déplacement par déviation des voies et ne constituait pas un abandon d'embranchement.

3. La Commission a omis d'accorder une audience publique à l'intervenante, la Gateway Packers 1968 Ltd.

4. La Commission a failli en ne permettant pas à l'intervenante, la Gateway Packers 1968 Ltd., d'examiner les propositions d'autres personnes et d'y répondre, savoir:

- a) La proposition du maire de la ville de Winnipeg;
- b) L'entreprise de la Midland Railway Company of Manitoba de mettre en valeur le site du chemin de fer déplacé de façon à ce que la Crescent Fruit Co. Ltd. puisse poursuivre son commerce de fruits et de produits dérivés aussitôt que ladite compagnie aura acquis de nouveaux terrains et aura bâti ses nouvelles installations dans le voisinage de la nouvelle voie ferrée de la compagnie requérante;
- c) Toutes les autres propositions produites, y compris celles des conseillers techniques de la Commission;
- d) Celles qui se rapportent à la mise à la disposition de l'intervenante, la Gateway Packers 1968 Ltd., des voies dans le nouvel emplacement de la Midland Railway Company of Manitoba.

5. La Commission a omis de recueillir des preuves lui permettant de rendre une décision, en particulier du fait que certaines allégations de faits exposées dans les plaidoiries produites étaient contradictoires.

6. La Commission a privé l'intervenante, la Gateway Packers 1968 Ltd., de la possibilité d'apporter des preuves pour appuyer les prétentions contenues dans sa plaidoirie et de réfuter les prétentions présumées selon lesquelles les voies de la Midland Railway Company of Manitoba, dans leur nouvel emplacement, seraient mises à la disposition de l'intervenante, la Gateway Packers 1968 Ltd.

L'avis d'appel n'expose pas les moyens d'appel² mais il ressort du factum de la requérante que la requête aux termes de l'art. 28 souligne nettement les moyens sur lesquels à la fois l'appel et la requête aux termes de l'art. 28 sont fondés.

En effet, selon l'avis de requête de l'art. 28, la requérante cherche à obtenir réparation sur les moyens suivants:

a) il est invoqué que la Commission a commis une erreur de droit en sanctionnant une «déviation» de voies aux termes de l'art. 181 de la *Loi sur les chemins de fer* qui n'était pas «demandée» par la compagnie de chemins de fer³;

b) il est invoqué que la Commission a commis une erreur de droit en concluant que, ce que

sought was a "deviation" within s. 181 of the *Railway Act* and not an "abandonment" of a "line of railway" within s. 168 of the Act; and

(c) that the applicant, being a person who was entitled to a hearing by the Commission before the order was made, was not given such a hearing in that

- (i) the Commission failed to grant the applicant a public hearing,
- (ii) the Commission failed to permit the applicant to consider and answer certain specified submissions,
- (iii) the Commission failed to receive evidence upon which a decision could be reached, especially since there were conflicting allegations of fact, and

(iv) the Commission deprived the applicant of an opportunity to adduce evidence in support of allegations contained in its pleadings and to rebut the "presumed allegations" that the railway company's trackage at its new location would be available to the applicant.

The Midland Railway Company was incorporated by chapter 59 of the Statutes of Manitoba of 1903, which statute authorized it to "locate, . . . construct, . . . and operate, alter and keep in repair" *inter alia* "a railway . . . commencing at the City of Winnipeg and running . . . to a point on the international boundary at or near the Town of Emerson". (By Act of the Manitoba Legislature passed on July 27, 1971, Midland's name was changed to Burlington Northern (Manitoba) Limited.) By s. 2 of chapter 87, Statutes of Canada 1927, it was enacted that: "The works which the Company, by its said act of incorporation, is empowered to undertake and operate, and the undertaking of the Company, are hereby declared to be works for the general advantage of Canada." By virtue of s. 92(10)(c) and s. 91(29) of the *British North America Act, 1867*, this had the effect of bringing such "works" within the legislative jurisdiction of the Parliament of Canada.

la requérante cherchait à obtenir, était une «déviation» au sens de l'art. 181 de la *Loi sur les chemins de fer* et non pas l'«abandon» d'une «ligne de chemin de fer» au sens de l'art. 168 de la Loi; et

c) qu'une audience devant la Commission ne fut pas accordée à la requérante, personne morale qui y avait droit, avant que l'ordonnance soit rendue, dans la mesure où

- (i) la Commission a omis d'accorder à la requérante une audience publique,
- (ii) la Commission a omis d'autoriser la requérante à examiner certaines propositions précises et à y répondre,
- (iii) la Commission a omis de recueillir des preuves lui permettant de rendre sa décision, en particulier du fait que certaines allégations de faits étaient contradictoires, et

(iv) la Commission a privé la requérante de la possibilité d'apporter des preuves pour appuyer les prétentions contenues dans sa plaidoirie et pour réfuter les «prétentions présumées» selon lesquelles les voies de la compagnie de chemin de fer dans leur nouvel emplacement seraient mises à la disposition de la requérante.

La Midland Railway Company fut constituée en corporation par le chapitre 59 des Statuts du Manitoba de 1903 qui l'autorisait à [TRADUCTION] «tracer, . . . construire, . . . et faire fonctionner, modifier et entretenir» entre autres «un chemin de fer . . . partant de la ville de Winnipeg et allant . . . jusqu'à un point de la frontière internationale, soit à la ville d'Emerson ou près de cette dernière». (Par une loi de la législature du Manitoba passée le 27 juillet 1971, le nom corporatif Midland fut modifié en Burlington Northern (Manitoba) Limited.) L'article 2 du chapitre 87 (Statuts du Canada de 1927) établissait que: «Les ouvrages que la Compagnie, par ladite loi qui la constitue en corporation, a été autorisée à entreprendre et mettre en valeur, et l'entreprise de la Compagnie sont par les présentes déclarés ouvrages d'utilité générale pour le Canada». Selon les art. 92(10)(c) et 91(29) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique 1867*, cette législation a eu pour effet de placer ces «ouvrages» sous la compétence législative du Parlement du Canada.

Before coming to the actual questions to be decided, it may be helpful to review in a general way some of the statutory law that has to be considered.

Following the pattern set by Railway Companies Clauses legislation in England, the *Railway Act of Canada* provides a Code to regulate the construction and operation of railways that are within the legislative jurisdiction of Parliament. In effect, once legislative authority has been granted to construct and operate a particular line of railway, the authorizing Act must, if the line of railway is within the legislative jurisdiction of Parliament, be read with the *Railway Act*. The *Railway Act* has been made expressly applicable to a railway that has been declared to be a work for the general advantage of Canada. See s. 7 thereof.

When considering the relevant regulatory provisions of the *Railway Act*, it is necessary to have in mind the provisions of the *National Transportation Act* governing the Canadian Transport Commission. As the order under attack was made prior to July 15, 1971, when the Revised Statutes of 1970 came into force, I propose, in these reasons, to refer to the provisions of that Act and of the *Railway Act* as they were before that time.

The Canadian Transport Commission was constituted by the *National Transportation Act*, chapter 69 of the Statutes of 1966-67. See s. 6 which reads, in part:

6. (1) There shall be a commission, to be known as the Canadian Transport Commission, consisting of not more than seventeen members appointed by the Governor in Council.

(2) The Commission is a court of record and shall have an official seal which shall be judicially noticed.

By s. 94 of the *National Transportation Act* read with the Schedule to that Act, the *Railway Act* is amended so as to substitute the new Commission for the Board of Transport Commissioners wherever the latter Commissioners were referred to in that Act. Some of the provisions of the *Railway Act* that were not repealed by the *National Transportation Act* and that

Avant d'aborder les véritables questions à trancher, il peut être utile d'examiner de manière générale certaines des lois dont il nous faudra tenir compte.

Suivant le modèle établi par la législation anglaise sur les compagnies de chemin de fer, la *Loi sur les chemins de fer* du Canada fournit un code pour réglementer la construction et la gestion des chemins de fer qui relèvent de la compétence législative du Parlement. En effet, une fois accordée l'autorisation législative de construire et de gérer une ligne de chemin de fer donnée, la loi habilitante doit, si la ligne de chemin de fer relève de la compétence législative du Parlement, être lue en corrélation avec la *Loi sur les chemins de fer*. La *Loi sur les chemins de fer* s'applique expressément à un chemin de fer qui a été déclaré constituer un ouvrage à l'avantage général du Canada. Voir l'art. 7 de cette dernière.

Quand on envisage les dispositions réglementaires pertinentes à la *Loi sur les chemins de fer*, il faut garder à l'esprit les dispositions de la *Loi nationale sur les transports* qui régit la Commission canadienne des transports. Comme l'ordonnance attaquée fut rendue avant le 15 juillet 1971, date à laquelle les Statuts révisés de 1970 entrèrent en vigueur, je propose de citer, dans ces motifs, les dispositions de ladite loi et de la *Loi sur les chemins de fer* tels qu'ils étaient antérieurement.

La Commission canadienne des transports fut établie par la *Loi nationale sur les transports*, chapitre 69 des Statuts 1966-1967. Voir l'art. 6 dont voici un extrait:

6. (1) Est établie une commission appelée Commission canadienne des transports, formée d'au plus dix-sept membres nommés par le gouverneur en conseil.

(2) La Commission est une cour d'archives et elle a un sceau officiel de notoriété publique.

D'après l'art. 94 de la *Loi nationale sur les transports* lu en corrélation avec l'annexe de ladite loi, la *Loi sur les chemins de fer* est modifiée pour substituer la nouvelle Commission à la Commission des transports du Canada chaque fois que cette dernière Commission était mentionnée dans ladite loi. Certaines dispositions de la *Loi sur les chemins de fer* qui ne

regulate the proceedings of the new Commission are:

19. (1) The Commissioners shall sit at such times and conduct their proceedings in such manner as may seem to them most convenient for the speedy despatch of business.

(2) They may, subject to the provisions of this Act, sit either together or separately, and either in private or in open court; but any complaint made to them shall, on the application of any party to the complaint, be heard and determined in open court.

20. Subject to the provisions of this Act, the Board may make rules and provisions respecting

- (a) the sittings of the Board;
- (b) the manner of dealing with matters and business before the Board;
- (c) the apportionment of the work of the Board among its members, and the assignment of members to sit at hearings, and to preside thereat; and
- (d) generally, the carrying on of the work of the Board, the management of its internal affairs, and the duties of its officers and employees;

and in the absence of other rule or provision as to any such matter, such matter shall be in the charge and control of the Chief Commissioner or such other member or members of the Board as the Board directs.

* * *

45. (3) The finding or determination of the Board upon any question of fact within its jurisdiction is binding and conclusive.

* * *

49. No order of the Board need show upon its face that any proceeding or notice was had or given, or any circumstance necessary to give it jurisdiction to make such order.

I turn now to the part of the *Railway Act* in which are found secs. 168 and 181. It will be remembered that s. 181 is the provision upon which the Commission bases the order under attack, and secs. 168 and 181 are the provisions that the applicant says have been wrongly applied.

The scheme of the legislation is that a railway company's authority to construct a line of railway is to be found in a statute passed to authorize the particular railway. However, by virtue of s. 169 of the *Railway Act*, a company cannot commence construction of a railway or any part of it until, among other things,

furent pas abrogées par la *Loi nationale sur les transports* et qui réglementent la procédure de la nouvelle Commission sont:

19. (1) Les commissaires siègent aux époques et procèdent selon les formes qui leur paraissent les plus propices à la prompte expédition des affaires.

(2) Ils peuvent, sous réserve des dispositions de la présente loi, siéger conjointement ou séparément, et soit en chambre, soit en audience publique. Toutefois, toute plainte portée devant eux doit, à la demande d'une partie à la plainte, être entendue et jugée en audience publique.

20. Sous réserve des dispositions de la présente loi, la Commission peut édicter des règles et prescriptions relativement:

- a) aux séances de la Commission;
- b) à la manière de disposer des affaires et des questions portées devant la Commission;
- c) à la répartition du travail de la Commission entre ses membres, et à l'assignation des membres qui doivent prendre part aux séances et les présider; et
- d) en termes généraux, à l'accomplissement des travaux de la Commission, à sa régie interne et aux devoirs de ses fonctionnaires et employés;

et à défaut d'autre règle ou prescription touchant semblable question, cette question ressortit au commissaire en chef ou à tel autre membre ou tels autres membres que la Commission désigne.

* * *

45. (3) La décision de la Commission sur toute question de fait de sa compétence est obligatoire et définitive.

* * *

49. Il n'est pas nécessaire qu'une ordonnance de la Commission indique à sa face même qu'une procédure a été intentée, qu'un avis a été obtenu ou donné, ou qu'une circonstance essentielle existe qui procure à la Commission la compétence de rendre cette ordonnance.

J'aborde maintenant la partie de la *Loi sur les chemins de fer* où se trouvent les art. 168 et 181. On n'oubliera pas que c'est sur l'art. 181 que la Commission fonde l'ordonnance attaquée et que ce sont les art. 168 et 181 qui, aux dires de la requérante, ont été mal appliqués.

Le but de la législation est d'insérer le pouvoir accordé à une compagnie de chemins de fer de construire une ligne de chemins de fer dans une loi adoptée pour autoriser ce chemin de fer en particulier. Toutefois, en vertu de l'art. 169 de la *Loi sur les chemins de fer*, une compagnie ne peut commencer à construire un chemin de

(a) the "general location" has been approved by the Commission as contemplated by s. 170, which reads in part as follows:

170. (1) The company shall prepare, and submit to the Board, in duplicate, a map showing the general location of the proposed line of the railway, the termini and the principal towns and places through which the railway is to pass, giving the names thereof, the railways, navigable streams and tidewaters, if any, to be crossed by the railway, and such as may be within a radius of thirty miles of the proposed railway, and, generally, the physical features of the country through which the railway is to be constructed, and shall give such further or other information as the Board may require.

* * *

(3) The Board may approve such map and location, or any portion thereof, or may make or require such changes and alterations therein as it deems expedient.

and

(b) the necessary "plan, profile and book of reference" have been "sanctioned" by the Commission as contemplated by secs. 171 to 173, which read, in part:

171. (1) Upon compliance with the provisions of section 170, the company shall make a plan, profile and book of reference of the railway.

(2) The plan shall show

(a) the right of way, with lengths of sections in miles;

(b) the names of terminal points;

(c) the station grounds;

(d) the property lines and owners' names;

(e) the areas and length and width of lands proposed to be taken, in figures, stating every change of width; or other accurate description thereof;

(f) the bearings; and

(g) all open drains, watercourses, highways and railways proposed to be crossed or affected.

(3) The profile shall show the grades, curves, highway and railway crossings, open drains and watercourses.

(4) The book of reference shall describe the portion of land proposed to be taken in each lot to be traversed, giving numbers of the lots, and the area, length and width of the portion of each lot proposed to be taken, and names of owners and occupiers so far as they can be ascertained.

fer en totalité ou en partie tant que, entre autres choses:

a) le «tracé général» n'a pas été approuvé par la Commission de la manière prévue à l'art. 170 dont voici un extrait:

170. (1) La compagnie doit préparer et soumettre en double à la Commission une carte indiquant le tracé général de la ligne projetée du chemin de fer, les têtes de ligne, les principales villes et principaux endroits par où doit passer la voie, avec leurs noms, les chemins de fer, les rivières navigables et celles qui ont des marées, s'il en est, que doit traverser le chemin de fer, ainsi que les principales villes et les principaux endroits qui se trouvent dans un rayon de trente milles du chemin de fer projeté, et, en termes généraux, la configuration physique du pays que traversera ce chemin de fer, et elle doit donner tout renseignement supplémentaire ou autre que peut exiger la Commission.

* * *

(3) La Commission peut approuver cette carte et ce tracé, en totalité ou en partie, et elle peut y faire ou exiger les changements et les modifications qu'elle juge opportuns.

et

b) les «plan, profil et livre de renvoi» nécessaires n'ont pas été «approuvés» par la Commission, de la manière prévue aux art. 171 à 173 dont voici des extraits:

171. (1) Après qu'elle s'est conformée aux dispositions de l'article 170, la compagnie doit faire un plan, un profil et un livre de renvoi du chemin de fer.

(2) Le plan doit indiquer

a) l'emplacement de la voie, avec les longueurs des sections en milles;

b) les noms des têtes de ligne;

c) les emplacements des gares et stations;

d) les lignes de division des propriétés, avec les noms des propriétaires;

e) les étendues et les longueurs et largeurs, en chiffres, des terres qu'il est question de prendre, chaque variation de largeur ou autre description exacte desdites terres y étant indiquée;

f) les directions; et

g) tous les fossés ouverts, les cours d'eau, les voies publiques et les chemins de fer qu'il s'agit de traverser ou de toucher.

(3) Le profil doit indiquer les déclivités, les courbes, les croisements des voies publiques et des chemins de fer, les fossés ouverts et les cours d'eau.

(4) Le livre de renvoi doit décrire la partie du terrain qu'il est question de prendre dans chacun des lots à traverser, en donnant les numéros des lots, la superficie, la longueur et la largeur de la partie de chaque lot qu'il s'agit de prendre, ainsi que les noms des propriétaires et occupants de ces terrains, autant qu'il est possible de se les procurer.

* * *

173. (1) Such plan, profile and book of reference shall be submitted to the Board, which, if satisfied therewith, may sanction the same.

I now come to s. 181. Once a railway has been located and "sanctioned", there may be a "deviation, change or alteration" in the railway or any portion thereof, "as already constructed, or as merely located and sanctioned". This is provided for by s. 181, which reads in part:

181. (1) If any deviation, change or alteration is required by the company to be made in the railway, or any portion thereof, as already constructed, or as merely located and sanctioned, a plan, profile and book of reference of the portion of such railway proposed to be changed, showing the deviation, change or alteration proposed to be made, shall, in like manner as hereinbefore provided with respect to the original plan, profile and book of reference, be submitted for the approval of the Board, and may be sanctioned by the Board.

* * *

(3) The company may thereupon make such deviation, change, or alteration, and all the provisions of this Act apply to the portion of such line of railway, at any time so changed or proposed to be changed, in the same manner as they apply to the original line.

* * *

(5) Nothing in this section shall be taken to authorize any extension of the railway beyond the termini mentioned in the Special Act.

There is, moreover, a prohibition against any such change, alteration or deviation until s. 181 has been complied with. See s. 182.

In addition to a "deviation, change or alteration" in the "railway" (as authorized by the special Act), there is authority in the *Railway Act* for a railway company, "for the purposes of its undertaking", to "construct, maintain and operate branch lines, not exceeding in any one case six miles in length, from the main line of the railway, or . . . from any branch thereof". See secs. 183, 184 and 185. There are also provisions for industrial spurs (secs. 188 to 190) and stations (s. 191).

Once it has been located, statutory authority to acquire land for the railway, by expropriation

* * *

173. (1) Ces plan, profil et livre de renvoi doivent être soumis à la Commission, qui peut les sanctionner dès qu'ils lui agréent.

J'en arrive maintenant à l'art. 181. Une fois un chemin de fer tracé et «sanctionné», il peut y avoir «déviations, changements ou modifications» dans le chemin de fer ou dans quelque partie de ce dernier, «tel qu'il est déjà construit ou simplement tracé et sanctionné». C'est ce que prévoit l'art. 181 dont voici un extrait:

181. (1) Si la compagnie veut opérer quelque déviation, changement ou modification dans le chemin de fer tel qu'il est déjà construit ou simplement tracé et sanctionné, ou dans quelque partie de ce chemin de fer, un plan, un profil et un livre de renvoi pour la partie du chemin de fer à changer, indiquant la déviation, le changement ou la modification qu'il est question d'opérer, doivent, de la manière prescrite ci-dessus par rapport au plan, au profil et au livre de renvoi originaux, être soumis à l'approbation de la Commission qui peut les sanctionner.

* * *

(3) La compagnie peut dès lors opérer cette déviation, ce changement ou cette modification, et toutes les dispositions de la présente loi s'appliquent à la partie de ladite ligne de chemin de fer ainsi changée ou qu'il est question de changer à quelque époque que ce soit, de la même manière qu'à la ligne tracée en premier lieu.

* * *

(5) Rien au présent article n'autorise le prolongement du chemin de fer au delà des têtes de ligne mentionnées dans la loi spéciale.

En outre, il est interdit d'opérer tout changement, modification ou déviation avant d'avoir rempli toutes les formalités prescrites à l'art. 181. Voir art. 182.

Outre les «déviations, changements ou modifications» dans le «chemin de fer» (autorisés par une loi spéciale), la *Loi sur les chemins de fer* autorise une compagnie de chemins de fer «pour les fins de son entreprise» à «construire, entretenir et mettre en service des embranchements d'une longueur ne dépassant, en aucun cas, six milles à partir de la voie principale ou, . . . d'un embranchement de son chemin de fer». Voir les art. 183, 184 et 185. Il existe aussi des dispositions concernant les embranchements industriels (articles 188 à 190) et les gares et stations (art. 191).

Une fois le chemin de fer tracé, l'on trouve l'autorisation statutaire d'acquérir le terrain

or otherwise, is to be found in the provisions following s. 192.

Finally, there are the provisions concerning abandonment. The general provision, which was first enacted by chapter 47 of 1932-33, reads as follows:

168. The company may abandon the operation of any line of railway with the approval of the Board, and no company shall abandon the operation of any line of railway without such approval.

By subsec. (2) of s. 314H of the *Railway Act*, as amended by the *National Transportation Act* in 1967, "no approval for the abandonment of the operations of any line of railway shall be given under section 168 except in accordance with such regulations as the Governor in Council may make in that regard". Such regulations were made by Order in Council P.C. 1968-1874 dated October 1, 1968. Such regulations contain *inter alia* a provision reading as follows:

6. Where an application has been received by the Commission, the Commission shall hold such hearings with respect to the application as, in its opinion, are necessary to enable all interested persons to present their views on the application.

In 1967, the *National Transportation Act* added sections 314A *et seq.* to the *Railway Act* under the heading "Abandonment and Rationalization of Lines or Operations". For the purpose of these provisions, "branch line" is defined to mean a "line of railway . . . that, relative to a main line . . . , is a subsidiary, secondary or feeder line of railway . . ." In these sections, very detailed provision is made for abandonment of branch lines as so defined.

I turn now to the attacks that are made on the order of the Commission in this proceeding.

The first attack made by Gateway on Order No. R-12160 is rephrased in its Memorandum of Points of Argument to read as follows:

In its interpretation of Section 119 (formerly 181) of the *Railway Act*. It (that is the Commission) erred in law in failing to dismiss the Application on the ground that the Application was being made at the request of the City of

nécessaire par expropriation ou autrement dans les dispositions suivant l'art. 192.

Enfin, sont prévues des dispositions concernant l'abandon. La disposition générale, qui fut tout d'abord adoptée par le chapitre 47 de 1932-1933, est rédigée ainsi:

168. La compagnie peut abandonner l'exploitation de toute ligne de chemin de fer avec l'approbation de la Commission, et nulle compagnie ne doit abandonner l'exploitation de quelque ligne de chemin de fer sans cette approbation.

Le par. (2) de l'art. 314H de la *Loi sur les chemins de fer*, modifié en 1967 par la *Loi nationale sur les transports*, prévoit que «aucune approbation d'abandon de l'exploitation d'une ligne de chemin de fer ne doit être donnée en vertu de l'article 168 sauf en conformité des règlements que le gouverneur en conseil peut établir à ce sujet». Ces règlements furent établis par décret en conseil C.P. 1968-1874 daté du 1^{er} octobre 1968. Ces règlements contiennent entre autre la disposition suivante:

6. Lorsque la Commission recevra une demande, elle tiendra, relativement à cette demande, les audiences qu'elle estimera nécessaires pour permettre à tous les intéressés d'exprimer leur opinion au sujet de cette demande.

En 1967, la *Loi nationale sur les transports* ajouta les articles 314A *et suiv.* à la *Loi sur les chemins de fer* sous le titre «abandon et rationalisation de lignes ou d'exploitations». Aux fins de ces dispositions, «embranchements» doit désigner une «ligne de chemin de fer . . . qui, par rapport à la ligne principale . . . , constitue une ligne auxiliaire, secondaire ou de dérivation du chemin de fer . . . ». Ces articles comportent des dispositions très détaillées sur l'abandon des embranchements ainsi définis.

J'aborde maintenant les attaques portées contre l'ordonnance de la Commission à l'instance.

La première attaque de l'ordonnance n° R-12160 portée par la Gateway est exprimée de nouveau dans son factum selon la rédaction suivante:

[TRADUCTION] Dans son interprétation de l'article 119 (antérieurement 181) de la *Loi sur les chemins de fer*, elle (c'est-à-dire la Commission) a commis une erreur de droit omettant de rejeter la demande pour avoir été présentée à la requête de la ville de Winnipeg quand la demande n'était

Winnipeg, and the Application was not required by the Midland Railway for the purpose of its business.

When counsel for the applicant had completed his submissions on this point, the Court indicated that it was of the opinion that there was nothing in it and would not call on the respondents with regard thereto.

In my view, the only arguable basis for the point is that set out in paragraph 12 of the Intervention, where it is said that "The Intervener further states that no deviation, change or alteration is required by the Company with respect to the said track and facilities for the purposes of its business but rather the Applicant is seeking abandonment of its track in order to sell its land and facilities for a profit . . ." It is a tenable view of s. 181 that, where it says "If any deviation . . . is required by the Company to be made in the railway . . ." s. 181 has in mind a requirement for a "deviation" arising exclusively out of the exigencies of the railway business. That, however, in my opinion calls for the reading into the section of a restriction which is not expressed and which is inconsistent with the scheme of the legislation. When the railway as originally authorized is first being located under s. 170, there is no doubt in my mind that the company and the Commission are both bound to take into consideration how best it may be located so as to integrate it into the community of which it is to become a part so as best to advance the interests of the community as a whole. When, therefore, at a later stage, the railway company finds that a re-location of the railway is necessary in order to facilitate the healthy development of the community, in my opinion it becomes a "requirement" of the railway company to bring about such re-location and this is so even though the company had to be shown the light by government agencies whose primary duty is to advance the development of the community. I do not wish to be taken as defining the only classes of case in which the railway company may have a requirement for deviation or change in the location of the railway. I do not, for present purposes, have to express any opinion as to whether there might be circumstances in which a company might be motivated to apply under s. 181 in a situation which would not fall within the words of the section.

pas réclamée par la Midland Railway aux fins de son entreprise.

Quand l'avocat de la requérante eut terminé son exposé sur ce point, la Cour indiqua, qu'à son avis, il ne contenait rien et que les intimés ne seraient pas appelés à argumenter à ce sujet.

A mon sens, c'est à l'alinéa 12 de l'intervention qu'on peut trouver le seul argument soutenable, sur ce point; il y est en effet dit que, [TRADUCTION] «l'intervenant déclare en outre que ce n'est pas une déviation, un changement ou une modification desdites voies et installations que la compagnie veut opérer aux fins de son entreprise mais plutôt que la requérante cherche à abandonner sa voie afin de vendre son terrain et ses installations avec un bénéfice . . . ». Il est permis de soutenir quant à l'art. 181 que lorsqu'il déclare «Si la compagnie veut opérer quelque déviation . . . dans le chemin de fer . . . » cet article implique la nécessité d'une «déviation» provenant exclusivement des besoins de l'entreprise de chemin de fer. Toutefois, à mon avis, il faudrait alors lire dans l'article une restriction qui n'est pas exprimée et qui n'est pas compatible avec le but de la législation. Lorsqu'on fait en vertu de l'art. 170 le premier tracé du chemin de fer tel qu'il a été autorisé à l'origine, je ne doute pas un instant que la compagnie et la Commission soient toutes les deux obligées de prendre en considération le meilleur tracé possible afin de l'intégrer dans la communauté dont il doit faire partie pour servir au mieux les intérêts de la communauté entière. Par conséquent, quand par la suite la compagnie de chemin de fer estime qu'un déplacement du chemin de fer est nécessaire pour faciliter l'aménagement harmonieux de la communauté, la compagnie de chemin de fer se doit, à mon avis, de voir à effectuer un tel déplacement et il en est ainsi même si la compagnie a dû y être incitée par des agences gouvernementales dont la première tâche est de favoriser l'aménagement de la communauté. Je ne veux pas que l'on pense que je définis les seules catégories de cas dans lesquelles la compagnie de chemin de fer peut réclamer une déviation ou un changement dans le tracé de son chemin de fer. Aux fins de la présente, je n'ai pas à exprimer d'opinion sur le point de savoir s'il peut y avoir des circonstances où une compa-

In this case, the application is made so that the area to be vacated by the railway may be sold to the City of Winnipeg "for the purpose of an urban renewal project". Where a railway company cannot continue to operate its railway without blocking such a project unless it alters the location of a part of its line in the City, there is no doubt in my mind that the company has a requirement to make such an alteration within the meaning of s. 181.

I turn now to the second ground upon which Gateway seeks relief in this proceeding. As already indicated, this is that "the Commission erred in law in concluding that what the applicant sought was a 'deviation' within s. 181 of the *Railway Act* and not an 'abandonment' of a line of railway within s. 168 of the Act".

The order of the Commission recites that the Committee was satisfied that

the application is in fact one for the relocation of the Midland Railway by deviation of the trackage, as shown on Plan No. 1, to a location as shown on Plan No. 2, referred to in the heading of this Order and does not constitute an abandonment of a branch line in that trackage to serve the industries above referred to will be available to them at its new location;

and the substantive part of the order is an order that falls within the four corners of s. 181. In my view, what was thereby approved was a "deviation, change or alteration . . . in the railway" and it is therefore a valid order under s. 181. It may be that what is proposed, in the circumstances of this particular case, also involves an abandonment of "the operation of" a "line of railway" that will call for an additional approval under s. 168. Upon this there is no necessity to express any view in this case. It is sufficient to say that no such approval was sought, no such approval was granted by the terms employed by the order and neither Midland nor any other party has suggested that the order has the effect of granting any such approval. If there is inherent in Gateway's submissions on this question a contention that s.

gnie peut avoir des raisons pour faire une demande en vertu de l'art. 181 dans une situation qui ne relèverait pas des termes de l'article.

En l'espèce, la demande est faite pour que la zone que le chemin de fer doit libérer puisse être vendue à la ville de Winnipeg «dans le cadre d'un projet de rénovation urbaine». Lorsqu'une compagnie de chemin de fer ne peut poursuivre son exploitation sans entraver un tel projet à moins qu'elle ne modifie le tracé d'une partie de ses voies dans la ville, il ne fait aucun doute pour moi que la compagnie peut réclamer une telle modification au sens de l'art. 181.

J'en arrive au deuxième moyen de la demande de la Gateway à l'instance. Comme nous l'avons déjà indiqué, elle soutient que [TRADUCTION] «la Commission a commis une erreur de droit en concluant que, ce que la requérante cherchait à obtenir, était une «dévi-ation» au sens de l'art. 181 de la *Loi sur les chemins de fer* et pas l'«abandon» d'une ligne de chemin de fer aux termes de l'art. 168 de la *Loi*».

L'ordonnance de la Commission expose que le Comité était convaincu que

la requête est bel et bien une requête de Midland Railway en déplacement des rails par déviation, tel qu'il est indiqué au plan n° 1, à un endroit indiqué au plan n° 2, mentionné au début de la présente ordonnance et non pas une requête en abandon d'embranchement, du fait qu'une voie ferrée sera à la disposition des commerces mentionnés plus haut à leur nouvel emplacement;

et que la partie importante de l'ordonnance tombe dans le cadre de l'art. 181. A mon avis, ce que ce document a approuvé, était une «dévi-ation, changement ou modification . . . dans le chemin de fer» et par conséquent cette ordonnance est valable aux termes de l'art. 181. Il se peut que la proposition, dans les circonstances particulières de cette affaire, implique aussi un abandon de «l'exploitation» d'une «ligne de chemin de fer» ce qui exigera une approbation complémentaire en vertu de l'art. 168. Il n'est pas nécessaire ici de donner un avis sur ce point. Il suffit de dire qu'on n'a pas demandé cette approbation, que l'ordonnance de par ses termes n'accorde pas cette approbation et que ni la Midland ni une autre partie n'a suggéré que l'ordonnance a pour effet d'accorder une telle approbation. Si la Gateway

168 and s. 181 deal with mutually exclusive situations, I can only say that I cannot accept that view. I can easily conceive of a situation where both s. 168 and s. 181 would apply. I only have to refer to the hypothetical case that I suggested during argument, of a company with statutory authority to operate a railway from Winnipeg to Vancouver which, having constructed and operated such a railway through Regina and Calgary for fifty years, applies under s. 181 to change the railway so that it would run instead through Saskatoon and Edmonton. Such a change in the railway would be within the limits of the statutory authority and approval therefor could be granted under s. 181, but it would, I suggest, also involve the abandonment of the "operation" of the line of railway through Regina and Calgary and would require an approval of such abandonment under s. 168.

I turn now to the applicant's objection based upon the contention that it has not been afforded the opportunity to put its case before the Commission in the manner that is required by the principles of natural justice.

The contention is based upon the fact that the Commission had before it, when it made its decision, communications from the City of Winnipeg, Midland, and its own officials that were not brought to the attention of the applicant so that it could comment on them or otherwise make an answer to them and upon the fact that there was no hearing of the application at which Midland was required to lead evidence to support the application and at which the applicant was given full opportunity to lead evidence and otherwise to seek to defeat the application.

Leaving aside an earlier decision under the *Railway Act*, to which I shall refer later, I do not find that any of the decisions on the principles of natural justice to which we have been referred precisely, or even roughly, indicate the solution to the problem raised by this aspect of this case. What creates my difficulty here is, first, the fact that the applicant was neither a

soutient implicitement dans ses prétentions sur ce point que les art. 168 et 181 traitent de situations s'excluant mutuellement, tout ce que je peux dire est que je ne puis accepter ce point de vue. Il m'est facile de concevoir une situation dans laquelle à la fois l'art. 168 et l'art. 181 s'appliqueraient. Il me suffit de mentionner l'hypothèse que je suggérais pendant la plaidoirie, d'une compagnie jouissant de l'autorisation statutaire d'exploiter un chemin de fer allant de Winnipeg à Vancouver qui, ayant construit et exploité ce chemin de fer en passant par Regina et Calgary pendant cinquante ans, ferait une demande en vertu de l'art. 181 pour changer le tracé de ce chemin de fer et le faire passer par Saskatoon et Edmonton. Un tel changement dans le tracé du chemin de fer n'enfreindrait pas les limites de l'autorisation statutaire et son approbation pourrait donc être accordée conformément à l'art. 181, mais je suggère qu'elle impliquerait aussi l'abandon de «l'exploitation» de la ligne de chemin de fer passant par Regina et Calgary et par conséquent exigerait une approbation de cet abandon selon l'art. 168.

J'en arrive maintenant à l'objection de la requérante fondée sur la prétention qu'on ne lui a pas donné l'occasion de porter cette affaire devant la Commission suivant les modalités exigées par les principes de justice naturelle.

Cette prétention s'appuie sur le fait que, lorsque la Commission a rendu sa décision, elle avait devant elle des déclarations de la ville de Winnipeg, de la Midland et de ses propres membres sur lesquelles on n'a pas attiré l'attention de la requérante pour lui permettre de les commenter ou autrement y répondre, et sur le fait qu'il n'y a eu aucune audition de la demande où on exige que la Midland apporte des preuves pour appuyer la demande et pendant laquelle on ait donné toutes les occasions à la requérante d'apporter des preuves ou de chercher d'une autre manière à faire échouer la demande.

Écartons une décision antérieure rendue en vertu de la *Loi sur les chemins de fer* à laquelle je me référerai plus tard; je trouve qu'aucune des décisions sur les principes de la justice naturelle auxquels nous avons été renvoyé, soit précisément, soit même vaguement, ne comporte une solution du problème soulevé par cet aspect de la présente cause. Voici ce qui, à mon

person who was seeking an order in his favour nor a person against whom an order was being sought, but was rather an "intervenant" who was not, in any strict sense, either seeking an order or in jeopardy of having an order made against him, and, second, the fact that what the Commission was being asked to do was to give its approval of a change by Midland in the location of a railway within the limits of the statutory authority that had been granted to it for that railway and, while there can be considerable difference of opinion as to what is and what is not an authority of an administrative character, I should have little doubt that an authority to exercise a supervisory and restraining power over the manner in which a railway company exercises its statutory powers is of an administrative character. On the other hand, in Canada at least, a proposal to make a change in a railway or other transportation facility in such a way as to deprive a business man of transportation services on which he has become dependent is, from a practical point of view, just as immediate and grave a threat to his interests as is a proposal that would operate to impose a legal obligation on him to which he was not otherwise subject. In the absence of some special statutory direction, however, it has been held that persons affected in a similar way have no right to be heard. See, for example, *Franklin v. Minister of Town and Country Planning* [1948] A.C.87, and *B. Johnson & Co. (Builders) Ltd. v. Minister of Health* [1947] 2 All E.R. 395 (C.A.). There is, however, the decision that is urged on us by Gateway as being to the contrary effect, of the Supreme Court of Canada in *Wiswell et al. v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg* [1965] S.C.R. 512.

Speaking for myself, I would be reluctant to conclude, even though there were no special provision therefor, that a person threatened with the loss of transportation services had no right to be heard on the question whether such services should be terminated. I am, however, relieved of the necessity of coming to a conclusion on that question here because, as I see it, the matter is specially dealt with. The Commis-

avis, crée des difficultés: en premier lieu, le fait que la requérante ne soit ni une personne qui réclamait une ordonnance en sa faveur, ni une personne contre laquelle une ordonnance était requise, mais plutôt une «intervenant» qui, au sens strict, ne demandait pas d'ordonnance ou ne risquait pas d'avoir une ordonnance rendue contre elle, et en second lieu, le fait que ce qu'on demandait à la Commission de faire, était de donner son accord sur un changement opéré par la Midland du tracé d'un chemin de fer dans les limites de l'autorisation statutaire qui lui avait été accordée pour ce chemin de fer là et, bien qu'il puisse y avoir une très grande divergence d'opinion quant à savoir ce qu'est ou ce que n'est pas une autorisation de caractère administratif, je n'hésiterais pas à dire qu'une autorisation d'exercer un pouvoir de surveillance et de contrainte sur la manière dont une compagnie de chemin de fer exerce ses pouvoirs légaux, a un caractère administratif. D'autre part, au Canada du moins, une proposition tendant à opérer un changement dans un chemin de fer ou autre moyen de transport qui priverait un homme d'affaires des services de transports dont il est devenu dépendant est, d'un point de vue pratique, une menace tout aussi directe et sérieuse de ses intérêts que l'est une proposition qui aurait pour effet de lui imposer une obligation légale à laquelle il n'était pas autrement soumis. Toutefois, en l'absence de mesure législative précise, il a été jugé que des personnes affectées de la sorte n'avaient aucun droit à être entendues. Voir par exemple: *Franklin c. Minister of Town and Country Planning* [1948] A.C. 87, et *B. Johnson & Co. (Builders) Ltd. c. Minister of Health* [1947] 2 All E.R. 395 (C.A.). Toutefois, la Gateway nous oppose une décision de la Cour suprême du Canada comme ayant l'effet contraire dans l'affaire *Wiswell et autres c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg* [1965] R.C.S. 512.

Parlant en mon propre nom, j'hésiterais à conclure que, même s'il n'y avait aucune disposition spéciale à ce sujet, une personne menacée de n'être plus desservie par les services de transport n'a aucun droit à être entendue sur la question de savoir si ces services devraient cesser. Toutefois, je n'ai pas besoin ici de statuer sur ce point puisque à mon avis la question est spécifiquement traitée. La Commission a été

sion has been given authority to make rules respecting "the manner of dealing with matters and business" before it (s. 20 of the *Railway Act*) and it has made rules — the Canadian Transport Commission General Rules — which provide for an intervention by a "person interested in an application to which he is not a party" and, in my opinion, Gateway's rights in connection with this application are no less and no greater than the rights acquired by it under those Rules as read with the *Railway Act* and the *National Transportation Act*.

In the first place, having been served with a copy of Midland's application in this matter, Gateway filed an intervention under Rule 360 of those Rules, which reads as follows:

360 Any person interested in an application to which he is not a party may intervene in order to support, oppose or modify the application.

No proceedings having been taken before the Commission to challenge Midland's status to file such intervention or to challenge its right to include in it everything that it did put in it, I am of the view that it must now be accepted that Gateway had a status to intervene and that it had the right to put before the Commission everything that is in its document of intervention. Any such challenge should be made at an appropriate time. Compare the decision of the Privy Council in *M.N.R. v. Wrights' Canadian Ropes Ltd.* [1947] A.C. 109, per Lord Greene M.R. at page 121.

At this point I think I should make a quick review of the Canadian Transport Commission's General Rules in so far as they are relevant.

An intervenant is not one of the regular parties to an application under these Rules. The first regular party is the applicant, who proceeds under Rules 305 and 310, which read:

305 An application shall be in the form prescribed by the Commission and, if no form is prescribed, shall

(a) contain a clear and concise statement of the facts, the grounds of application, the name and section of the statute under which it is made, the nature of the order or decision applied for and its purpose;

autorisée à adopter des règles relatives «à la manière de disposer des affaires et des questions» portées devant elle (art. 20 de la *Loi sur les chemins de fer*) et elle a adopté des règles (les Règles générales de la Commission canadienne des transports) qui prévoient l'intervention d'une «personne intéressée à la requête à laquelle elle n'est pas partie» et, à mon avis, les droits de la Gateway relatifs à cette requête ne sont ni moindres ni supérieurs aux droits qu'elle a acquis aux termes de ces règles lues en corrélation avec la *Loi sur les chemins de fer* et la *Loi nationale sur les transports*.

Tout d'abord, sur la signification d'une copie de la requête de la Midland dans cette affaire, la Gateway déposa une intervention selon la Règle 360 desdites Règles qui est rédigée ainsi:

360 Toute personne intéressée à une requête à laquelle elle n'est pas partie peut cependant intervenir en vue d'appuyer cette requête, de s'y opposer ou de la faire modifier.

Aucune poursuite n'ayant été entamée devant la Commission pour s'opposer au pouvoir de la Midland de déposer une telle intervention ou pour s'opposer à son droit d'y inclure tout ce qu'elle y mit, on doit à mon avis, accepter maintenant que la Gateway avait la capacité nécessaire pour intervenir et qu'elle avait le droit de présenter à la Commission tout ce qu'il y a dans son document d'intervention. Toute opposition de la sorte doit être faite en temps voulu. Voyez à ce sujet la décision du Conseil privé dans l'affaire *M.R.N. c. Wrights' Canadian Ropes Ltd.* [1947] A.C. 109, rendue par Lord Greene M.R. à la page 121.

A ce stade, il me semble que je devrais examiner rapidement les Règles générales de la Commission canadienne des transports dans la mesure où elles sont pertinentes.

Un intervenant n'est pas une des parties habituelles à une requête introduite en vertu de ces Règles. L'une des parties habituelles est la requérante qui obéit aux Règles 305 et 310 que voici:

305 La requête doit être rédigée selon toute formule prescrite par la Commission et, au cas où une formule n'a pas été prescrite, doit

a) renfermer un exposé clair et concis des faits, les motifs de la demande, le nom et l'article en cause de la loi en vertu de laquelle elle est faite, la nature de l'ordonnance ou de la décision demandée et son objet;

(b) give all information required by the practice of the appropriate committee;

(c) be divided into paragraphs, numbered consecutively, each of which shall be confined as nearly as possible to a distinct portion of the subject;

(d) be endorsed with the name and address of the applicant or of a solicitor acting for him in the matter, and, if it is an application directed against another party, be endorsed with notice as to service of answer as set forth in the form of endorsement given in Schedule No. 1.

* * *

310 The applicant shall mail or deliver to the Secretary the application and any document required to be submitted to the Commission or which may be useful in explaining or supporting the application.

The second regular party is the respondent who is covered by Rules 325 and 340, which read:

325 Where the application is not for a licence or certificate or an amendment thereto or cancellation thereof, or for an Order contemplated in rule 315 and is directed against one or more persons in adverse interest, herein designated respondents, the applicant shall have a copy of the application served upon each such person.

* * *

340 A respondent who intends to oppose an application shall mail or deliver a written statement containing his answer to the application, together with any documents that may be useful in explaining or supporting the answer, to the Secretary, and serve a copy of the answer and documents upon the applicant or his solicitor.

Note that Rule 360 concerning intervenants, which I have already quoted, says that it is a person interested in an application "to which he is not a party" who may intervene. The intervenant's original step is governed by Rule 365, which reads:

365 An intervener shall mail or deliver to the Secretary a written statement describing his interest and containing his approval of the application, his opposition thereto or his suggested modification thereof, together with any documents that may be useful in explaining or supporting the intervention, and he shall also serve a copy of the intervention and documents upon the applicant and upon the respondent, if any, or upon their respective solicitor and such other persons as the Commission may direct.

By Rule 380, provision is made for the applicant to deliver a "reply" to a respondent's answer or to an intervention.

It is to be noted that, while the applicant and the respondent are each required to serve their initial documents on the other and an intervenant

b) donner tous les renseignements exigés par la pratique du comité approprié;

c) être divisée en alinéas numérotés consécutivement, dont chacun se limitera autant que possible à une partie distincte du sujet;

d) porter sous forme d'annotation le nom et l'adresse du requérant ou du procureur agissant pour lui dans cette affaire et, s'il s'agit d'une requête dirigée contre une autre partie, un avis relatif à la signification d'une réponse rédigé suivant la formule d'annotation donnée à l'Annexe n° 1.

* * *

310 Le requérant devra faire parvenir par la poste au Secrétaire ou lui remettre la requête et tout document qu'il est tenu de présenter à la Commission ou qui pourrait servir à expliquer ou appuyer la requête.

L'autre partie est ordinairement l'intimé dont traite les Règles 325 et 340 que voici:

325 Si la requête n'a pas pour objet un permis ou un certificat, ou la modification ou l'annulation d'un permis ou d'un certificat, ou une ordonnance prévue à la règle 315, et si elle est dirigée contre une ou plusieurs personnes ayant un intérêt contraire, appelées aux présentes «intimés», le requérant devra faire signifier un exemplaire de la requête à chacune de ces personnes.

* * *

340 Un intimé qui a l'intention de s'opposer à une requête doit faire parvenir par la poste ou remettre au Secrétaire un exposé écrit renfermant sa réponse à la requête, ainsi que tous les documents pouvant servir à expliquer ou appuyer cette réponse, et signifier au requérant ou à son procureur une copie de cette réponse et de ces documents.

Remarque: la Règle 360 sur les intervenants, que j'ai déjà citée, précise qu'une personne intéressée à une requête «à laquelle elle n'est pas partie» peut intervenir. La première démarche de l'intervenant est régie par la Règle 365 qui est la suivante:

365 Tout intervenant doit expédier par la poste ou remettre au Secrétaire une déclaration écrite dans laquelle il expose ses intérêts et donne son approbation de la requête, ou son opposition à celle-ci, ou encore les modifications qu'il désire y voir apporter; il doit y joindre tout document susceptible d'aider à la compréhension de l'intervention ou de l'appuyer et faire tenir copie de son intervention et des documents au requérant et aux intimés, s'il y en a, ou à leurs procureurs respectifs et à toutes les autres personnes que peut indiquer la Commission.

La Règle 380 prévoit que le requérant expédie une «réplique» sur réception d'une réponse de l'intimé ou d'une intervention.

Bien que le requérant et l'intimé doivent, l'un et l'autre, signifier leurs documents initiaux à l'adversaire et qu'un intervenant doit signifier

nant is required to serve his initial documents on both the applicant and the respondent, there is no provision in the Rules for an intervenant to serve his initial documents on any other intervenant. Obviously, an intervenant can not serve his initial documents on other intervenants before they have become intervenants and, when the various possibilities are considered, including the not improbable case where there will be a large number of intervenants whose sole purpose is to indicate the support or opposition of interested persons to the application, it is not surprising that the Rules do not impose any such requirement.

It is to be noted further that the Rules contemplate that the applicant, the respondent and the intervenant will each file with its initial document any documents that may be useful in explaining or supporting its position. So, at the end of the stage during which each party files its initial documents, the Commission has before it the factual allegations and contentions of the parties and their supporting documents. At that stage any of the parties, including the intervenant, can, under the Rules, if it feels that something further requires to be done satisfactorily to put its case before the Commission,

(a) obtain production and inspection of documents from any other party (see Rule 550), or

(b) apply to the Commission for a hearing under Rule 475.

Similarly, at that stage, the Commission has various alternatives. See Rules 420 and 430, which read:

420 The Commission may at any time require the whole or any part of an application, answer, intervention or reply to be verified by declaration under oath, by giving a notice to that effect to the party from whom such declaration is required.

If the notice is not complied with, the Commission may set aside the application, answer, intervention or reply or strike out any part not verified according to the notice.

* * *

430 The Commission may require further information, particulars or documents from any party, and may stay all formal proceedings until satisfied in that respect.

ses documents initiaux à la fois au requérant et à l'intimé, il faut noter que les règles ne prévoient aucune disposition obligeant un intervenant à signifier ses documents initiaux à un autre intervenant. Il est clair qu'un intervenant ne peut pas signifier ses documents initiaux à d'autres intervenants avant qu'ils ne le deviennent et, lorsqu'on étudie les différents cas possibles, y compris celui d'un grand nombre d'intervenants qui est plus qu'une simple hypothèse et dont le seul but serait d'indiquer leur appui ou leur opposition à la requête en qualité de personnes intéressées, il n'est pas surprenant que les Règles n'imposent pas de telles exigences.

En outre, il faut noter que les Règles prévoient que le requérant, l'intimé et l'intervenant déposeront chacun en même temps que leurs documents initiaux tout document expliquant ou soutenant leurs positions. Ainsi, à la fin de la phase de dépôt des documents initiaux des parties, la Commission détient les allégations de faits et les prétentions des parties ainsi que les documents explicatifs. A ce stade, si une partie quelle qu'elle soit et y compris l'intervenant estime nécessaire de prendre d'autres mesures pour mieux présenter sa cause devant la Commission, elle peut, conformément aux règles,

a) obtenir la production et l'examen de documents de toute autre partie (voir Règle 550), ou

b) demander à la Commission une audition conformément à la Règle 475.

De même, la Commission peut à ce stade choisir entre plusieurs procédures. Voir les Règles 420 et 430 rédigées ainsi:

420 La Commission peut, en tout temps, exiger une vérification de la totalité ou d'une partie de la requête, de la réponse, de l'intervention ou de la réplique, par une déclaration sous serment, en donnant un avis à cet effet à la partie de laquelle une telle déclaration est requise.

Si la partie en cause ne se conforme pas à cet avis, la Commission peut mettre de côté la requête, la réponse, l'intervention ou la réplique ou en rejeter toute partie non vérifiée conformément à l'avis.

* * *

430 La Commission peut exiger de plus amples renseignements et des détails ou documents supplémentaires de toute partie et peut suspendre la procédure régulière jusqu'à ce qu'elle obtienne satisfaction à cet égard.

In addition, of course, the Commission may, at that stage, order a hearing. I think it also goes without saying that an intervenant, who under the Rules is not entitled to be served with other persons' interventions, will, if he is really interested in pursuing his case, apply to the Commission for copies of all documents that have been filed other than those that he has received. There can be no doubt that, the Commission being a court of record, he would be supplied with such copies if he applied for them.

I come back now to Gateway's complaint that it has not been afforded the hearing required by the principles of natural justice.

In the first place, I am of opinion that Gateway is not entitled to anything that is not assured to it expressly or impliedly by the Commission's Rules. It is to be remembered that this is an administrative court of record with a very large volume of business and with a set of rules that have been carefully devised. Courts operate on the basis that the rules afford a complete opportunity to every party to obtain justice, but such rules leave it to the parties to look after their own interests. If a party wants to know what has gone on on the Court file, it can search the file. If it wants documents, it can take the necessary steps. If it wants a hearing, it can apply for a hearing. This is the position of a party under the Commission's Rules. Each party puts in its initial documents with supporting documents. If it is content with that, it can rest on its oars. If it thinks that there is something else to be watched for or to be added, it can take the appropriate steps under the Rules. In this case, Gateway, represented by competent solicitors, was apparently content with its initial step. It failed to avail itself of the other steps that it could have taken and it cannot now complain of having been deprived of a fair hearing.

In particular, I have in mind that Gateway did not seek information from the Commission concerning other intervenants, although a perusal of the part of the Rules under which its inter-

La Commission pourra aussi à ce stade, ordonner une audition. Je pense qu'il va de soi qu'un intervenant qui, aux termes des Règles, n'est pas en droit de recevoir signification des interventions d'autres personnes, s'il est vraiment intéressé à défendre sa position, demandera à la Commission des copies de tous les documents qui ont été déposés, autres que ceux qu'il a reçus. Il ne fait aucun doute que, la Commission étant une cour d'archives, il recevrait ces copies s'il les demande.

Je reviens maintenant à la plainte de la Gateway selon laquelle on ne lui a pas accordé l'audition requise par les principes de justice naturelle.

Premièrement, la Gateway n'a droit, à mon avis, qu'à ce que lui garantit expressément ou implicitement les Règles de la Commission. Il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'une cour administrative d'archives traitant un très grand volume d'affaires et dotée d'un ensemble de Règles qui ont été très soigneusement élaborées. Le fonctionnement des tribunaux est fondé sur le fait que les règles donnent à chaque partie tous les moyens pour qu'elle obtienne justice, mais ces règles laissent aux parties le soin de veiller à leurs propres intérêts. Si une partie désire savoir ce qui est inscrit dans les dossiers de la Cour, elle peut les inspecter. Si elle désire des documents, elle peut faire les démarches nécessaires. Si elle désire une audition, elle peut faire une demande d'audition. Telle est la position d'une partie aux termes des Règles de la Commission. Chaque partie fournit ses documents de base accompagnés des documents justificatifs. Si cela la satisfait, elle peut alors en rester là. Si elle pense qu'il y a autre chose à prévoir ou à ajouter, elle peut faire les démarches appropriées conformément aux Règles. Dans la présente affaire, la Gateway, représentée par des procureurs compétents, a apparemment été satisfaite de sa démarche initiale. Elle ne s'est pas prévalu des autres mesures qu'elle pouvait prendre et ne peut pas se plaindre maintenant d'avoir été privée d'une juste audience.

Je pense en particulier au fait que la Gateway n'a pas cherché à se renseigner auprès de la Commission sur les autres intervenants, bien qu'une lecture de la partie des Règles, aux

vention was filed must have made it clear to it that an intervenant did not automatically receive the initial documents filed by other intervenants, and it did not ask for a hearing. Having said that, I should like to suggest for the consideration of the Commission and of members of the Bar practising before the Commission

(a) that, where there is an intervenant, solicitors for other parties should as a matter of professional courtesy send to the intervenant or his solicitor copies of any document being filed with the Commission and of any communication addressed to the Commission whether or not there is any provision in the Rules requiring that to be done, and

(b) that a copy of any communication addressed by the Commission to one of the parties should be sent to the intervenant or his solicitor, as well as to each other party.

I may say that, since the Registry of this Court has started doing a substantial part of its business with litigants by correspondence, or by telephone confirmed by correspondence, it has become a rule of practice in our Registry that when there is a communication received from or sent to a party or its solicitor, the Registry has a responsibility to see that each other party has a copy of that communication sent to it.

While I am speaking in this vein, it might not be out of the way for me to make the suggestion to the Commission that, when it has contested matters before it, it treat communications from the litigant itself (behind the solicitor's back) or from third parties as any ordinary court of law would treat such communications. It is, of course, important not only that the Commission be impartial but that it avoid any impression of having dealt with one party to a contested matter without the other parties being kept in the picture.

In my opinion, there is a second ground on which the applicant fails on this branch of the case. Where an interested party is permitted to intervene to oppose an application before the Commission, it is only entitled, in my view, to a hearing on the grounds of opposition put for-

terms de laquelle elle a introduit son intervention, ait dû lui préciser qu'un intervenant ne recevait pas automatiquement les documents initiaux déposés par les autres intervenants et qu'elle n'a pas demandé d'audition. Ceci étant, je tiens à faire à la Commission et aux membres du barreau exerçant devant elle les suggestions suivantes:

a) lorsqu'il y a un intervenant, les procureurs des autres parties devraient, par courtoisie professionnelle, envoyer à l'intervenant ou à son procureur copie de tout document déposé à la Commission et de toute communication adressée à la Commission qu'il y ait ou non des dispositions à cet effet dans les Règles, et

b) une copie de toute communication adressée par la Commission à l'une des parties devrait être envoyée à l'intervenant ou à son procureur ainsi qu'à l'autre partie.

Puis-je ajouter que, depuis que le greffe de cette Cour a commencé à traiter une partie importante de ses affaires avec les parties au litige par correspondance ou par communications téléphoniques confirmées par lettres, une règle de pratique de notre greffe s'est développée selon laquelle, lorsqu'il reçoit une communication d'une partie ou de son procureur ou lui en envoie une, le greffe a la responsabilité de vérifier que toutes les autres parties ont une copie de la communication qu'il a envoyé.

Dans le même ordre d'idées, je suggérerais à la Commission sans m'écarter du sujet que, lorsqu'un différend lui est soumis, elle traite les communications de la partie même (derrière le dos du procureur) ou celles des tiers comme un tribunal ordinaire traiterait ces communications. Naturellement il est important que non seulement la Commission soit impartiale mais aussi qu'elle évite de donner l'impression d'avoir traité avec une partie à un litige sans que l'autre partie soit tenue au courant.

A mon avis, un autre motif explique l'échec de la requérante sur cet aspect de la cause. Quand une partie intéressée est autorisée à intervenir pour s'opposer à une requête devant la Commission, à mon avis, elle a seulement droit à une audience sur les motifs d'opposition

ward by its intervention document. As I read Gateway's intervention in this case, it consists of statements of facts designed to show (a) its interest in the matter, and (b) an opposition to the granting of the application based on two separate contentions concerning the effect of secs. 168 and 181 of the *Railway Act*. No challenge was made to Gateway's interest. No issue of fact was raised concerning anything relating to the two contentions as to the effect of the statute and no factual material was put before the Commission in any way bearing on those contentions by anyone other than Gateway.

In so far as Gateway's intervention is concerned, I have no doubt that, in the course of its consideration of the matter, the Committee of the Commission before whom the matter came reviewed the proceedings before it with a view to ascertaining whether there were any questions of fact relevant to the determination of the application which had to be resolved by one of the methods available to it under the Rules before the application could properly be disposed of, and came to the conclusion, which seems to me to have been open to it on the proceedings, that there was no dispute between the parties as to any fact that was relevant to the questions it had to decide. In this connection I have in mind the decision of the Supreme Court of Canada in *Bell Telephone Co. of Canada v. C.N.R.* [1932] S.C.R. 222, where Rinfret J. (as he then was), speaking for Duff J. (as he then was) and Lamont J., as well as for himself, said at page 241:

We feel confident that the Board must have given proper consideration to the written submissions so made and have taken them into account in drafting the orders subsequently issued. In an earlier part of this judgment, attention was drawn to the fact that in these matters—as well as in any number of similar matters constantly coming before it—the Board is “dealing with what are obviously administrative provisions” of the *Railway Act*. Circumstances imperatively required that these matters may be disposed of with expedition and simplicity of procedure. For that reason, no doubt, the *Railway Act* provided that

the commissioners shall sit at such times and conduct their proceedings in such manner as may seem to them

invoqués dans son document d'intervention. Une lecture de l'intervention de la Gateway dans la présente affaire, indique qu'elle comprend un exposé des faits ayant pour but de montrer a) son intérêt dans l'affaire et b) une opposition à la recevabilité de la demande fondée sur deux prétentions distinctes concernant l'effet des articles 168 et 181 de la *Loi sur les chemins de fer*. L'intérêt de la Gateway n'a pas été contesté. Aucune question de fait n'a été soulevée sur un point quelconque des deux prétentions pour ce qui est de l'effet de la loi et aucune preuve de fait portant de quelque manière que ce soit sur ces prétentions n'a été déposée devant la Commission par quelqu'un d'autre que la Gateway.

En ce qui concerne l'intervention de la Gateway, il me semble très clair qu'en examinant l'affaire, le Comité de la Commission devant lequel cette dernière fut introduite, a examiné le cas dans le but de savoir s'il y avait des questions de fait pertinentes à la décision sur la requête qui devaient être résolues par l'une des méthodes dont il disposait conformément aux Règles avant que la demande puisse être jugée à bon droit et il en est venu à la conclusion que les procédures l'autorisaient à prendre, qu'il n'y avait aucun litige entre les parties sur les faits pertinents à la résolution des questions en cause. Dans ce contexte, je pense à un arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Bell Telephone Co. of Canada c. Les Chemins de fer nationaux du Canada* [1932] R.C.S. 222, dans laquelle le juge Rinfret (tel était alors son titre) exprimant tant son opinion que celles du juge Duff (tel était alors son titre) et du juge Lamont, déclarait à la page 241:

[TRADUCTION] Nous sommes sûrs que la Commission doit avoir examiné de manière appropriée les prétentions écrites ainsi rédigées et les avoir prises en considération en rédigeant les ordonnances rendues subséquemment. Dans une partie antérieure de son présent jugement, on a attiré l'attention sur le fait que dans ces affaires, ainsi que dans un certain nombre d'affaires semblables, la Commission a souvenant à «connaître des dispositions clairement administratives» de la *Loi sur les chemins de fer*. Dans ces circonstances, il est absolument nécessaire que ces affaires soient réglées avec rapidité et par une procédure simple. Sans aucun doute, c'est pour cette raison que la *Loi sur les chemins de fer* prévoyait que

les commissaires siègent aux époques et procèdent selon les formes qui leur paraissent les plus propices à la prompte expédition des affaires. (Article 19).

most convenient for the speedy despatch of business. (Section 19).

They may sit either in private or in open court.

This is not to say that there would be no recourse if there were a case where the Commission refused to enter upon an inquiry concerning facts that had to be determined in order to reach a decision on the question that had to be decided under the statute. In such a case, in my view, consideration would have to be given to the application of the principle that received application in *Toronto Newspaper Guild, Local 87, American Newspaper Guild v. Globe Printing Co.* [1953] 2 S.C.R. 18.

To sum up my conclusions, they are that Gateway has failed in its contentions that the Commission erred in the interpretation of the *Railway Act* in reaching its decision to make the order attacked and has failed to show that there was any failure by the Commission to give it a fair hearing on any question bearing on its opposition to Midland's application having regard to the Commission's Rules or, indeed, under the general principles that have been established with reference to natural justice.

I am, therefore, of the view that both the application under s. 28 of the *Federal Court Act* and the appeal should be dismissed.

DUMOULIN J. (orally)—I am in complete accord with the all-encompassing notes read by the learned Chief Justice and also with the summarized ones to be delivered by my brother Thurlow.

The three main points at issue have been adequately dealt with, namely: the nature and source of the applicant's right to an intervention; and in holding affirmatively the applicability of s. 181 (now 119) of the *Railway Act*, and, thirdly, that Gateway, as intervenant, was not deprived of any recourse afforded it by the relevant provisions of the pertinent statute and the rules made thereunder.

THURLOW J.—I agree that the appeal and the motion to review fail for the reasons which have been given by the Chief Justice and I have nothing to add to what he has said on the two

Ils peuvent siéger à huis clos ou en audience publique.

Il ne s'ensuit pas qu'il n'y aurait aucun recours dans un cas où la Commission refuserait de faire une enquête concernant les faits à déterminer pour pouvoir rendre une décision sur la question à juger conformément à la loi. Dans un tel cas, il aurait fallu, à mon avis, envisager l'application du principe qui fut appliqué dans l'affaire *Toronto Newspaper Guild, Local 87, American Newspaper Guild c. Globe Printing Co.* [1953] 2 R.C.S. 18.

En résumé, je conclus que la Gateway n'a pas réussi à prouver que la Commission a commis une erreur de droit dans l'interprétation de la *Loi sur les chemins de fer* en décidant de décerner l'ordonnance attaquée et n'a pas réussi à montrer que la Commission ne lui avait pas accordé une audience juste sur toute question portant sur l'opposition à la requête de la Midland compte tenu des Règles de la Commission ou, bien sûr, des principes généraux relevant de la justice naturelle.

Par conséquent, j'estime que, la demande introduite aux termes de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* et l'appel doivent tous les deux être rejetés.

LE JUGE DUMOULIN (oralement)—Je suis entièrement d'accord avec les motifs tout à fait complets lus par le savant juge en chef ainsi qu'avec les motifs plus sommaires exposés par mon confrère Thurlow.

Les trois points en question ont été suffisamment traités, savoir: la nature et la source du droit d'intervention de la requérante; l'affirmation de l'applicabilité de l'art. 181 (actuellement 119) de la *Loi sur les chemins de fer* et, troisième, le fait que la Gateway, en qualité d'intervenant, n'a pas été privée des recours que lui accordaient les dispositions appropriées de la loi applicable et des règles adoptées en conséquence.

LE JUGE THURLOW—J'approuve les motifs donnés par le juge en chef du rejet de l'appel et de la demande d'examen, et je n'ai rien à ajouter à ce qu'il a déclaré sur les deux points

points raised by the applicant, Gateway Packers 1968 Ltd. as to the applicability of s. 181 (now s. 119) and s. 168 (now s. 106) of the *Railway Act*.

With respect to the main point argued—the alleged denial of natural justice—in my view the case of *Wiswell v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg* [1965] S.C.R. 512, on which the applicant relied, is useful only for the purpose of resolving the initial problem whether the authority of the Canadian Transport Commission under s. 181—whether characterized as quasi-judicial, administrative or legislative in nature—is exercisable without notice to a person in the position of the applicant and without affording such a person an opportunity to present its case. There, however, as I see it, the resemblance of the *Wiswell* case to the present case, and its usefulness for present purposes, end since in the present case, unlike the situation in the *Wiswell* case, the applicant had notice of the proceeding and filed an intervention setting out its position.

Nor is this one of the long line of cases in which the party complaining has been refused access to some part of the material before the person having authority to decide a matter or in which the procedure by which the decision is reached is not governed by a set of rules. Here the applicant's solicitor could have seen the material in the Commission's file for the asking but did not ask, though a brief reflection on the matter ought to have been sufficient to cause him to realize that the file might contain material filed by other persons interested in such a matter which the rules did not require to be served on him.

Moreover, though the rules—which were followed in filing the applicant's intervention—gave the applicant the right to ask for an oral hearing the applicant did not request such a hearing but simply asked leave to appear at any hearing that might be directed. I would infer from this that the applicant's solicitor recognized that the matter might be dealt with without an oral hearing, as indeed it was. Even after the order was made and the applicant became aware of it no move appears to have been made

soulevés par la requérante, la Gateway Packers 1968 Ltd., en ce qui concerne l'applicabilité de l'art. 181 (actuellement art. 119) et de l'art. 168 (actuellement art. 106) de la *Loi sur les chemins de fer*.

Quant au point principal en litige, soit le prétendu déni de justice, l'affaire *Wiswell c. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg* [1965] R.C.S. 512, sur laquelle la requérante s'appuyait, n'est utile, à mon avis, que pour trancher la question de savoir si la Commission canadienne des transports peut exercer son autorité en vertu de l'art. 181, qu'elle soit de nature quasi-judiciaire, administrative ou législative, sans en avertir une personne dans la position de la requérante et sans lui accorder la possibilité de présenter sa défense. Cependant, la ressemblance de l'affaire *Wiswell* avec celle qui nous est soumise, et son utilité aux présentes fins n'ont, à mon avis, pas de portée en l'espèce, puisqu'à la différence de la situation dans le cas *Wiswell*, la requérante a reçu signification de la procédure et a déposé une intervention exposant sa position.

La présente affaire n'appartient pas non plus à une longue liste de cas dans lesquels on refusa à la partie plaignante l'accès à certains documents détenus par la personne ayant le pouvoir de juger la question ou dans lesquels la procédure qui permet de prendre la décision n'est pas régie par un ensemble de règles. En l'espèce, le procureur de la requérante aurait pu, en le demandant, consulter les documents dans le dossier de la Commission mais il ne demanda rien, bien qu'après une brève réflexion il aurait dû réaliser que le dossier pouvait contenir des documents déposés par d'autres personnes intéressées à cette affaire et dont la signification n'était pas exigée par les règles.

En outre, bien que les règles, qui furent appliquées pour le dépôt de l'intervention de la requérante, lui accordassent le droit de demander une audition publique, elle ne le fit pas mais elle demanda simplement l'autorisation de comparaître à toute audience qui pourrait être prescrite. J'en inférerais que le procureur de la requérante reconnut qu'une audition n'était pas nécessaire pour disposer de l'affaire, comme ce fut en effet le cas. Même après que l'ordonnance fut rendue et que la requérante en eut

on its part to invoke, in accordance with the rules pertaining thereto, the comprehensive statutory power of the Commission to review, rescind, change, alter or vary any order or decision made by it. In these circumstances I do not think the applicant's complaint of a denial of natural justice is sustainable.

I would dismiss the appeal and the motion to review.

¹ Leave to appeal under s. 53(2) of the *Railway Act*, R.S.C. 1952, c. 234, as amended by the *Federal Court Act*, was granted on August 16, 1971, and that appeal, when launched, was joined with the application under s. 28, which was filed on July 27, 1971, by an order made on August 16, 1971, under Rule 1314. Having regard to s. 29 of the *Federal Court Act*, it would seem that the Court may grant, in this proceeding, any relief that might be granted by virtue of s. 53 of the *Railway Act* read with s. 52(c) of the *Federal Court Act*, or under s. 28 of the *Federal Court Act* read with s. 52(d) of that Act.

² In this case the leave to appeal was not limited to specified questions, inasmuch as there is no basis in s. 28 for limiting an application thereunder and it was apparent that there was going to be a joint proceeding.

³ The point here being that the occasion for "deviation" of the railway was the "urban renewal" requirements of the City of Winnipeg and had nothing to do with the business requirements of the railway.

pris connaissance, elle ne prit aucune mesure pour invoquer, conformément aux règles s'y rapportant, les larges pouvoirs statutaires de la Commission de réviser, annuler, changer, remanier ou modifier une de ses ordonnances ou décisions. Dans ces circonstances, la requérante n'est pas justifiée, à mon avis, de se plaindre d'un déni de justice naturelle.

Je rejette l'appel et la demande d'examen.

¹ L'autorisation d'interjeter appel aux termes de l'art. 53(2) de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1952, c. 234, modifié par la *Loi sur la Cour fédérale* fut accordée le 16 août 1971 et quand cet appel fut interjeté, il fut réuni avec la demande faite en vertu de l'art. 28 qui fut déposée le 27 juillet 1971, par une ordonnance rendue le 16 août 1971 en vertu de la règle 1314. Si l'on tient compte de l'art. 29 de la *Loi sur la Cour fédérale*, il semblerait que la Cour puisse accorder, dans la présente action, tout moyen que pourrait donner l'art. 53 de la *Loi sur les chemins de fer* lu en corrélation avec l'art. 52(c) de la *Loi sur la Cour fédérale* ou conformément à l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* lu en corrélation avec l'art. 52(d) de ladite loi.

² Dans le cas présent, l'autorisation d'appel n'était pas limitée aux questions spécifiées, dans la mesure où rien ne permet à l'art. 28 de limiter une demande faite conformément à ce dernier, et il était apparent qu'il allait y avoir des procédures conjointes.

³ Dans le cas présent, le problème est que la «déviation» du chemin de fer était due aux exigences de la «rénovation urbaine» de la ville de Winnipeg et n'avait rien à voir avec les exigences de l'entreprise de chemin de fer.

Adidas (Canada) Limited (Appellant)

v.

Skoro Enterprises Limited and Raymond C. Labarge, Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise Division (Respondents)

Court of Appeal, Thurlow J., Wells D.J. and Cameron D.J.—Toronto, October 20, 1971.

Practice—Parties—Originating motion for mandamus—Right of interested person to be joined in proceeding—Federal Court Rules 5, 1716—Comparable practice in England and Ontario.

The respondent, the Deputy Minister of National Revenue (Customs and Excise), obtained a judgment in the Exchequer Court prohibiting the importation into Canada of footwear bearing a certain trade mark. The respondent, Skoro, then applied to the Federal Court by originating motion under Federal Court Rule 603(b) for a *mandamus* directing the Deputy Minister of National Revenue (Customs and Excise) to admit to Canada certain of Skoro's shoes held by Customs. The appellant applied to be added as a party to the *mandamus* proceeding. Gibson J. granted the *mandamus* but dismissed the appellant's application to be added as a party. The appellant appealed.

Held, the appellant should be joined as a party respondent to the *mandamus* proceeding.

There being no Federal Court Rule dealing with joinder of parties on originating motions as distinct from actions, the practice established in England and Ontario, which is similar to that prescribed by this Court's Rules for joinder of parties in actions (Rule 1716), should be adopted having regard to Rule 5. The appellant's rights under the Exchequer Court judgment were so affected by the *mandamus* order that justice required that the appellant be made a party to those proceedings to enable it to appeal therefrom.

APPEAL from judgment of Gibson J.

Donald F. Sim, Q.C. and R. T. Hughes for appellant.

I. Goodman for Skoro Enterprises Ltd.

No one for the Deputy Minister of National Revenue (Customs and Excise).

The judgment of the Court was delivered by

THURLOW J.—This appeal is from the dismissal by Mr. Justice Gibson of the appellant's application for an order (*inter alia*) adding the applicant as a party to a proceeding brought by

Adidas (Canada) Limited (Appelante)

c.

Skoro Enterprises Limited et Raymond C. Labarge, sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise (Intimés)

Cour d'appel; le juge Thurlow, les juges suppléants Wells et Cameron—Toronto, le 20 octobre 1971.

Procédure—Parties—Requête introductive d'instance demandant un mandamus—Droit d'une personne intéressée à être constituée partie à une procédure—Règles 5 et 1716 de la Cour fédérale—Procédure anglaise et ontarienne correspondante.

L'intimé, le sous-ministre du Revenu national (douanes et accise) a obtenu de la Cour de l'Échiquier un jugement interdisant l'importation au Canada de chaussures arborant une certaine marque de commerce. L'intimée, Skoro, s'est alors adressée à la Cour fédérale par voie de requête introductive d'instance, régie par la Règle 603b) de la Cour fédérale, demandant un *mandamus* enjoignant au sous-ministre du Revenu national (douanes et accise) de laisser entrer au Canada certaines chaussures lui appartenant bloquées aux douanes. L'appelante a demandé à être constituée partie à la demande de *mandamus*. Le juge Gibson a accordé le *mandamus* mais a rejeté la requête de l'appelante visant à se faire constituer partie. Ce rejet fait l'objet de l'appel.

Arrêt: l'appelante doit être constituée partie intimée à la demande de *mandamus*.

Aucune Règle de la Cour fédérale ne traitant de la constitution de parties en matière de requêtes introductives d'instance par opposition aux actions, si on tient compte de la Règle 5, il faut suivre la procédure établie en Angleterre et en Ontario et qui est semblable à celle que prévoient les Règles de cette Cour pour la constitution de parties (Règle 1716). L'ordonnance de *mandamus* a affecté les droits que détenait l'appelante en vertu du jugement de la Cour de l'Échiquier au point que la justice exige qu'elle soit constituée partie à la demande de *mandamus* pour lui permettre de les porter en appel.

APPEL d'un jugement du juge Gibson.

Donald F. Sim, c.r. et R. T. Hughes pour l'appelante.

I. Goodman pour Skoro Enterprises Ltd.

Personne n'a comparu pour le sous-ministre du Revenu national (douanes et accise).

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE THURLOW—Il est fait appel en l'espèce du rejet, par le juge Gibson, de la demande de la requérante visant à obtenir (*inter alia*) une ordonnance la constituant partie aux poursuites

the respondent Skoro for a *mandamus* to the respondent Labarge directing him to admit into Canada certain shoes belonging to the respondent Skoro and held by Canadian Customs officers at Toronto. The *mandamus* proceeding and the appellant's application came before Gibson J. on June 7, 1971 when, after hearing counsel for the appellant as well as for both respondents on the merits of the *mandamus* proceeding the *mandamus* was granted and the appellant's application was dismissed. By the present appeal the appellant seeks an order (1) reversing the dismissal of its application for an order joining the appellant as a party to the *mandamus* proceeding; and (2) extending for thirty days the time within which to appeal from the order granting the *mandamus*.

With respect to (2), section 27(2) of the *Federal Court Act* provides that an appeal to the Court of Appeal from a judgment of the Trial Division shall be brought within a prescribed time or within such further time as the Trial Division may, either before or after the expiry of such time fix or allow. As there appears to be no provision conferring on the Court of Appeal authority in the first instance to grant an extension of time for appealing, I am of the opinion that the appellant's request for such an extension cannot be entertained. This leaves for consideration only the question whether the appellant should have been joined as a party to the proceeding for a *mandamus*.

Jurisdiction to entertain such a proceeding is conferred on the Trial Division by section 18 of the *Federal Court Act* and the procedure for its exercise is prescribed by Rule 603. The Rule reads:

RULE 603. Proceedings under section 18 of the Act for any of the relief described therein, other than a proceeding against the Attorney General of Canada, may be brought either

- (a) by way of an action under Rule 400, or
- (b) by way of an application to the Court under Rule 319 *et seq.*

Both in its notice of motion and in the affidavit filed in its support, as well as in its memorandum of fact and law, the appellant has treated what I have referred to as the *mandamus* proceeding as an action and has sought to apply

intendées par l'intimée Skoro. Cette dernière demandait à la Cour de prendre un bref de *mandamus* à l'encontre de l'intimé Labarge pour l'enjoindre à laisser entrer au Canada certaines chaussures appartenant à l'intimée Skoro et bloquées à Toronto par les préposés des douanes canadiennes. La demande d'émission du bref et la requête de l'appelante ont été présentées au juge Gibson le 7 juin 1971; ce même jour, après avoir entendu au fond l'avocat de l'appelante et ceux des intimés sur la demande d'émission du bref, le bref a été octroyé et la requête de l'appelante rejetée. Par le présent appel, l'appelante cherche à obtenir une ordonnance visant (1) à infirmer le rejet de la demande d'ordonnance qui l'aurait adjointe comme partie à la demande du *mandamus*, et (2) à proroger de trente jours le délai d'appel de l'ordonnance accordant le *mandamus*.

A l'égard du (2), l'article 27(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit que l'appel devant la Cour d'appel fédérale d'un jugement de la Division de première instance sera interjeté dans un délai prescrit ou dans un délai supplémentaire que la Division de première instance pourra, soit avant, soit après l'expiration dudit délai, fixer ou accorder. Comme il ne semble pas y avoir toutefois de disposition conférant à la Cour d'appel le pouvoir d'accorder une extension du délai d'appel, j'estime que la requête de l'appelante à cette fin ne peut être accueillie. Il ne reste donc plus qu'à étudier la question de savoir si l'appelante aurait dû être constituée partie à la demande d'émission du *mandamus*.

L'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* confère à la Division de première instance la compétence d'entendre une telle demande et la Règle 603 que voici en donne la procédure:

RÈGLE 603. Les procédures prévues par l'article 18 de la Loi en vue d'obtenir l'un quelconque des redressements qui y sont mentionnés, à l'exception d'une procédure contre le procureur général du Canada, peuvent être engagées soit

- a) sous forme d'action en vertu de la Règle 400, ou
- b) par demande faite à la Cour en vertu des Règles 319 et suivantes.

Dans l'avis de requête qu'elle a produit et l'affidavit qui l'accompagne, tout comme dans son exposé des faits et du droit, l'appelante a considéré comme une action ce que j'ai mentionné comme étant la demande d'émission de

Rule 1716 of the Rules of this Court and the jurisprudence on the corresponding English and Canadian rules in support of its claim to be joined. The Rule reads:

RULE 1716. (1) No action shall be defeated by reason of the misjoinder or nonjoinder of any party; and the Court may in any action determine the issues or questions in dispute so far as they affect the rights and interests of the persons who are parties to the action.

(2) At any stage of an action the Court may, on such terms as it thinks just and either of its own motion or on application,

- (a) order any person who has been improperly or unnecessarily made a party or who has for any reason ceased to be a proper or necessary party, to cease to be a party, or
- (b) order any person who ought to have been joined as a party or whose presence before the Court is necessary to ensure that all matters in dispute in the action may be effectually and completely determined and adjudicated upon, to be added as a party;

but no person shall be added as a plaintiff without his consent signified in writing or in such other manner as the Court may find to be adequate in the circumstances.

(3) Where an order is made under this Rule, the statement of claim or declaration must be amended accordingly and must be indorsed with

- (a) a reference to the order in pursuance of which the amendment is made, and
- (b) the date on which the amendment is made;

and the amendment must be made within such period as may be specified in the order or, if no period is so specified, within 15 days after the making of the order.

(4) Where an order is made under this Rule, it shall contain directions as to consequential pleadings or other proceedings; and any interested party may apply for supplementary directions.

It will be observed that the wording of this Rule differs from that of its English counterpart and from that of the earlier Exchequer Court Rule 3E which was considered in *Merck & Co. v. Sherman & Ulster* [1970] Ex.C.R. 662. As presently worded the Rule appears to apply to actions only and not to other types of proceedings. Here the *mandamus* proceeding was commenced by a notice of motion supported by an affidavit and was an originating motion brought under Rule 603(b). That such a motion is not an action within the meaning of the Rules appears from the definition of "action" in Rule 2(b) which reads:

mandamus, c'est pourquoi elle a fondé sa requête sur la Règle 1716 des Règles de cette cour ainsi que sur la doctrine traitant des règles anglaises et canadiennes correspondantes. Énoncé de la règle:

RÈGLE 1716. (1) La validité d'une action n'est pas affectée à cause d'une fausse constitution de partie ou de l'omission de mettre une partie en cause, et la Cour peut dans toute action disposer des points ou des questions en litige dans la mesure où ils touchent aux droits et intérêts des personnes qui sont parties à l'action.

(2) La Cour peut, à tout stade d'une action, aux conditions qu'elle estime justes, et soit de sa propre initiative, soit sur demande,

- a) ordonner qu'une personne constituée partie à tort ou sans nécessité ou qui, pour quelque raison, a cessé d'être une partie compétente ou nécessaire, soit mise hors de cause, ou
- b) ordonner que soit constituée partie une personne qui aurait dû être constituée partie où dont la présence devant la Cour est nécessaire pour assurer qu'on pourra valablement et complètement juger toutes les questions en litige dans l'action et statuer sur elles;

toutefois, nul ne doit être constitué codemandeur sans son consentement notifié par écrit ou de telle autre manière que la Cour peut juger adéquate dans les circonstances.

(3) Lorsqu'une ordonnance est rendue en vertu de la présente règle, la déclaration doit obligatoirement être rectifiée en conséquence et on doit obligatoirement y inscrire

- a) une mention de l'ordonnance en vertu de laquelle la rectification est faite, et
- b) la date à laquelle la rectification est faite;

et cette rectification doit obligatoirement être faite dans le délai que spécifie l'ordonnance ou, si aucun délai n'y est spécifié, dans les 15 jours qui suivent la date à laquelle l'ordonnance a été rendue.

(4) Lorsqu'une ordonnance est rendue en vertu de la présente règle, elle doit contenir des instructions quant aux plaidoiries ou autres procédures qui en résulteront; et toute partie intéressée peut demander des instructions supplémentaires.

Il faut remarquer que l'énoncé de cette Règle diffère de celui de la règle analogue anglaise et de celui de l'ancienne Règle 3E de la Cour de l'Échiquier étudiée dans l'arrêt *Merck & Co. c. Sherman & Ulster* [1970] R.C.É. 662. Sous sa forme actuelle, la Règle semble s'appliquer uniquement aux actions et non aux autres types de demande. En l'espèce, la demande d'émission du *mandamus* a été introduite par un avis de requête, affidavit à l'appui et constituait une motion introductive d'instance conforme à la Règle 603b). Il ressort de la définition du mot «action» à la Règle 2b) qu'une telle requête

RULE 2. (1) In these Rules, unless the contrary otherwise appears,

(b) "action" means a proceeding in the Trial Division other than an appeal, an application or an originating motion, and includes such a proceeding by or against the Crown or any person acting for or on behalf of the Crown,

As I see it therefore the proceeding is not an action and Rule 1716 is not applicable.

It may, however, bear on the determination to be made to the extent that the Court may determine that the principles for joinder of parties which it prescribes should be applied by analogy pursuant to Rule 5. It may be noted at this point that the *Federal Court Act* contains no provision corresponding to the provision of the Ontario and Manitoba Judicature Acts to which reference was made both in *Ottawa Separate School Trustees v. Quebec Bank* (1917) 39 O.L.R. 118, and in *Nolan v. Hallet & Carey Ltd.* [1948] 4 D.L.R. 447, respectively.

Rule 5 provides:

RULE 5. In any proceeding in the Court where any matter arises not otherwise provided for by any provision in any Act of the Parliament of Canada or by any general rule or order of the Court (except this rule), the practice and procedure shall be determined by the Court (either on a preliminary motion for directions, or after the event if no such motion has been made) for the particular matter by analogy

- (a) to the other provisions of these Rules, or
- (b) to the practice and procedure in force for similar proceedings in the courts of that province to which the subject matter of the proceedings most particularly relates,

whichever is, in the opinion of the Court, most appropriate in the circumstances.

Turning to the Rules referred to in Rule 603(b) Rule 319 refers to "an adverse party" and to "any other party" but save for referring to the "party making the motion" it does not identify who such parties are.

Rule 321(1) provides for service on "all other parties" and reads:

n'est pas une action au sens des Règles. Voici la Règle 2b):

RÈGLE 2 (1) Dans les présentes Règles, à moins qu'une acception différente ne ressorte du contexte,

b) «action» désigne une procédure devant la Division de première instance, à l'exception d'un appel, d'une demande ou d'une requête introductive d'instance et s'entend d'une telle procédure engagée par ou contre la Couronne ou par ou contre toute personne agissant pour la Couronne ou pour le compte de la Couronne,

Par conséquent, à mon avis, la procédure en question n'est pas une action et la Règle 1716 ne s'applique pas.

Elle peut cependant avoir un certain effet sur la décision à prendre dans la mesure où la Cour peut décider que les principes qu'elle énonce en matière de constitution de partie s'appliqueront par analogie conformément à la Règle 5. Notons ici que la *Loi sur la Cour fédérale* ne contient pas de dispositions correspondant à celle des dispositions des Judicature Acts de l'Ontario et du Manitoba, respectivement mentionnées dans les arrêts *Ottawa Separate School Trustees c. Quebec Bank* (1917) 39 O.L.R. 118, et *Nolan c. Hallet & Carey Ltd.* [1948] 4 D.L.R. 447.

La Règle 5 précise que:

RÈGLE 5. Dans toute procédure devant la Cour, lorsque se pose une question non autrement visée par une disposition d'une Loi du Parlement du Canada ni par une règle ou ordonnance générale de la Cour (hormis la présente règle), la Cour déterminera (soit sur requête préliminaire sollicitant des instructions, soit après la survenance de l'événement si aucune requête de ce genre n'a été formulée) la pratique et la procédure à suivre pour cette question par analogie

- a) avec les autres dispositions des présentes Règles, ou
- b) avec la pratique et la procédure en vigueur pour des procédures semblables devant les tribunaux de la province à laquelle se rapporte plus particulièrement l'objet des procédures,

selon ce qui, de l'avis de la Cour, convient le mieux en l'espèce.

Pour revenir aux Règles mentionnées à la Règle 603b), la Règle 319 parle d'«une partie adverse» et de «toute autre partie» mais, à l'exception de «la partie présentant une requête», elle ne précise pas qui sont ces parties.

La Règle 321(1) prévoit la signification des requêtes «à toutes les autres parties» et précise que:

RULE 321. (1) Unless authorized by these Rules to be made *ex parte*, motions are to be on notice to all other parties, which notice shall show, in addition to the subject of the motion, the date, time and place of the hearing, unless the Court thinks fit in the interest of justice to dispense with notice to any or all such parties.

Rule 322 further provides that:

RULE 322. If, on the hearing of a motion the Court is of opinion that any person to whom notice has not been given ought to have or to have had such notice, the Court may either dismiss the motion or adjourn the hearing thereof, in order that such notice may be given, upon such terms, if any, as to the Court seem appropriate. Where the person who should otherwise be notified is dead, the Court may direct that his personal representatives be notified in his place.

It will be observed that while these Rules prescribe the procedure to be followed on motions, whether made in the course of an action or otherwise, there is in them no prescription as to who are necessary or proper parties to an originating motion save in so far as it may be inferred that persons to whom notice of the motion is given and persons to whom notice is required by the Court to be given under Rule 322 are entitled to be heard on the motion and are parties thereto. Such proceedings are, however, summary and in general less formal than procedure by action.

In the English practice under Order 59 the Rule with respect to who may be heard in opposition to a motion for a *mandamus* as set out in the 1966 Annual Practice at page 1732 is Rule 7. It provides:

7. On the hearing of any such motion or summons as aforesaid, any person who desires to be heard in opposition to the motion or summons and appears to the Court or Judge to be a proper person to be heard shall be heard, notwithstanding that he has not been served with the notice or summons.

The notes to Rule 5 on the same page of the Annual Practice include the following:

Persons directly affected.—In addition to the Court whose proceedings are in question, the notice of motion or summons should also bear the name, as respondent, of the other party to the proceedings before it, and the affidavit of service should show that he has been served—for example, the police (*R. v. Hereford JJ.*, L.T. Jo., 4 Dec. 1943, pp. 203-4), or, in cases concerning a Rent Tribunal, the tenant

RÈGLE 321. (1) Sauf dans le cas où les présentes Règles autorisent à présenter des requêtes *ex parte*, les requêtes doivent être présentées sur avis signifié à toutes les autres parties, avis qui doit indiquer, outre l'objet de la requête, la date, les temps et lieu de l'audition, à moins que la Cour ne juge bon, dans l'intérêt de la justice, de dispenser le requérant de signifier un avis à ces parties ou à l'une ou plusieurs d'entre elles.

La Règle 322 énonce que:

RÈGLE 322. Si, lors de l'audition d'une requête, la Cour estime qu'une personne qui n'a pas reçu un avis devrait avoir cet avis ou l'avoir eu, la Cour pourra soit rejeter la requête, soit ajourner son audition, afin que cet avis puisse être donné aux conditions que la Cour, le cas échéant, estime appropriées. Lorsque la personne à laquelle un avis aurait autrement dû être signifié est décédée, la Cour pourra prescrire que la signification soit faite aux exécuteurs testamentaires ou aux administrateurs de sa succession.

Notons que, même si ces Règles prescrivent la procédure à suivre en matière de requêtes, présentées à l'occasion d'une action ou autrement, elles ne précisent pas qui est obligatoirement et nécessairement partie lors d'une requête introductive d'instance; on peut seulement en déduire que les personnes à qui l'avis de requête est adressé et les personnes à qui la Cour demande d'adresser l'avis en vertu de la Règle 322, ont le droit d'être entendues sur la requête et sont parties à celle-ci. Il s'agit là de procédures sommaires généralement moins formelles qu'une procédure par action.

Dans la pratique anglaise, d'après l'ordonnance 59, c'est la Règle 7 qui précise quelles sont les personnes pouvant s'opposer à une requête de *mandamus* comme l'énonce à la page 1732 l'Annual Practice de 1966. Voici la Règle 7:

[TRADUCTION] 7. A l'audition de l'une quelconque de ces requêtes ou actes introductifs d'instance précités, toute personne qui désire attaquer cette requête ou acte introductif d'instance et que la cour ou le juge considère être la personne à entendre sera entendue même si elle n'a pas reçu signification de l'avis ou de l'acte introductif d'instance.

Dans les notes accompagnant la Règle 5, sur la même page de l'Annual Practice on peut lire:

Personnes directement concernées.—En plus du tribunal dont les procédures sont en cause, l'avis de requête ou d'acte introductif d'instance devra aussi porter le nom, en qualité d'intimée, de l'autre partie aux procédures engagées devant ce tribunal, et l'affidavit de signification devra indiquer qu'il lui a été signifié—quand il s'agit par exemple, de la police (*R. c. Hereford JJ.*, L.T. Jo., 4 déc. 1943, pp.

or landlord, as the case may be (*R. v. St. Helens Rent Tribunal, ex. p. Pickavance*, 12 Feb. 1952).

In Ontario the practice is provided for by Rules 629 to 631 which read:

629. Mandamus, prohibition and certiorari may be granted upon a summary application by originating notice.

630. No writ of mandamus, prohibition or certiorari shall be issued, but all necessary provisions shall be made in the judgment or order (Forms 88 and 89).

631. The court may require notice to be given to any person claiming any right or interest in the subject-matter of the application.

In *R. v. York Township ex parte 125 Varsity Road Ltd.* [1960] O.R. 238, which concerned the refusal by a municipal authority to issue a building permit for construction on certain lands the Court granted an order adding as respondents to the motion the owners of abutting lands who were objecting to the proposed use of the lands in question.

The substance of these English and Ontario provisions does not appear to me to differ much from what is provided for in the Rules of this Court, and there seems to me to be no reason for departing from the practice which has been established under them.

In the present case notice of the motion was neither given nor required by the Court to be given to the appellant but it is common ground that the appellant was represented at the hearing and was heard on the merits of the application. As the application itself concerned the effect of a prohibition against the importation of footwear bearing a trade mark consisting of three parallel stripes which formed part of a judgment of the Exchequer Court in an action in which the appellant was one of the two plaintiffs, I should have thought the appellant was a person to whom notice ought to have been given and if not given might well have been required to be given under Rule 322 if it had not appeared and been heard. I also think that the fact that the appellant was heard by its counsel on the hearing of the motion, apparently without objection on the part of the applicant, indicates recognition on the part of the

203-4), ou dans les cas mettant en cause la Régie des loyers, du locataire ou du propriétaire, selon le cas (*R. c. St. Helens Rent Tribunal, ex. p. Pickavance*, 12 fév. 1952).

En Ontario, la procédure est sanctionnée par les Règles 629 à 631 que voici:

[TRADUCTION] 629. Les brefs de mandamus, de prohibition et de certiorari peuvent être accordés sur demande sommaire par avis introductif d'instance.

630. Aucun bref de mandamus, de prohibition ou de certiorari ne sera émis mais le jugement ou l'ordonnance prévoieront toutes les dispositions nécessaires (Formules 88 et 89).

631. La cour peut exiger qu'un avis soit adressé à toute personne prétendant avoir un droit ou un intérêt dans l'objet de la demande.

Dans l'arrêt *R. c. York Township ex parte 125 Varsity Road Ltd.* [1960] O.R. 238, qui portait sur le refus, par une autorité municipale, de donner un permis de construction sur certains terrains, la Cour a accordé une ordonnance adjoignant, à titre d'intimés à la requête, les propriétaires de terrains adjacents qui s'opposaient à l'utilisation proposée des terrains en question.

Le fond de ces dispositions anglaises et ontariennes ne me semble pas être très différent de celui des Règles de cette Cour et je ne vois pas pourquoi il faudrait abandonner la procédure établie en vertu de ces règles.

En l'espèce, l'avis de requête n'a pas été adressé à l'appelante et la Cour n'a pas exigé qu'il le lui soit adressé; il est cependant admis que l'appelante, représentée à l'audition, a été entendue au fond sur la demande. Comme la demande elle-même visait l'effet d'une interdiction d'importation de chaussures portant une marque de commerce faite de trois bandes parallèles qui avait fait l'objet d'un jugement de la Cour de l'Échiquier dans une action à laquelle l'appelante était l'une des deux demanderes, j'aurais pensé que l'appelante était une personne à qui l'avis aurait dû être adressé et, s'il ne l'avait pas été, une personne à qui la Cour aurait dû exiger que l'avis soit adressé en vertu de la Règle 322, si elle ne s'était pas présentée à l'audience et n'avait pas été entendue. Je pense également que si l'appelante a pu se faire entendre par l'intermédiaire de son procureur à l'audition de la requête, sans objection

applicant of the interest of the appellant in the application and of its right to be heard thereon. The order granted by Mr. Justice Gibson, however, does not mention the appellant as a party or as having appeared and been heard and since its application to be formally joined was dismissed the record at present discloses nothing to indicate that it has or ever had a status in the proceeding to take or pursue an appeal from the order. Moreover, the respondent Skoro on the argument of the present appeal took the position that the appellant though heard on the *mandamus* application, was not a party thereto. We were informed by counsel for Skoro that he did not object to the joinder of the appellant before Gibson J. but he nevertheless sought to uphold the dismissal of the appellant's application.

In my view it is not necessary to the determination of the present problem to decide whether the appellant is already a party under the Rules in view of its having appeared and been heard or whether it is bound by the order of the Court on the application or has a right of appeal therefrom, for if the answer to any of these questions is affirmative no harm or prejudice can result to either of the other parties by formally making the appellant a party so that there can be no question on that account of its right to pursue any appeal or other remedy it may have. On the other hand if the appellant is not a party and not formally bound by the order and cannot on that account assert a right of appeal therefrom it seems to me that the fact that its supposed rights under the judgment of the Exchequer Court are adversely affected by the *mandamus* order gave to it an interest in the *mandamus* proceeding to such an extent that justice requires that it be formally made a party to that proceeding so that it can pursue whatever remedy may be open to it by way of appeal therefrom.

I would allow the appeal in part and order that the appellant be formally joined as a party respondent to the *mandamus* proceeding. In all

apparente de la requérante, cela indique que la requérante a reconnu l'intérêt de l'appelante dans la demande et son droit à être entendue. Cependant l'ordonnance accordée par le juge Gibson ne cite pas l'appelante comme partie et ne mentionne pas qu'elle s'est présentée ou qu'elle ait été entendue à l'audition; de plus, comme l'appelante a été déboutée lorsqu'elle a demandé à être officiellement constituée partie, le dossier à l'heure actuelle ne nous dit pas si elle est ou si elle a toujours été qualifiée pour interjeter appel de l'ordonnance ou pour poursuivre. En outre, l'intimée Skoro a déclaré en plaidant en appel que l'appelante n'était pas partie à la demande de *mandamus* même si elle avait été entendue sur cette question. Le procureur de Skoro nous a déclaré qu'il ne s'était pas opposé à l'adjonction de l'appelante devant le juge Gibson mais qu'il cherchait néanmoins à maintenir le rejet de la demande de l'appelante.

A mon avis, pour trancher le problème qui nous est posé il n'est pas nécessaire de décider si l'appelante est déjà partie au sens des Règles du fait qu'elle s'est présentée et qu'elle a été entendue, ou si elle est liée par l'ordonnance rendue par la Cour sur la demande ou encore si elle peut en appeler. En effet, si la réponse à l'une quelconque de ces questions est positive, aucun tort ou préjudice ne peut résulter pour aucune autre des parties du fait qu'elle soit officiellement constituée partie à l'instance et on ne peut alors mettre en doute son droit d'interjeter appel ou d'utiliser tout autre recours dont elle pourrait disposer. D'autre part, si l'appelante n'est pas partie, n'est pas officiellement liée par l'ordonnance et ne peut, par conséquent, à cet égard invoquer un droit d'appel de celle-ci, j'estime que le fait, que l'ordonnance de *mandamus* vienne affecter les droits dont elle est censée disposer en vertu du jugement de la Cour de l'Échiquier, lui donne dans cette demande de *mandamus* un intérêt tel que la justice exige qu'elle soit officiellement constituée partie à cette procédure de manière à lui permettre d'obtenir toute réparation pouvant s'offrir à elle par voie d'appel de cette ordonnance.

J'accueille partiellement l'appel et ordonne que l'appelante soit officiellement constituée partie intimée à la demande de *mandamus*. Sur

other respects I would dismiss the appeal. I would direct that the costs of this appeal should abide the result of any appeal that may be perfected by the appellant from the *mandamus* order and that if no such appeal is perfected within sixty days the costs of this appeal be paid by the appellant.

While reaching this conclusion with respect to the narrow point involved in the appeal I think I should add that in my view the question of the merits of the appellant's proposed appeal is not germane to the problem in the present appeal and I have therefore neither reached any conclusion on it nor taken any impression I may have of it into consideration.

toutes les autres questions, je rejette l'appel. J'ordonne, pour fixer les coûts de cet appel, d'attendre le résultat de tout appel que l'appelante pourrait interjeter de l'ordonnance de *mandamus* et si aucun appel n'est interjeté dans un délai de soixante jours, de faire payer à l'appelante les dépens du présent appel.

Puisque mes conclusions portent sur le point précis dont il est fait appel en l'espèce, j'estime devoir ajouter qu'à mon avis la question de fond soulevée dans l'appel proposé par l'appelante ne se rapproche pas du problème posé dans le présent appel, je n'ai donc pas formulé de conclusion ni tenu compte des impressions que je pouvais avoir à son sujet.

Durocher Lariveau (Appellant)

v.

Minister of Manpower and Immigration (Respondent)

Court of Appeal, Jackett C.J., Thurlow and Pratte JJ.—Ottawa, November 8, 1971.

Jurisdiction—Practice—Appeal from deportation order by Immigration Appeal Board—Stay of deportation order pending appeal—No power to grant—Not “practice and procedure” matter—Extension of time for leave to appeal—Immigration Appeal Board Act, R.S.C. 1970, c. I-3, s. 23—Federal Court Rule 5.

On August 7, 1971, the Immigration Appeal Board confirmed a deportation order previously made against appellant in Montreal. Appellant applied for an extension of time for requesting leave to appeal from the deportation order and also for a stay of execution of that order. On September 8, 1971, the Chief Justice granted the extension of time pursuant to s. 23 of the *Immigration Appeal Board Act*, but referred the application for a stay to the Court of Appeal.

Held, dismissing the motion for a stay, the Court has no power to make such an order. A stay of a deportation order is not a matter of practice and procedure within the meaning of Federal Court Rule 5.

MOTION.

Harry Blank for appellant.

Geo. Roméo Léger for respondent.

JACKETT C.J.—I have read the reasons of Pratte J. and I concur.

I would add a few words on two points.

Firstly, in view of the fact that the meaning of Rule 5 is a matter of general interest, I shall explain in my own words my reason for holding that this Rule does not apply to a matter such as that before the Court. As I understand it, this Rule authorizes the Court to determine the “practice” and “procedure” to be followed in a “proceeding in the Court” concerning which there is a gap in the Rules. We are not concerned here with a question concerning the “practice” or “procedure” to be followed in a proceeding in this Court. In fact, the Court is

Durocher Lariveau (Appellant)

c.

Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration (Intimé)

Cour d'appel. Le juge en chef Jackett, les juges Thurlow et Pratte—Ottawa, le 8 novembre 1971.

Compétence—Pratique—Appel d'une ordonnance d'expulsion prononcée par la Commission d'appel de l'immigration—Sursis d'une ordonnance de déportation avant l'appel—Incompétence à l'accorder—Ne constitue pas une question de «pratique et de procédure»—Prorogation du délai de présentation de la demande d'autorisation d'appel—Loi sur la Commission d'appel de l'immigration, S.R.C. 1970, c. I-3, art. 23—Règle 5 des Règles de la Cour fédérale.

La Commission d'appel de l'immigration a confirmé, le 7 août 1971, une ordonnance d'expulsion contre l'appellant antérieurement prononcée à Montréal. L'appellant a demandé une prorogation du délai prévu pour la présentation de la demande d'autorisation d'appel de l'ordonnance d'expulsion ainsi qu'un sursis d'exécution de cette ordonnance. Le 8 septembre 1971, le juge en chef a accordé, en vertu de l'art. 23 de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, la prorogation de délai mais a déferé à la Cour d'appel la demande de sursis d'exécution.

Arrêt: rejet de la demande de sursis. La Cour ne possède pas le pouvoir de prononcer une telle ordonnance. Surseoir à une ordonnance d'expulsion n'est pas une question de pratique ou de procédure au sens de la Règle 5 des Règles de la Cour fédérale.

REQUÊTE.

Harry Blank pour l'appellant.

Geo. Roméo Léger pour l'intimé.

LE JUGE EN CHEF JACKETT—J'ai lu les motifs du juge Pratte et je suis d'accord avec lui.

Je veux ajouter quelques mots sur deux points.

D'abord, en raison du fait que la signification de la Règle 5 est une question d'intérêt général, je vais expliquer en mes propres mots la raison pour laquelle je suis d'avis que cette règle ne s'applique pas à une question telle que celle qui nous occupe présentement. Cette règle, comme je la comprends, autorise la Cour à déterminer «la pratique» et «la procédure» à suivre dans une «procédure devant la Cour» où les règles présentent une lacune. Ici il ne s'agit pas d'une requête concernant «la pratique» ou «la procédure» à suivre dans une procédure devant cette

being asked to grant at this time, on a temporary basis, a remedy which it may only grant after an appeal is heard.¹

Secondly, I feel I must point out, though it is not relevant, that counsel for the respondent, who have appeared before me in this and other similar cases, intimated that a deportation order against which an appeal has been lodged is ordinarily not implemented provided the appellant acts with despatch.

THURLOW J.—I concur with Pratte J.

PRATTE J.—On August 7, 1971 the Immigration Appeal Board confirmed a deportation order which had been made against the appellant on October 21 preceding. The appellant wishes to appeal from this decision, as he is permitted to do by s. 23(1) of the *Immigration Appeal Board Act*, R.S.C. 1970, c. I-3, which, as amended by the *Federal Court Act*, S.C. 1970, c. 1, s. 64(3), reads as follows:

23. (1) An appeal lies to the Federal Court of Appeal on any question of law, including a question of jurisdiction, from a decision of the Board on an appeal under this Act if leave to appeal is granted by that Court within fifteen days after the decision appealed from is pronounced or within such extended time as a judge of that Court may, for special reasons allow.

Appellant has not yet requested leave to appeal from the decision he is challenging. However, he has made a motion requesting, first, that the time allowed for presentation of the application for leave to appeal be extended, and also, that respondent be ordered to stay execution of the deportation order. The Chief Justice, who heard this motion on September 8th last, allowed it in part. He granted the extension of time requested; as to the application for a stay of execution, he ordered that it be incorporated in a new motion to be submitted in writing, in the manner provided in Rule 324, so that it could be decided by a bench of three judges. In accordance with this decision appellant submitted a new motion, which is now before the Court, the significant passages of which are as follows:

Cour. En effet, on demande ici que la Cour accorde immédiatement mais provisoirement un remède qu'elle ne peut accorder qu'après l'audition d'un appel.¹

Deuxièmement, je crois devoir dire, même si cela n'est pas pertinent, que les procureurs de l'intimé, qui ont comparu devant moi dans cette affaire et dans d'autres semblables, m'ont laissé entendre que, normalement, on n'exécute pas une ordonnance d'expulsion qui est frappée d'appel pourvu que l'appelant procède avec diligence.

LE JUGE THURLOW—Je suis d'accord avec le juge Pratte.

LE JUGE PRATTE—La Commission d'appel de l'immigration a confirmé, le 7 août 1971, l'ordonnance d'expulsion qui avait été prononcée contre le requérant le 21 octobre précédent. Le requérant veut en appeler de cette décision comme le lui permet l'art. 23(1) de la *Loi de la Commission d'appel de l'immigration*, S.R.C. 1970, c. I-3, qui, tel que modifié par la *Loi sur la Cour fédérale*, S.C. 1970, c. 1, art. 64(3), se lit comme suit:

23. (1) Sur une question de droit, y compris une question de juridiction, il peut être porté à la Cour d'appel fédérale un appel d'une décision de la Commission visant un appel prévu par la présente loi, si permission d'interjeter appel est accordée par ladite Cour dans les quinze jours après le prononcé de la décision dont est appel ou dans tel délai supplémentaire qu'un juge de cette Cour peut accorder pour des motifs spéciaux.

Le requérant n'a pas encore demandé l'autorisation d'en appeler de la décision qu'il conteste. Cependant, il a présenté une requête par laquelle il demandait, d'abord, que soit prolongé le délai prévu pour la présentation de la demande d'autorisation d'appel et, ensuite, qu'il soit enjoint à l'intimé de surseoir à l'exécution de l'ordonnance d'expulsion. Le juge en chef, à qui cette requête a été présentée le 8 septembre dernier, l'a accueillie en partie. Il a accordé la prorogation de délai demandée; quant à la demande de sursis d'exécution, il a ordonné qu'elle fasse l'objet d'une nouvelle requête qui serait présentée à la Cour par correspondance, en la façon prévue à la Règle 324, et décidée par trois juges. Se conformant à cette décision, le requérant a présenté une nouvelle requête,

[TRANSLATION] IN VIEW OF Rule 5 of the General Rules and Orders of the Federal Court of Canada;

WHEREAS no provision of an Act of the Parliament of Canada and no General Rule or Order of this Honourable Court specifies the practice and procedure to be followed concerning the stay of execution of deportation orders of the Immigration Appeal Board (14, 15, 16 Eliz. II, c. 90) on appeal from the decision of the Immigration Appeal Board in conformity with s. 23 of the Immigration Appeal Board Act (14, 15, 16 Eliz. II, c. 90), as amended by the Federal Court Act (19 Eliz. II, 1970, c. 1, Appendix B);

WHEREAS the deportation order made against the appellant, and upheld by the Immigration Appeal Board, against which the appellant proposes to appeal to this Honourable Court, was made in the City and District of Montreal, Province of Quebec;

WHEREAS the first paragraph of art. 497 of the Code of Civil Procedure of the Province of Quebec reads as follows:

Saving the cases where provisional execution is ordered, an appeal regularly brought suspends the execution of judgment.

WHEREAS if the deportation order made against appellant, and upheld by the Immigration Appeal Board, was executed before this Honourable Court had decided the appeal entered by appellant, the latter would be prejudiced by way of a denial of natural justice, depriving him for all intents and purposes of his right to appeal to this Honourable Court;

AND WHEREAS the appeal proceedings against the decision of the Immigration Appeal Board brought by appellant in this Honourable Court are regularly brought;

FOR THESE REASONS, MAY IT PLEASE THE COURT:

TO ALLOW this motion;

AND TO RECOGNIZE appellant's right to have the execution of the deportation order made against him, and upheld by the Immigration Appeal Board, stayed by the appeal regularly brought by appellant against the said decision of the Immigration Appeal Board;

As can be seen, this motion is based on Rule 5 of the Rules of this Court, which reads as follows:

RULE 5. In any proceeding in the Court where any matter arises not otherwise provided for by any provision in any Act of the Parliament of Canada or by any general rule or order of the Court (except this rule), the practice and procedure shall be determined by the Court (either on a preliminary motion for directions, or after the event if no

celle dont la Cour est maintenant saisie, dont les passages importants se lisent comme suit:

CONSIDÉRANT la Règle 5 des Règles et Ordonnances générales de la Cour Fédérale du Canada;

CONSIDÉRANT qu'aucune disposition d'une Loi du Parlement du Canada et qu'aucune Règle ou Ordonnance générale de cette Honorable Cour ne prévoit la pratique et la procédure à suivre en ce qui a trait au sursis d'exécution des ordonnances d'expulsion de la Commission d'Appel de l'Immigration (14, 15, 16 Eliz. II, chap. 90) lors d'appel de la décision de la Commission d'Appel de l'Immigration conformément à l'article 23 de la Loi sur la Commission d'Appel de l'Immigration (14, 15, 16, Eliz. II, Chap. 90) tel qu'amendé par la Loi sur la Cour Fédérale (19, Eliz. II, 1970, chap. 1, annexe b);

CONSIDÉRANT que l'ordonnance d'expulsion rendue contre votre Requérant et maintenue par la Commission d'Appel de l'Immigration contre laquelle votre Requérant a l'intention de faire appel à cette Honorable Cour, a été rendue dans les Cité et District de Montréal, Province de Québec;

CONSIDÉRANT l'article 497 du Code de Procédure Civile de la Province de Québec dont le 1^{er} paragraphe se lit comme suit:

Sauf les cas où l'exécution provisoire est ordonnée, l'appel régulièrement formé suspend l'exécution du jugement.

CONSIDÉRANT que si l'ordonnance d'expulsion rendue contre votre Requérant et maintenue par la Commission d'Appel de l'Immigration était exécutée avant que cette Honorable Cour n'ait décidé de l'appel interjeté par votre Requérant, celui-ci souffrirait un préjudice de la nature d'un déni de justice naturelle le privant à toute fin pratique de son droit de se pourvoir en appel devant cette Honorable Cour;

CONSIDÉRANT que les procédures d'appel contre le jugement de la Commission d'Appel de l'Immigration intentées par votre Requérant devant cette Honorable Cour sont régulièrement formées;

POUR CES MOTIFS, PLAISE AU TRIBUNAL:

ACCUEILLIR la présente requête;

RECONNAÎTRE le droit de votre Requérant à ce que l'exécution de l'ordonnance d'expulsion rendue contre lui et maintenue par la Commission d'Appel de l'Immigration soit suspendue par l'appel régulièrement formé par votre Requérant contre ladite décision de la Commission d'Appel de l'Immigration;

Cette requête, on le voit, est fondée sur la Règle 5 des Règles de cette Cour qui se lit comme suit:

RÈGLE 5. Dans toute procédure devant la Cour, lorsque se pose une question non autrement visée par une disposition d'une loi du Parlement du Canada ni par une règle ou ordonnance générale de la Cour (hormis la présente règle), la Cour déterminera (soit sur requête préliminaire sollicitant des instructions, soit après la survenance de l'événement si

such motion has been made) for the particular matter by analogy

- (a) to the other provisions of these Rules, or
- (b) to the practice and procedure in force for similar proceedings in the courts of that province to which the subject matter of the proceedings most particularly relates,

whichever is, in the opinion of the Court, most appropriate in the circumstances.

According to appellant, as the Rules do not provide, in a case such as this, that the execution of the order from which he intends to appeal be stayed, the Court, in accordance with Rule 5, should compensate for this deficiency and, by analogy to the first paragraph of art. 497 of the Quebec Code of Civil Procedure, order a stay of execution. This paragraph of art. 497 reads as follows:

497. Saving the cases where provisional execution is ordered, an appeal regularly brought suspends the execution of judgment.

Counsel for the respondent for his part, as Rule 324 allowed him to do, submitted written representations in which, while he challenged that it be advisable in the present case to allow the stay of execution applied for, he admitted that, under Rule 5(b) of the Rules of the Court, the Court may grant the motion by exercising, by analogy, the powers conferred on the Quebec Court of Appeal by art. 523 of the Code of Civil Procedure. In accordance with this article, the Court of Appeal

... has all the powers necessary for the exercise of its jurisdiction and may make any order necessary to safeguard the rights of the parties; ...

We may note firstly that, assuming that this motion were allowable under Rule 5, the stay of execution requested could certainly not be granted by an analogous application of the two texts from the Code to which we were referred by the parties. Indeed, art. 497 cited by appellant provides that "an appeal regularly brought suspends execution"; while in this case, not only has appellant not yet brought his appeal, he has not so far even applied for leave to do so. In the case of art. 523, to which we were referred by respondent, this is a text granting certain powers to the Quebec Court of Appeal; clearly, the Federal Court could not exercise a power which it does not otherwise possess,

aucune requête de ce genre n'a été formulée) la pratique et la procédure à suivre pour cette question par analogie

- a) avec les autres dispositions des présentes Règles, ou
- b) avec la pratique et la procédure en vigueur pour des procédures semblables devant les tribunaux de la province à laquelle se rapporte plus particulièrement l'objet des procédures,

selon ce qui, de l'avis de la Cour, convient le mieux en l'espèce.

Suivant le requérant, comme les règles ne prévoient pas, dans un cas comme celui-ci, qu'il doive être sursis à la décision dont il veut appeler, la Cour devrait, conformément à la Règle 5, combler cette lacune et, en s'inspirant du premier alinéa de l'art. 497 du Code de Procédure civile de Québec, ordonner le sursis d'exécution. Cet alinéa de l'art. 497 se lit comme suit:

497. Sauf les cas où l'exécution provisoire est ordonnée, l'appel régulièrement formé suspend l'exécution du jugement.

Le procureur de l'intimé, comme le lui permettait la Règle 324, a, de son côté, soumis des représentations écrites où tout en contestant qu'il soit opportun, en l'espèce, d'accorder le sursis d'exécution demandé, il admet que la Cour puisse faire droit à la requête, en vertu de la Règle 5b) des Règles de la Cour, en exerçant par analogie les pouvoirs que l'art. 523 du Code de Procédure civile de Québec reconnaît à la Cour d'appel de cette province. Suivant cet article, en effet, la Cour d'appel

... a tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de sa juridiction, et peut rendre toutes ordonnances propres à sauvegarder les droits des parties; ...

Remarquons d'abord que, si l'on suppose qu'il s'agisse ici d'une requête qui soit recevable en vertu de la Règle 5, le sursis d'exécution demandé ne pourrait certainement pas être accordé en appliquant par analogie les deux textes du Code de Procédure auxquels les parties nous ont référés. En effet, l'art. 497 invoqué par le requérant prévoit que «l'appel régulièrement formé suspend l'exécution», or, en l'espèce, non seulement le requérant n'a-t-il pas encore formé son appel, mais il n'a même pas encore demandé la permission de le faire. Quant à l'art. 523 que l'intimé nous a cité, il s'agit d'un texte qui accorde certains pouvoirs à la Cour d'appel de Québec; or, il est évident que la Cour

simply because the legislature of a province has seen fit to confer such a power on another court.

In fact, this is not a motion which may be allowed under Rule 5. A motion for directions may be made under this Rule only in cases where the Rules present a deficiency, that is, do not specify the manner of exercising a right or means of defence. The fact that the Rules do not provide for a stay of execution in a case such as the present is not a deficiency: it can be concluded, from the absence of a rule of practice on this point, simply that unless other legislative provisions state the contrary the decisions of the Immigration Appeal Board are to be enforced notwithstanding an appeal. This solution is perhaps open to criticism, but this is not a deficiency which can be the basis for submitting a motion under Rule 5.

There is, however, a much more fundamental reason for denying the motion before us. In fact, what the appellant is asking the Court to do is to modify the effect of a decision delivered in due form by the Immigration Appeal Board, before he has even appealed from this decision or requested leave to do so. It seems to me that the Court clearly does not have the power which appellant is asking it to exercise.

Before finishing with this case, it is perhaps worth mentioning that the *Immigration Act*, R.S.C. 1970, c. I-2, and the *Immigration Appeal Board Act*, R.S.C. 1970, c. I-3, do contain provisions which are not completely foreign to the problem submitted to us by the appellant.

The *Immigration Act* provides in s. 27 that a deportation order (the effect of which is defined in s. 33) may in certain circumstances be issued by a Special Inquiry Officer, and then provides in s. 31(1) that:

31. (1) Except in the case of a person who, pursuant to subsection 23(1), is returned to the place whence he came to Canada pending the decision on his appeal, an appeal

fédérale ne saurait exercer un pouvoir que sa loi constitutive ne lui accorde pas pour le seul motif que la législature d'une province a jugé bon d'accorder ce même pouvoir à un autre tribunal.

En réalité, il ne s'agit pas ici d'une requête qui soit recevable en vertu de la Règle 5. Une requête sollicitant des instructions peut être présentée en vertu de cette règle dans les seuls cas où les règles présentent une lacune, c'est-à-dire dans les cas où les règles ne prévoient pas la façon de faire valoir un droit ou un moyen de défense. Or le fait que les règles ne prévoient pas de sursis d'exécution dans un cas comme celui-ci n'est pas une lacune; de l'absence de règle de pratique sur ce sujet on peut tout simplement conclure que, à moins que d'autres dispositions législatives ne prévoient le contraire, les décisions de la Commission d'appel de l'immigration sont exécutoires nonobstant l'appel. C'est peut-être là une solution critiquable, mais ce n'est pas une lacune qui permette de présenter une motion en vertu de la Règle 5.

Si la requête qui nous est soumise doit être rejetée, c'est cependant pour un motif plus fondamental encore. En réalité, ce que le requérant demande à la Cour c'est de modifier l'effet d'une décision régulièrement prononcée par la Commission d'appel de l'immigration et, cela, avant même, non seulement qu'il soit interjeté appel de cette décision, mais que l'autorisation d'en appeler n'ait été demandée. Or, il me semble clair que la Cour ne possède pas le pouvoir que le requérant lui demande d'exercer.

Avant d'en terminer avec cette affaire, il n'est peut-être pas inutile de souligner que la *Loi sur l'Immigration*, S.R.C. 1970, c. I-2 et la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, S.R.C. 1970, c. I-3, contiennent des dispositions qui ne sont pas sans rapport avec le problème que nous a soumis le requérant.

La *Loi sur l'Immigration*, après avoir prévu, à l'art. 27, qu'une ordonnance d'expulsion (dont l'effet est défini par l'art. 33) puisse, dans certaines circonstances, être prononcée par un enquêteur spécial édicte, à l'art. 31(1), que:

31. (1) Sauf le cas où une personne est, suivant le paragraphe 23(1), renvoyée à l'endroit d'où elle est venue au Canada en attendant la décision de son appel, un appel

against a deportation order stays the execution of the order pending the decision thereon.

Appeals against deportation orders are regulated by the *Immigration Appeal Board Act*. In s. 11 it grants a person against whom an order of deportation has been made the right to appeal therefrom to the Board, whose decision is itself subject to appeal to this Court under s. 23. Section 15 of this Act, after stating that the Board, where it dismisses an appeal against a deportation order, shall direct that the order be executed as soon as practicable, nevertheless grants the Board the power to direct, in certain specified cases, that the execution of the deportation order be stayed. Finally, s. 18 provides that a person "who is being detained pending the disposition of an appeal under this Act may apply to the Board for his release".

I do not refer to these legislative provisions because I feel that they apply in this case, but merely to point out that Parliament was not indifferent to the fate of persons wishing to appeal from deportation orders and to stress that these texts do not contemplate that the Federal Court shall or may intervene in a case such as this.

For these reasons, I feel the motion must be denied.

¹ It is otherwise when a stay of execution of a judgment of the Trial Division is in question, because then the practice and procedure of the Court are affected. See Rules 337 and 1213.

contre une ordonnance d'expulsion sursoit à l'exécution de l'ordonnance jusqu'à ce que soit rendue la décision en l'espèce.

C'est la *Loi de la Commission d'appel de l'immigration* qui règlemente les appels contre les ordonnances d'expulsion. Elle accorde (art. 11) à celui contre qui une ordonnance d'expulsion a été prononcée le droit d'en appeler à la Commission dont la décision est elle-même, aux termes de l'art. 23, susceptible d'appel devant cette Cour. L'article 15 de cette loi, après avoir précisé que la Commission, lorsqu'elle rejette un appel d'une ordonnance d'expulsion, doit ordonner que l'ordonnance soit exécutée le plus tôt possible, accorde néanmoins à la Commission, dans certains cas énumérés, le pouvoir d'ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de l'ordonnance. Enfin, l'art. 18 prévoit qu'une personne «détenue en attendant que l'appel prévu par la présente soit décidée peut demander à la Commission d'être mise en liberté».

Si j'ai référé à ces dispositions législatives, ce n'est pas que je sois d'opinion qu'elles s'appliquent en l'espèce. C'est d'abord pour indiquer que le législateur ne s'est pas désintéressé du sort de celui qui veut en appeler de l'ordonnance d'expulsion dont il a été l'objet; et c'est ensuite pour souligner que ces textes n'envisagent pas que la Cour d'appel fédérale doive ou puisse intervenir dans un cas comme celui-ci.

Pour ces motifs, je crois que la requête doit être rejetée.

¹ Quand il s'agit de la suspension de l'exécution d'un jugement de la Division de première instance, il en va autrement, car, alors, il s'agit de pratique et de procédure de la Cour. Voir les Règles 337 et 1213.

The Queen (Plaintiff)

v.

Simard-Beaudry Inc. (Defendant)

and

Simard & Frères Cie Ltée (Mise en cause)

Trial Division, Noël A.C.J.—Montreal, June 10; Ottawa, October 5, 1971.

Income Tax—Tax liability assumed by purchaser of taxpayer's assets—Subsequent re-assessment—Additional taxes levied—Whether covered by contract—Waivers of time limitation on re-assessment of taxpayer signed by purchaser, whether effective—Quebec Civil Code, Art. 1173.

By a contract made in Montreal on December 15, 1964, the mise en cause sold part of its assets to defendant company, which in part consideration therefor assumed all the debts of the mise en cause including its liability for income tax incurred prior to January 1, 1965. In 1969 the mise en cause was re-assessed for additional income tax of more than one million dollars for a number of years prior to 1965. The Crown sued defendant for payment of the amount due pursuant to s. 118 of the *Income Tax Act*. Some of the additional amounts assessed were based on alleged fraud or misrepresentation by the mise en cause.

Held, defendant was liable to the Crown for the additional taxes as re-assessed.

1. Defendant's undertaking to pay the debts of the mise en cause was a genuine stipulation for the benefit of third persons under Art. 1173 of the Quebec Civil Code. *Proulx v. Leblanc* [1969] S.C.R. 765, applied.

2. The debt for the additional taxes of the mise en cause dated not from the date of the re-assessment but from the date when the mise en cause earned the income.

3. Waivers of the time limitation on re-assessment signed by defendant for the mise en cause under s. 46(4)(a) (ii) of the *Income Tax Act* were binding on defendant.

4. The provisions of the Quebec Civil Code respecting bulk sales (Arts. 1569 *et seq.*) were inapplicable.

INCOME tax appeal.

Gaspard Côté and *P. Ollivier* for plaintiff.

Julian Chipman, L. Y. Fortier and *Jean Claude Couture* for defendant.

La Reine (Demanderesse)

c.

Simard-Beaudry Inc. (Défenderesse)

et

Simard & Frères Cie Ltée (Mise en cause)

Division de première instance, le juge en chef adjoint Noël—Montréal, le 10 juin; Ottawa, le 5 octobre 1971.

Impôt sur le revenu—Responsabilité de l'impôt supporté par l'acquéreur de l'actif du contribuable—Nouvelle cotisation ultérieure—Perception d'impôts supplémentaires—Est-ce couvert par le contrat—Renoncations à la limitation de temps portant sur la nouvelle cotisation du contribuable signées par l'acquéreur, sont-elles valables—Code civil du Québec, Art. 1173.

Par contrat passé le 15 décembre 1964 à Montréal, la mise en cause a vendu des éléments d'actifs à la compagnie défenderesse qui a repris toutes ses dettes, y compris celles afférentes à l'impôt sur le revenu cotisé avant le 1^{er} janvier 1965, comme paiement partiel. En 1969, la mise en cause reçut une nouvelle cotisation concernant un supplément d'impôt sur le revenu de plus d'un million de dollars relatif à plusieurs années antérieures à 1965. Conformément à l'art. 118 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la Couronne intenta une action en recouvrement de la somme due. Une partie des montants cotisés était basée sur une prétendue fraude ou représentation erronée de la mise en cause.

Arrêt: la défenderesse est tenue de payer à la Couronne les impôts supplémentaires fixés par la nouvelle cotisation.

1. La promesse de la défenderesse de payer les dettes de la mise en cause constituait une véritable stipulation pour autrui selon l'Art. 1173 du Code civil du Québec. *Arrêt* suivi: *Proulx c. Leblanc* [1969] R.C.S. 765.

2. La dette portant sur les impôts supplémentaires de la mise en cause n'est pas née à la date de la nouvelle cotisation, mais à celle où elle a gagné le revenu.

3. Les renoncations à la limitation de temps concernant la nouvelle cotisation, conformes à l'art. 46(4)a(ii) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et que la défenderesse a signées pour la mise en cause, ont force obligatoire pour la défenderesse.

4. Les dispositions du Code civil du Québec qui portent sur la vente en bloc (Art. 1569 *et suiv.*) sont inapplicables.

APPEL de l'impôt sur le revenu.

Gaspard Côté et *P. Ollivier* pour la demanderesse.

Julian Chipman, L. Y. Fortier et *Jean Claude Couture* pour la défenderesse.

NOËL A.C.J.—By this information Her Majesty the Queen claims from the defendant payment of the sum of \$1,048,371.39, being the total amount due and payable by the mise en cause as additional income tax, with the interest and penalties provided by the Act, for the years 1954, 1955, 1956, 1957,² 1958, 1959, 1960, 1961, 1962, 1963 and 1964.

Re-assessments were in fact issued by the Minister on August 14, 1969, in respect of the returns of the mise en cause for the years in question, setting the additional amounts owed for taxes by the mise en cause at the aforementioned sum.

Plaintiff's action against defendant, Simard-Beaudry Inc., is based on a private agreement (Exhibit P-5) concluded in Montreal on December 15, 1964, under which the mise en cause, Simard & Frères Cie Ltée, sold defendant a portion of its assets—the property, rights and other assets thus sold being set out in Appendix A to the said agreement—for payment of the sum of \$542,041.18 (paid by a promissory note) and other considerations.

According to the agreement, as a condition thereof, and in consideration of the aforesaid sale, defendant, in its capacity of purchaser, assumed and undertook³ to pay and discharge *all the debts and obligations of every kind or sort whatsoever* of the mise en cause, including any liability for income and corporation taxes incurred prior to January 1st, 1965, except as may arise under section 138A¹ of the Income Tax Act. It is worthwhile reproducing⁴ below clause 2(a) of the said agreement:

2. In consideration of this sale, conveyance and cession the Purchaser does by these presents

(a) assume and undertake to pay and discharge all the debts and obligations of the Vendor of every kind and sort whatsoever including any liability for income and corporation taxes incurred prior to January 1, 1965, except as may arise under section 138A of the Income Tax Act, but excluding the obligations enumerated in Schedule B annexed hereto to form part hereof and which obligations are not assumed by the Purchaser, the Purchaser undertaking to fulfill all contracts, understandings and obligations of every sort and nature of the Vendor

LE JUGE EN CHEF ADJOINT NOËL—Par cette information, Sa Majesté la Reine réclame de la défenderesse paiement de la somme de \$1,048,371.39, soit le total des montants dus et payables par la mise en cause comme supplément d'impôt sur le revenu, avec les intérêts et pénalités prévus par la loi pour les années 1954, 1955, 1956, 1957, 1958, 1959, 1960, 1961, 1962, 1963 et 1964.

Les déclarations de la mise en cause pour les années dont il s'agit furent, en effet, le 14 août 1969, l'objet par le Ministre de nouvelles cotisations qui établirent à la somme ci-haut mentionnée, les montants additionnels dus par la mise en cause pour impôts.

L'action de la demanderesse contre la défenderesse, Simard-Beaudry Inc., est fondée sur une convention sous signe privé (pièce P-5) intervenue à Montréal le 15 décembre 1964, en vertu de laquelle la mise en cause, Simard & Frères Cie Ltée, vendit à la défenderesse une partie de son actif, les biens, droits et autres valeurs ainsi vendus apparaissant à l'annexe A de ladite convention, moyennant paiement de la somme de \$542,041.18 (payé par un billet à ordre) et autres considérations.

Aux termes de cette convention, et comme condition, et en considération de ladite vente, la défenderesse, en sa qualité d'acheteur, assumait et s'engagea à payer et à acquitter [TRADUCTION] «*toutes les dettes et obligations de la mise en cause quelles qu'elles soient y compris toute obligation pour l'impôt sur le revenu et l'impôt sur les corporations contractée avant le 1^{er} janvier 1965, exception faite d'une obligation qui naîtrait en vertu de l'article 138A¹ de la Loi de l'impôt sur le revenu.*» Il serait utile de reproduire ci-après la clause 2(a) de ladite convention:

[TRADUCTION] 2. En considération desdits vente, transfert et cession, l'acheteur, par les présentes,

a) assume et s'engage à payer et à acquitter toutes les dettes et obligations du vendeur quelles qu'elles soient y compris toute obligation pour l'impôt sur le revenu et l'impôt sur les corporations contractée avant le 1^{er} janvier 1965, exception faite d'une obligation qui naîtrait en vertu de l'article 138A de la Loi de l'impôt sur le revenu; toutefois il exclut les obligations énumérées à l'annexe B ci-jointe, qui fait partie de la présente convention, obligations que l'acheteur n'assume pas puisqu'il s'engage à remplir tous les contrats, accords et obligations du ven-

(save those relating to the excepted obligations enumerated in Schedule B) and the Purchaser indemnify and protect the Vendor against all responsibility, proceedings, claims and demands relating thereto;

(b) deliver to the Vendor herewith in payment of the purchase price of the sale of assets, its non-interest bearing promissory note in the principal amount of \$542,041.18 payable on or before March 15, 1965.

The notices of re-assessment were delivered personally to the mise en cause on August 14, 1969, in care of Mr. John Lawrence, 5 Place Ville-Marie, Montreal, Que.; a copy of each of these notices was also delivered personally on the same day to defendant.

The mise en cause, Simard & Frères Cie Ltée, having received a request in due form, refuses or neglects to pay the amount claimed in the notices of assessment, which amount has been a debt due to the plaintiff, under the provisions of s. 118 of the *Income Tax Act*, since September 15, 1969.

By a letter dated December 2, 1969, defendant Simard-Beaudry Inc. was called upon to discharge this debt, under the terms of its agreement with the mise en cause, in favour of the latter's creditors, including the plaintiff, who alleges that she is entitled in fact and in law to claim payment of the sum of \$1,048,371.39 from the defendant in view, she says, of the stipulation for the benefit of third persons contained in the deed of sale.

Defendant, on the other hand, admits it was a party to the said agreement,^q but denies everything not in accordance with this agreement.

It states that it is in no way required to pay any amount fixed by the re-assessments issued by the Minister of National Revenue. It submits that the provisions of clause two of the agreement between defendant and the mise en cause do not in fact constitute a stipulation for the benefit of third persons in plaintiff's favour, and adds that the latter may not plead the provisions of this agreement in the present action. Defendant further alleges that tax assessments with respect to the mise en cause were either issued in pursuance of s. 46(4)(a)(i) of the *Income Tax Act*, or are statute-barred. Defendant further submits that, if interpreted correctly, the clause in the agreement entails no responsibility on the part of the mise en cause

deur quels qu'ils soient (sauf ceux se rapportant aux obligations exclues énumérées à l'annexe B) et l'acheteur indemnise et protège le vendeur de toutes responsabilités, poursuites, réclamations et requêtes s'y rapportant;

b) remet au vendeur ses billets à ordre, ci-joint, ne portant pas intérêt, du montant du principal, soit \$542,041.18, payable le 15 mars 1965 au plus tard, en règlement du prix d'achat de la vente des éléments d'actif.

Le 14 août 1969, les avis^p des nouvelles cotisations furent remis personnellement à la mise en cause, aux bons soins de M^e John Lawrence, 5 Place Ville-Marie, Montréal, P.Q., et le même jour, une copie de chacun de ces avis fut aussi remise personnellement à la défenderesse.

La mise en cause, Simard & Frères Cie^q Ltée, dûment mise en demeure, refuse ou néglige de payer la somme réclamée dans les avis de cotisation et cette somme constitue depuis le 15 septembre 1969, une dette exigible envers la demanderesse, conformément aux dispositions de l'art. 118 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Par^r lettre en date du 2 décembre 1969, la défenderesse, Simard-Beaudry Inc. fut mise en demeure d'acquitter cette dette, en vertu de l'engagement intervenu entre elle et la mise en cause, en faveur des créanciers de cette dernière, dont la demanderesse, et cette dernière se déclare bien fondée^e en fait et en droit à réclamer de la défenderesse paiement de la somme de \$1,048,371.39 vu, dit-elle, la stipulation pour autrui contenue dans l'acte de vente.

La défenderesse, d'autre part, admet qu'elle a été partie à ladite convention mais nie tout ce qui n'est pas conforme à cette convention.

Elle déclare qu'elle n'est aucunement obligée de payer un montant quelconque établi par les nouvelles cotisations émises par le ministre du Revenu national. Elle soumet que les dispositions de la clause 2 de la convention entre la défenderesse et la mise en cause ne constituent pas une stipulation pour autrui en faveur de la demanderesse et ajoute que cette dernière ne peut invoquer les dispositions de cette convention dans cette action. La défenderesse allègue de plus que les cotisations d'impôt à l'égard de la mise en cause ont été soit émises en conformité de l'art. 46(4)a(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou elles sont prescrites. La défenderesse soumet de plus que la clause de la convention n'enlobe, si on l'interprète bien, aucune

for a tax debt resulting from any misrepresentation made or fraud^c committed by the mise en cause. In defendant's submission, clause two of the agreement embraces liability only for taxes incurred in the ordinary course of business, and levied by valid assessments, correcting, for example, errors in computation, taxes due, valuation of assets, depreciation allowances, reserves for bad debts, and^d other accounting problems. Finally, it maintains that any undertaking or agreement by defendant to pay a debt resulting from misrepresentations made or fraud committed by the mise en cause would be contrary to public policy, null and void, and that such a debt could not be sued for at law.^e

Plaintiff in her reply denies paragraph eight of the amended defence as drafted, namely that the re-assessments are issued under s. 46(4)(a)(i) of the *Income Tax Act*, or else are statute-barred, adding that the assessments for 1954, 1955, 1956, 1957, 1958, 1959, 1960 and 1964 were issued under s. 46(4)(a)(i)² of the *Income Tax Act*, and the remainder under s. 46(4)(a)(ii)² of the same Act. She states that the waivers necessary for this purpose were filed by the mise en cause for 1963, and by the defendant, on behalf of the mise en cause, for 1961^f and 1962. As to defendant's contention that clause two of the agreement may not be interpreted as encompassing liability by the mise en cause for tax due as a result of misrepresentation or fraud^l by the mise en cause, plaintiff denies this, further adding that at the time in^o question defendant could not have been unaware that the mise en cause was liable to re-assessment for income tax, for 1953 and subsequent years, depending on the conclusions of the audit which the provincial authorities were then in the process of carrying out.

In my view the position taken by³ defendant may be summarized as follows. A contract can only bind persons who are parties thereto, and as plaintiff was not a party to the agreement concluded with Simard & Frères Cie Ltée, she

responsabilité pour la mise en cause pour une dette d'impôt résultant d'une présentation erronée ou d'une fraude commise par la mise en cause. La clause 2 de la convention, selon la défenderesse, ne comprend qu'une responsabilité pour taxes survenant dans le cours ordinaire des affaires et imposées par des cotisations valides, corrigeant, par exemple, des erreurs³ de calcul, de taxes dues, d'évaluation d'actifs, d'allocation pour dépréciation, de réserves pour dettes incertaines et autres problèmes de comptabilité. Elle soutient enfin que tout engagement ou entente par la défenderesse à payer une dette résultant de présentations erronées ou de fraude commise par la mise en^o cause serait contraire à l'ordre public, nul et de nul effet et cette dette ne pourrait être réclamée en justice.

La demanderesse, par sa réponse, nie, tel que rédigé, l'alinéa 8 de la défense amendée, soit que les nouvelles cotisations sont faites en conformité avec l'art. 46(4)^a(i) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou bien sont prescrites ajoutant que les cotisations ayant trait aux années 1954, 1955, 1956, 1957, 1958, 1959, 1960 et 1964 ont été émises aux termes de l'art. 46(4)^a(i)² de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et les autres aux termes de l'art. 46(4)^a(ii)² de la même loi, les renonciations nécessaires à cette fin ayant été données, dit-elle, par la mise en cause en ce qui a trait à l'année 1963 et par la défenderesse, pour le compte de la mise en cause, en^c ce qui a trait aux années 1961 et 1962. Quant à l'allégué de la défenderesse que la clause 2 de la convention ne peut être interprétée comme englobant une responsabilité de la mise en cause pour impôt dû et résultant d'une présentation erronée ou de la fraude de^l la mise en cause, la demanderesse le nie, ajoutant, au surplus, que la défenderesse, à l'époque pertinente, ne pouvait ignorer que la mise en cause était susceptible de faire l'objet de nouvelles cotisations, en matière d'impôt sur le revenu, pour les années 1953 et suivantes, selon les^c conclusions de la vérification que les autorités provinciales étaient alors en voie d'effectuer.

La position prise par la défenderesse peut, je crois, se résumer comme suit. Un contrat ne peut lier que les parties qui y sont parties et, comme la demanderesse n'était pas partie à l'entente⁴ intervenue entre Simard & Frères Cie

has no remedy against the latter. This agreement does not contain a stipulation for the benefit of third persons and even if it did, or had that effect, it could not afford grounds for plaintiff's claiming the amounts she is presently claiming, as defendant undertook to pay only the debts of Simard & Frères Cie Ltée existing at the date the agreement (Exhibit P-5) was signed, i.e. December 15, 1964. Now at that date, though the mise en cause had not been assessed by the Province of Quebec for the years preceding, it had been assessed by the Minister of National Revenue up to 1961. It states that the stipulation was not supposed to include liability beyond the assessments which had been issued by that date. It is true that s. 118 of the Act states that

118. All taxes, interest, penalties, costs and other amounts payable under this Act are debts due to Her Majesty and recoverable as such in the Exchequer Court of Canada or any other court of competent jurisdiction or in any other manner provided by this Act.

but, submits counsel for the defendant, this section applies to the taxpayer only, and not to a third party such as defendant.

In the submission of defendant's counsel it would be unfair to permit the Crown to claim from defendant now the re-assessed amount of the debt owed by the mise en cause, an amount which defendant was unable to challenge. This would amount to a unilateral act which defendant did not have the opportunity or the right to challenge.

Counsel for the defendant, referring to Art. 1569 of the Civil Code, which deals with the bulk sale of a business, claims to find support therein for the position he takes. If in fact, he says, the purchaser obtains affidavits from the vendor containing the names and addresses of all the vendor's creditors, and pays the latter, the purchaser is not responsible for the vendor's debts which may arise subsequently. It is clear, he submits, that as the re-assessments in this case did not exist at the time the business of the mise en cause was sold, the latter could not state that there was a sum payable for taxes. Defendant, he contends, can have no

Ltée, elle n'a aucun recours contre cette dernière. Cette entente ne comporte pas une stipulation pour autrui, et même s'il s'agissait d'une telle stipulation ou en avait les effets, elle ne pourrait permettre à la demanderesse de réclamer les montants qu'elle réclame par la présente action, la défenderesse ne s'étant engagée à payer que les dettes existantes de Simard & Frères Cie Ltée à la date de la signature de la convention (pièce P-5) soit le 15 décembre 1964. Or à cette date, bien que la mise en cause n'avait pas été cotisée par la province de Québec pour les années précédant cette date, elle l'avait été jusqu'à l'année 1961 par le ministre du Revenu national. La stipulation n'est pas censée, dit-elle, inclure une obligation à s'engager au-delà des cotisations qui avaient été émises à cette date. Il est vrai que l'art. 118 de la Loi déclare que

118. Tous les impôts, intérêts, pénalités, frais et autres montants exigibles en vertu de la présente loi sont des dettes envers Sa Majesté et recouvrables comme telles devant la Cour de l'Échiquier du Canada ou devant tout autre tribunal de juridiction compétente, ou de toute autre manière prévue par la présente loi.

mais, soumet le procureur de la défenderesse, cet article ne s'applique qu'au contribuable et non pas à une tierce personne, comme l'est la défenderesse.

Il serait, selon le procureur de la défenderesse, injuste de permettre à la Couronne de lui réclamer maintenant le montant recotisé de la dette due par la mise en cause, montant que la défenderesse n'a pu contester. Il s'agirait alors d'un acte unilatéral que la défenderesse n'a pas eu l'opportunité ou le droit de contester.

Le procureur de la défenderesse, se référant à l'Art. 1569 C. C., qui traite de la vente en bloc d'un commerce, déclare y voir une confirmation de la position qu'il prend ici. Si, en effet, dit-il, l'acheteur obtient des affidavits du vendeur contenant les noms et adresses de tous les créanciers du vendeur et qu'il paie ces créanciers, il n'est pas responsable pour les dettes du vendeur qui pourraient surgir par la suite. Il est clair, soumet-il, que comme les recotisations dont il s'agit dans la présente cause n'existaient pas au moment de la vente du commerce de la mise en cause, cette dernière ne pouvait déclarer qu'il y avait un montant d'impôt à payer. La

greater liability here because it only took over, by the agreement, those debts which it would have been required to pay if it was acting in accordance with the requirements of a bulk sale. He further submits that the Crown is not obliged to plead under the stipulation in the agreement, but if it does so it must take the stipulation with the rights existing at the time of the agreement, at which time, he adds, there was no claim for tax. The stipulation here is too indefinite, he contends, and when the agreement was made there was no amount owing to the Crown. If, he says, the Minister of Revenue had not exercised his right of assessment against the mise en cause, he would have had no right to claim the amount so arrived at from defendant. His only remedy, in the submission of counsel for the defendant, would be to sue the mise en cause, because the Crown, in support of its claim against defendant, is relying only on a cause of action arising after the agreement.

The rights of a third party such as defendant, counsel for the defendant pursues, are not the same as those of a taxpayer, for a taxpayer's assessment goes back, he says, to the date on which the income was received and its amount determined by re-assessment, but as for the third party, the only rights that can be exercised against it may very well be those which existed at the time the agreement was concluded.

Counsel for the defendant also submits that an agreement must not be interpreted so as to include an obligation to pay amounts owing as a result of fraud or misrepresentation, and moreover, he adds, even if it had this effect, it is contrary to public policy for such a clause to be upheld. He further submits that the waivers signed by Simard-Beaudry Inc. on behalf of the mise en cause for 1961 and 1962 are invalid because they were not signed by the taxpayer, and that, as counsel for the Crown has stated that the assessments are not all based on fraud or misrepresentation, the plaintiff must rely for those years on the waivers filed in this Court under s. 46(4)(a)(ii) of the Act. Moreover, he says, the assessments for some years indicate

défenderesse ne peut, dit-il, avoir une responsabilité plus grande ici parce qu'elle n'a fait, dans la convention, que prendre à charge les dettes qu'elle aurait été obligée de payer si elle s'était conformée aux exigences de la vente en bloc. Il soumet de plus que la Couronne n'est pas obligée de se prévaloir de la stipulation de la convention mais si elle s'en prévaut, il lui faut la prendre avec les droits qui existaient au moment de la convention et à ce moment, ajoute-t-il, il n'y avait aucune réclamation pour impôt. La stipulation ici est trop vague, prétend-il, et au moment de la convention, il n'y avait aucun montant dû à la Couronne. Si le ministre du Revenu n'avait pas, dit-il, exercé son droit de cotisation contre la mise en cause, il n'aurait eu aucun droit de réclamer le montant ainsi établi contre la défenderesse. Son seul recours, selon le procureur de la défenderesse, serait de poursuivre la mise en cause car la Couronne ne s'appuie, pour soutenir sa réclamation contre la défenderesse, que sur une cause d'action qui n'a pris naissance qu'après la convention.

Les droits d'une tierce partie, comme la défenderesse ne sont pas les mêmes que ceux d'un contribuable, poursuit le procureur de la défenderesse, car la cotisation d'un contribuable remonte, dit-il, à la date où le revenu est reçu et établi par recotisation, mais pour la tierce partie, les droits que l'on peut exercer contre elle peuvent fort bien n'être que ceux qui existaient au moment de la passation de la convention.

Le procureur de la défenderesse soumet aussi qu'une convention ne doit pas être interprétée de façon à englober l'obligation à payer des montants dus par suite de fraude ou d'une présentation erronée et d'ailleurs, ajoute-t-il, même si elle était à cet effet, il est contraire à l'ordre public qu'une telle clause soit maintenue. Il soumet de plus que les renonciations signées par Simard-Beaudry Inc. pour la mise en cause pour les années 1961 et 1962 ne sont pas valides parce qu'elles ne furent pas signées par le contribuable et que comme le procureur de la Couronne a déclaré que les cotisations ne sont pas toutes basées sur la fraude ou présentation erronée, la demanderesse doit s'en remettre pour ces années aux renonciations produites

that there are penalties to be paid, and if such is the case the Minister must rely for those years on fraud or misrepresentation, as penalties may be imposed only under s. 56(1) and (2) of the Act, which deals with tax evasion or statements or omissions in a return. It cannot be taken for granted, he states, that Simard-Beaudry Inc. assumed such a liability under the agreement concluded between it and the mise en cause, and the agreement should contain more explicit language in order to lead to such a conclusion. Indeed, pursues counsel for the defendant, if Simard-Beaudry Inc. cannot be held responsible for the fraud and penalties of Simard & Frères Cie Ltée, the Crown cannot claim from defendant the amounts owing as a result of said fraud and penalties.

Finally, in the submission of counsel for the defendant, it would be inconceivable to hold that, by the agreement, defendant had undertaken to accept liability for the assessments and re-assessments which might or might not be issued in respect of the vendor without having any right to control such assessment.

It seems to me, firstly, that since the decision of the Supreme Court in *Proulx et al. v. Leblanc et al.* [1969] S.C.R. 765, it must be accepted that an agreement in which an individual undertakes to pay another's debt is a genuine stipulation for the benefit of third persons, even if this stipulation in such a case is made by means of an imperfect delegation of payment, under Art. 1173 of the Civil Code.

It is also interesting to note that in the case of a stipulation for the benefit of third persons a right over the new debtor is vested in the creditor at the moment the agreement between the stipulator and the promisor is made, because the acceptance he must then supply does not create it: [TRANSLATION] "for him, such acceptance is simply adherence to the transaction already completed and a means of ensuring its irrevocability". See *Planiol et Ripert*, Vol. VII, 2nd Ed., Esmein, p. 682, n. 1279. As for delega-

dans cette Cour en vertu de l'art. 46(4)a)(ii) de la Loi. Les cotisations pour certaines années, d'autre part, indiquent, dit-il, qu'il y a des pénalités à payer et si c'est le cas, il faut que le Ministre s'appuie, quant à ces années, sur une fraude ou présentation erronée pour les soutenir, car une pénalité ne peut être imposée qu'en vertu de l'art. 56(1) et (2) de la Loi qui traite d'évasion fiscale ou d'énoncés ou omissions dans une déclaration. L'on ne peut, dit-il, présumer que Simard-Beaudry Inc. ait assumé une telle responsabilité en vertu de la convention intervenue entre elle et la mise en cause et il faudrait des mots plus explicites que ceux que l'on retrouve dans la convention pour en venir à cette conclusion. Si, en effet, poursuit le procureur de la défenderesse, Simard-Beaudry Inc. ne peut être tenue responsable pour la fraude et les pénalités de Simard & Frères Cie Ltée, la Couronne ne peut réclamer de la défenderesse les montants qui sont dus par suite de cette fraude et de ces pénalités.

Enfin, dit le procureur de la défenderesse, il serait inconcevable de déclarer que par la convention, la défenderesse se serait engagée à accepter la responsabilité des cotisations et recotisations qui pourraient ou ne pourraient pas être émises à l'égard de son vendeur sans avoir le droit de contrôler cette cotisation.

Il me paraît d'abord, depuis la décision de la Cour suprême dans *Proulx et al. c. Leblanc et al.* [1969] R.C.S. 765, que l'on doit accepter que la convention par laquelle une personne s'engage à payer la dette d'une autre est une véritable stipulation pour autrui même si cette stipulation dans un tel cas se fait par le truchement d'une délégation imparfaite de paiement, selon l'Art. 1173 C. C.

Il est aussi intéressant de noter que dans le cas d'une stipulation pour autrui le créancier se trouve investi d'un droit vis-à-vis de son nouveau débiteur dès l'instant de l'accord entre le stipulant et le promettant car l'acceptation qu'il doit fournir ensuite ne le crée pas «elle n'est de sa part que l'adhésion à l'opération déjà effectuée et le moyen d'assurer son irrévocabilité». Cf. *Planiol et Ripert*, T. VII, 2^e édition, par Esmein, p. 682, n. 1279. Quant à la délégation, ce sera seulement lorsque le créancier a consenti à l'opération que son droit existera.

tion, it is only when the creditor has consented to the transaction that his right exists.

It was in fact held by Pigeon J. in the above-mentioned case that when the seller of an immovable stipulates that a part of the price shall be payable to a third party, who may or may not already be a privileged creditor or mortgagee on the immovable sold, he makes this stipulation a condition of the deed to the benefit of a third party, who is free to accept. His acceptance is generally inferred from the fact that he receives payments from the new debtor without protest. The effect of this acceptance by the new debtor, however, is not to release the original debtor, because here the delegation does not result in novation unless it is clear that the creditor intended to discharge the debtor making the delegation. Indeed, novation is never presumed, and it would be unlikely for the creditor to release the original debtor since he would have no interest in doing so. This, in my view, disposes of defendant's first argument that this is not a stipulation for the benefit of third persons.

As to his second argument, namely that the debt arising from re-assessment of the taxpayer dates only from the time that the taxpayer is assessed, and that it did not, accordingly, exist at the time the agreement was made, it seems to me that the answer to this is that the general scheme of the *Income Tax Act* indicates that the taxpayer's debt is created by his taxable income, not by an assessment or re-assessment. In fact, the taxpayer's liability results from the Act and not from the assessment. In principle, the debt comes into existence the moment the income is earned, and even if the assessment is made one or more years after the taxable income is earned, the debt is supposed to originate at that point. Here the re-assessments issued on August 14, 1969, for income earned in previous years seem to me to be at most a confirmation or acknowledgment of the amounts owing for these earlier years. Indeed, in my opinion, the assessment does not create the debt, but is at most a confirmation of its existence. It also seems to me that the Court must assume that Simard & Frères Cie Ltée owes the amounts for which it was assessed, since these amounts have not been challenged

Il fut en effet décidé dans la cause précitée par le juge Pigeon que lorsque le vendeur d'un immeuble stipule qu'une partie du prix sera payable à un tiers, qui peut ou non être déjà créancier privilégié ou hypothécaire de l'immeuble vendu, il fait de cette stipulation une condition de l'acte au profit d'un tiers qui est libre d'accepter. Son acceptation s'infère généralement du fait qu'il reçoit les paiements du nouveau débiteur sans protester. Cette acceptation, cependant, du nouveau débiteur, n'a pas pour effet de libérer le débiteur originaire, car la délégation ici n'opère pas novation à moins qu'il ne soit évident que le créancier entend décharger le débiteur qui fait la délégation. La novation, en effet, ne se présume pas et il serait invraisemblable que le créancier libère le débiteur originaire puisqu'il n'a aucun intérêt à le faire. Ceci, il me semble, dispose du premier argument de la défenderesse qu'il ne s'agit pas ici d'une stipulation pour autrui.

Quant à son deuxième argument, à savoir que la dette provenant de la nouvelle cotisation du contribuable ne date que du moment où le contribuable est cotisé et que, par conséquent, elle n'existait pas au moment de la convention, la réponse, il me semble, me paraît être que l'économie générale de la *Loi de l'impôt sur le revenu* veut que ce soit le revenu imposable qui crée la dette du contribuable et non pas la cotisation ou une nouvelle cotisation. La responsabilité d'un contribuable, en effet, provient de la Loi et non de la cotisation. En effet, en principe, la dette existe dès le moment où le revenu est gagné et même si la cotisation survient une ou plusieurs années après que le revenu imposable est gagné, la dette est censée avoir pris naissance à ce moment. Les nouvelles cotisations émises ici, en date du 14 août 1969, pour un revenu gagné dans des années antérieures, me paraissent être, tout au plus, qu'une confirmation ou constatation des montants dus pour ces années antérieures. La cotisation, en effet, à mon sens, ne crée pas la dette mais ne fait, tout au plus, qu'en affirmer son existence. Il me paraît d'autre part que la Cour doit prendre pour acquis que Simard & Frères Cie Ltée doit les montants

by the taxpayer, nor, moreover, by the defendant in this action, who could, however, have done so, since copies of the re-assessments in respect of the mise en cause were supplied to defendant the same day as they were delivered to the mise en cause. The amounts so assessed, which were not challenged, are thus debts owed by the taxpayer as from the end of each of the years in question.

Defendant maintains that it can only be held responsible under the agreement for debts which existed when the latter was signed. The amounts claimed under the re-assessments were in fact due at that time, since, as we have just seen, these amounts became debts at the end of each of the years in question, though the defendant may actually have been unaware of them when the agreement was made. Further, the language of the agreement does not distinguish between apparent debts and concealed debts. Indeed, if reference is made to the terms of this agreement, we see that it concerned the sale of a universality of rights, including the assets and the liabilities, the latter being necessarily linked up with the former. An appendix to the agreement includes a list of the tangible and intangible property sold by Simard & Frères Cie Ltée, including the rights which the latter might have in an entire series of contracts enumerated in Part B of Appendix A to the agreement. This Appendix contains a valuation of the property sold, but does not mention the value of the rights transferred under each of the contracts listed in paragraph B of the Appendix. It can be seen from reading this agreement that the mise en cause intended to close down its operations and business and that all that remained was to liquidate. In fact, the secretary of Simard & Frères Cie Ltée, in a letter dated November 17, 1969, addressed to the Department of Justice, stated that the company was defunct as soon as its assets were sold, and that subsequently its officers and administrators had only to give the necessary instructions to dissolve it. Under articles 1, 2(a) and 7 of the agreement, defendant intended to purchase only the property in Appendix A, but it appears that for all practical purposes it also intended to continue under its own name the business of Simard & Frères Cie

pour lesquels elle a été cotisée puisqu'ils n'ont pas été contestés par le contribuable ni, d'ailleurs, par la défenderesse dans la présente action qui aurait, cependant, pu le faire puisque des copies des nouvelles cotisations de la mise en cause furent remises à la défenderesse le jour même où elles furent remises à la mise en cause. Ces montants ainsi cotisés, et non contestés, sont donc des dettes dues par le contribuable à compter de la fin de chacune des années en cause.

La défenderesse soutient qu'elle ne peut être tenue responsable en vertu de la convention que des dettes existantes au moment où elle s'est engagée. Les montants réclamés en vertu des nouvelles cotisations étaient bien dus à ce moment puisque, comme nous venons de le voir, ces montants deviennent des dettes à compter de la fin de chacune des années en cause bien que la défenderesse ait bien pu les ignorer à la date de la convention. De plus, les termes de la convention ne distinguent pas entre les dettes apparentes ou non apparentes. En effet, si on se reporte aux termes de cette convention, l'on voit qu'il s'est agi de la vente d'une universalité de droits, en effet, d'un ensemble qui comprend l'actif et le passif dont l'un est nécessairement lié à l'autre. L'annexe de la convention comprend une nomenclature des biens corporels et incorporels vendus par Simard & Frères Cie Ltée, y compris les droits que cette dernière pouvait avoir dans toute une série de contrats énoncés à la partie B de l'annexe A de la convention. Cette annexe comprend une évaluation des biens vendus, mais ne mentionne pas la valeur des droits transmis pour chacun des contrats énumérés à l'alinéa B de l'annexe. A la lecture de cette convention l'on voit que la mise en cause entendait mettre fin à ses opérations, à son commerce et qu'il ne restait plus qu'à la liquider. Le secrétaire de Simard & Frères Cie Ltée, dans une lettre en date du 17 novembre 1969, adressée au ministre de la Justice, déclarait en effet qu'à partir du moment où les actifs de la compagnie furent vendus, cette dernière était défunte et que par la suite ses officiers et administrateurs n'ont fait que donner les instructions nécessaires pour la dissoudre. Selon les articles 1, 2(a) et 7 de la convention, la défenderesse n'avait en vue d'acheter que les biens de l'annexe A mais à toute

Ltée without carrying out a merger between the two companies. To attain this end, therefore, Simard-Beaudry Inc. not only took over all the debts of the mise en cause, but, as it states in the agreement, undertook to fulfil any other obligations which might devolve on Simard & Frères Cie Ltée. The legal effect of such an agreement, namely the sale of an accumulation of property with an undertaking by the purchaser to discharge the vendor's obligations, even if this included those resulting from misrepresentation or tax fraud, does not seem to me to be in any way contrary to public policy or in derogation of the Act.

Defendant's argument that the waivers signed by it for the mise en cause for 1961 and 1962—as regards which it claims that there were no misrepresentations or fraud and where, as a result, the *prima facie* presumption of validity of the assessments would not apply—are not valid because they were not signed by the taxpayer cannot be raised here. Defendant held itself out as the agent, or apparent agent, of the mise en cause, and plaintiff, relying on these waivers, subsequently allowed the four years specified in s. 46(4) to elapse with respect to the years in question. In the circumstances plaintiff is in no position to plead the invalidity of these waivers. Moreover, I do not think it is too surprising that the waivers were signed by the purchaser of the rights and property of the vendor, since the purchaser, in which some of the persons having an interest also had interests in the mise en cause, is the very same company which continued the vendor's operations and must have collected the profits therefrom.

Defendant seeks to rely on the provisions governing bulk sales in support of its position. I fail to see how these provisions can be of assistance to the defendant. In the first place, it has often been held that Arts. 1569 *et seq.* of the Civil Code (Bulk Sales) do not apply to the outright sale of a business for which the purchaser undertakes to pay the debts, and the provisions of these articles cannot be adapted to the case of a sale of the assets on condition

fin pratique, il semble bien qu'elle entendait aussi continuer sous son propre nom les affaires de Simard & Frères Cie Ltée sans qu'il s'opère une fusion entre les deux compagnies. Pour atteindre ce but, Simard-Beaudry Inc. mit donc à sa charge non seulement toutes les dettes de la mise en cause, mais s'engageait, comme elle le déclare dans la convention, à accomplir les autres obligations qui pourraient incomber à Simard & Frères Cie Ltée. La portée juridique d'une telle convention, soit la vente d'un ensemble de biens avec engagement par l'acquéreur d'acquitter les obligations du vendeur, même si l'on y inclut celles qui découlent d'une fausse représentation ou d'une fraude fiscale, ne me paraît aucunement aller à l'encontre de l'ordre public ou déroger à la Loi.

L'argument de la défenderesse que les renonciations signées par elle pour la mise en cause pour les années 1961 et 1962, pour lesquelles elle prétend qu'il n'y a pas eu représentations erronées ou fraude et où, par conséquent, la présomption *prima facie* de validité des cotisations ne jouerait pas, ne valent pas parce que non signées par le contribuable, ne peut être soulevé ici. Elle s'est en effet présentée comme l'agent de la mise en cause ou son mandataire apparent et la demanderesse, fort de ces renonciations, a, par la suite, laissé écouler les quatre ans prévus à l'art. 46(4) pour les années en cause. La demanderesse serait bien mal venue d'invoquer, dans ces circonstances, l'invalidité de ces renonciations. D'ailleurs, il ne me paraît pas qu'il soit trop surprenant que ces renonciations aient été signées par l'acheteur des biens et droits du vendeur puisque cet acheteur, dont certains de ses intéressés avaient des intérêts dans la mise en cause, est celui-là même qui a continué les opérations du vendeur et qui a dû en récolter les profits.

La défenderesse tente de se prévaloir des dispositions de la vente en bloc pour étayer sa position. Je ne vois pas, d'abord, comment la vente en bloc peut aider à la défenderesse. D'abord il fut souvent décidé que les Art. 1569 C. C. et suivants du Code civil (la vente en bloc) ne s'appliquent pas à la vente en bloc d'un fonds de commerce dont l'acheteur se charge de payer les dettes et les dispositions de ces articles ne s'adoptent pas au cas d'une vente de

of assuming the liabilities, as we have here. See *D'amours v. Darveau* [1933] S.C.R. 503 at page 506, and *Mathieu v. Martin* [1922] R.L.N.S. 111. Then, as will be seen below, the terms themselves of clause two of the agreement do not limit creditors to those who were known when the agreement was signed. As we have seen, defendant sought to argue that it intended to commit itself, and in fact did commit itself, only to paying those debts which existed or were known at the date of the agreement. I feel, however, that it is attempting here to introduce a distinction into clause two of the agreement which is not there. In fact, this clause clearly states that defendant (i.e. the purchaser)

... does ...

(a) assume and undertake to pay and discharge *all the debts and obligations of the Vendor of every kind and sort whatsoever including any liability for income and corporation taxes incurred prior to January 1, 1965, except as may arise under section 138A of the Income Tax Act, but excluding the obligations enumerated in Schedule B annexed hereto to form part hereof and which obligations are not assumed by the Purchaser, the Purchaser undertaking to fulfil all contracts, understandings and obligations of every sort and nature of the Vendor (save those relating to the excepted obligations enumerated in Schedule B) and the Purchaser will indemnify and protect the Vendor against all responsibility, proceedings, claims and demands relating thereto.* (The italics are mine.)

This clause seems quite clear, and I feel that apart from the exclusion made for a tax debt falling under s. 138A, namely one which is connected with dividend stripping, defendant voluntarily assumed all the tax liabilities of the mise en cause, without restriction. I do not feel it is even necessary to inquire whether or not Simard-Beaudry Inc. realized the extent of the vendor's tax obligations. The letter of December 14, 1964, from the auditors for the mise en cause (Exhibit P-6), clearly indicates at this date that its tax obligations for 1953 and subsequent years could be augmented, since it states that:

The provincial authorities are in the process of making an examination of the income tax returns for the years from 1953 onward and *the additional taxes, if any, which may result from this examination can not be determined at this date.* (The italics are mine.)

l'actif à charge du passif comme nous avons ici. Cf. *D'amours c. Darveau* [1933] R.C.S. 503 à la page 506, et *Mathieu c. Martin* [1922] R.L.N.S. 111. Et ensuite, comme nous le verrons ci-après, les termes mêmes de la clause 2 de la convention ne restreignent pas les créanciers à ceux qui étaient connus au moment de sa signature. La défenderesse a voulu, comme nous l'avons vu, soutenir qu'elle n'a voulu s'engager et ne s'est en fait engagée à payer que les dettes qui existaient ou qui étaient connues à la date de la convention. Il me paraît cependant qu'elle tente ici d'introduire dans la clause 2 de la convention une distinction qui n'existe pas. En effet, cette clause dit bien que la défenderesse (soit l'acheteur)

... par les présentes ...

[TRADUCTION] a) assume et s'engage à payer et à acquitter *toutes les dettes et obligations du vendeur quelles qu'elles soient y compris toute obligation pour l'impôt sur le revenu et l'impôt sur les corporations contractée avant le 1^{er} janvier 1965, exception faite d'une obligation qui naîtrait en vertu de l'article 138A de la Loi, de l'impôt sur le revenu; toutefois il exclut les obligations énumérées à l'annexe B ci-jointe, qui fait partie de la présente convention, obligations que l'acheteur n'assume pas puisqu'il s'engage à remplir tous les contrats, accords et obligations du vendeur quels qu'ils soient (sauf ceux se rapportant aux obligations exclues énumérées à l'annexe B) et l'acheteur indemnise et protège le vendeur de toutes responsabilités, poursuites, réclamations et requêtes s'y rapportant.* (Les italiques sont de moi.)

Cette clause me paraît, en effet, claire et il me semble qu'à part l'exclusion prévue pour une dette fiscale provenant de l'art. 138A, soit celui qui a trait au dépouillement de dividendes, la défenderesse a volontairement assumé tout le passif fiscal sans restriction aucune de la mise en cause. Il ne me paraît pas qu'il soit même nécessaire de se demander si Simard-Beaudry Inc. a connu ou non l'étendue des obligations fiscales de son vendeur. La lettre des auditeurs de la mise en cause, du 14 décembre 1964 (pièce P-6), indique bien qu'à cette date ses obligations fiscales pouvaient s'accroître pour les années 1953 et suivantes puisque l'on y disait que:

[TRADUCTION] Les autorités provinciales sont en train d'examiner les déclarations d'impôt sur le revenu des années 1953 et suivantes et, *pour l'instant, on ne peut déterminer les impôts supplémentaires qui pourraient découler de cet examen.* (Les italiques sont de moi.)

Moreover, having purchased the vendor's rights and assets, it was only normal for it to assume its obligations, and if necessary indemnify it and even protect it from any liability, as it undertook to do in clause two of the agreement.

Accordingly, defendant² shall pay the plaintiff the sum of \$1,048,371.39 with interest and costs.

Ayant, d'autre part, acheté les actifs et les droits de son vendeur, il n'était que normal qu'elle, en assume les obligations et qu'au besoin elle l'indemnise et le protège même de toute responsabilité, comme elle s'est engagée à le faire à la clause 2 de la convention.

La défenderesse devra, par conséquent, payer à la demanderesse la somme de \$1,048,-371.39 avec intérêt et les dépens.

¹ The section which deals with dividend stripping.

² 46. (4) The Minister may at any time assess tax, interest or penalties under this Part or notify in writing any person by whom a return of income for a taxation year has been filed that no tax is payable for the taxation year, and may

- (a) at any time, if the taxpayer or person filing the return
- (i) has made any misrepresentation or committed any fraud in filing the return or in supplying any information under this Act, or
 - (ii) has filed with the Minister a waiver in prescribed form within 4 years from the day of mailing of a notice of an original assessment or of a notification that no tax is payable for a taxation year,

re-assess or make additional assessments, or assess tax, interest or penalties under this Part, as the circumstances require.

¹ Article traitant du dépouillement de dividendes.

² 46. (4) Le Ministre peut, à toute époque, répartir des impôts, intérêts ou pénalités aux termes de la présente Partie, ou donner avis par écrit, à toute personne qui a produit une déclaration de revenu pour une année d'imposition, qu'aucun impôt n'est payable pour l'année d'imposition, et peut,

- a) à toute époque, si le contribuable ou la personne produisant la déclaration
- (i) a fait une présentation erronée ou a commis quelque fraude en produisant la déclaration ou fournissant quelque renseignement sous le régime de la présente loi, ou
 - (ii) a produit auprès du Ministre une renonciation, en la forme prescrite, dans un délai de 4 ans à compter de l'expédition par la poste d'un avis de première cotisation ou d'une notification portant qu'aucun impôt n'est payable pour une année d'imposition,

procéder à de nouvelles cotisations ou en établir de supplémentaires, ou répartir des impôts, intérêts ou pénalités aux termes de la présente Partie, selon que les circonstances l'exigent.

Amelia Rose (Appellant)

v.

Minister of National Revenue (Respondent)

Trial Division, Collier J.—Toronto, October 14 and 15; Ottawa, November 10, 1971.

Income tax—Personal corporations—Company silent partner in apartment management business—Whether a “personal corporation”—Income Tax Act, secs. 67(1), 68(1)(c).

Mrs. Rose was the controlling shareholder of a company that was a silent partner in a partnership of eight companies. In 1965 and 1966 these companies carried on an active business of managing a number of apartment buildings in Toronto.

Held, since Mrs. Rose's company did not itself carry on an active business in 1965 and 1966, it was a “personal corporation” within the definition of s. 68 of the *Income Tax Act* and its income for those years must therefore be deemed to have been distributed to its shareholders as provided by s. 67(1).

INCOME tax appeal.

W. D. Goodman, Q.C. and F. Cappell for appellant.

L. R. Olsson and J. S. Gill for respondent.

COLLIER J.—This is an appeal by the appellant from two assessments by the respondent Minister in respect to her income for the years 1965 and 1966. The Minister included in the computation of the appellant's income the sum of \$33,911.28 for the year 1965 and the sum of \$111,993.66 for the year 1966 on the basis that these amounts were deemed to have been distributed to and received by the appellant as a shareholder of a personal corporation pursuant to s. 67(1) of the *Income Tax Act*¹. Her personal income tax levied for those years was accordingly increased.

The appellant was a shareholder in a company called “Amrose Enterprises Ltd.” (I shall hereafter refer to it as “Amrose”).

I set out here the definition of “personal corporation” as it appears in s. 68(1) of the *Income Tax Act*.

Amelia Rose (Appelante)

c.

Le ministre du Revenu national (Intimé)

Division de première instance. Le juge Collier—Toronto, les 14 et 15 octobre; Ottawa, le 10 novembre 1971.

Impôt sur le revenu—Corporations personnelles—Compagnie commanditaire dans une entreprise de gestion d'appartements—Est-ce une «corporation personnelle»—Loi de l'impôt sur le revenu, arts. 67(1), 68(1)c).

M^{me} Rose était actionnaire majoritaire d'une compagnie qui était commanditaire d'une société formée de huit compagnies. En 1965 et 1966, ces compagnies s'occupaient activement d'une entreprise de gestion d'un certain nombre d'immeubles à Toronto.

Arrêt: Étant donné qu'en 1965 et 1966, la compagnie de M^{me} Rose n'exploitait pas elle-même activement une entreprise, c'était une «corporation personnelle» en vertu de la définition de l'art. 68 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et, par conséquent, on doit estimer que son revenu pour les années en question a été distribué à ses actionnaires comme le prévoit l'art. 67(1).

APPEL de l'impôt sur le revenu.

W. D. Goodman, c.r. et F. Cappell pour l'appelante.

L. R. Olsson et J. S. Gill pour l'intimé.

LE JUGE COLLIER—Il s'agit en l'espèce d'un appel interjeté par l'appelante des deux cotisations établies par le Ministre intimé pour son revenu des années 1965 et 1966. Dans le calcul du revenu de l'appelante, le Ministre a inclus la somme de \$33,911.28 pour l'année 1965 et la somme de \$111,993.66 pour l'année 1966 au motif que ces montants étaient censés avoir été distribués à l'appelante en sa qualité d'actionnaire d'une corporation personnelle conformément à l'art. 67(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ et reçus par celle-ci. Le montant de ses impôts personnels sur le revenu, prélevé pour lesdites années fut augmenté en conséquence.

L'appelante était actionnaire d'une compagnie appelée «Amrose Enterprises Ltd.» (dans la suite des motifs, je la désignerai sous le nom d'«Amrose»).

Je cite ci-dessous la définition que donne l'art. 68(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* d'une «corporation personnelle».

68. (1) In this Act, a "personal corporation" means a corporation that, during the whole of the taxation year in respect of which the expression is being applied,

(a) was controlled, whether through holding a majority of the shares of the corporation or in any other manner whatsoever, by an individual resident in Canada, by such an individual and one or more members of his family who were resident in Canada or by any other person on his or their behalf;

(b) derived at least one-quarter of its income from

(i) ownership of or trading or dealing in bonds, shares, debentures, mortgages, hypothecs, bills, notes or other similar property or an interest therein,

(ii) lending money with or without securities,

(iii) rents, hire of chattels, charterparty fees or remunerations, annuities, royalties, interest or dividends, or

(iv) estates or trusts; and

(c) did not carry on an active financial, commercial or industrial business.

Counsel for the appellant agrees that in the years in question Amrose fell within paragraphs (a) and (b) of the subsection. The dispute here is in respect to par. (c). The appellant contends Amrose *did* carry on an active commercial business in 1965 and 1966; the Minister takes the opposite view.

An outline of the facts is necessary.

Prior to the spring of 1965 Webb & Knapp (Canada) Ltd. had substantially constructed a large apartment building complex in the city of Toronto known as Flemingdon Park. There were eight buildings and a total of approximately 880 suites. Webb & Knapp (Canada) Ltd. appeared to be in financial difficulties and two families, the Reichmann family and the Oelbaum family decided to acquire a controlling interest in the apartment complex.

In the evidence, these two families were referred to as "The Oelbaum Group" and the "Reichmann Group". The Oelbaum Group was comprised of eight family companies, as follows: Amrose Enterprises Ltd., Adro Ltd., Mirican Enterprises Ltd., Marnette Investments Ltd., Debcan Investments Ltd., Juron Enterprises Ltd., Mirmark Enterprises Ltd. and Kosim Enterprises Ltd.

68. (1) Dans la présente loi, l'expression «corporation personnelle» signifie une corporation qui, pendant la totalité de l'année d'imposition à l'égard de laquelle l'expression s'applique,

a) était contrôlée, soit au moyen d'une majorité des actions de la corporation soit de toute autre manière, par un particulier résidant au Canada, ou par un tel particulier et un ou plusieurs membres de sa famille qui résidaient au Canada, ou par toute autre personne agissant en son nom ou au nom desdits membres;

b) retirait au moins un quart de son revenu

(i) de la propriété, ou du négoce ou trafic des obligations, actions, débetures, mortgages, hypothèques, effets, billets ou autres biens semblables ou d'un intérêt dans les susdits,

(ii) du prêt d'argent avec ou sans garantie,

(iii) de loyers, louage d'effets mobiliers, droits ou rémunérations de chartes-parties, annuités, redevances, intérêts ou dividendes, ou

(iv) de successions ou fiducies; et

c) qui n'exploitait pas activement une entreprise financière, commerciale ou industrielle.

L'avocat de l'appelante admet que pendant les années en question, les activités d'Amrose relevaient des définitions des al. a) et b) de ce paragraphe. En l'espèce, le litige porte sur l'al. c). L'appelante soutient qu'*en fait*, l'Amrose exploitait activement, en 1965 et 1966, une entreprise commerciale; le Ministre soutient le contraire.

Un exposé général des faits est nécessaire.

Avant le printemps 1965, la Webb & Knapp (Canada) Ltd. avait considérablement avancé la construction d'un vaste ensemble immobilier situé à Toronto et désigné sous le nom de Flemingdon Park. Il était formé de huit bâtiments et comptait environ 880 appartements. La Webb & Knapp (Canada) Ltd. semblait avoir des difficultés financières et deux familles, les Reichmann et les Oelbaum décidèrent d'acquérir une participation majoritaire dans l'ensemble immobilier.

Dans la preuve, on appelle respectivement, les deux familles en question «Le groupe Oelbaum» et le «groupe Reichmann». Le groupe Oelbaum comprenait les huit compagnies familiales suivantes: Amrose Enterprises Ltd., Adro Ltd., Mirican Enterprises Ltd., Marnette Investments Ltd., Debcan Investments Ltd., Juron Enterprises Ltd., Mirmark Enterprises Ltd. et Kosim Enterprises Ltd.

The principals in each of these companies were as follows: Amrose—the appellant Amelia Rose, an Oelbaum; Adro—Barrie Rose, husband of the appellant; Mirican—Annette Cohen, one of the Oelbaum family; Marnette—Marshall Cohen, husband of Annette; Juron—Ronald Oelbaum; Debcan—the wife of Ronald Oelbaum; Mirmark—Judith Oelbaum; and Kosim—two female members of the Oelbaum family.

In the years 1965 and 1966 Barrie Rose's principal occupation was with Acme Paper Products Ltd. as was Ronald Oelbaum's. Marshall Cohen's principal occupation in the years in question was the practice of law.

The Reichmann Group, for the purposes of this judgment, consisted of Albert Reichmann, Paul Reichmann and Ralph Reichmann. The main occupation of Albert and Paul was in the business of a company called Olympia & York Developments (1964) Ltd. Ralph Reichmann was apparently not very active.

In the purchase of an interest in Flemingdon Park, the Reichmann Group primarily acted through a company called S. Reichmann & Sons Ltd., and in the early transactions, this company acted on behalf of the Oelbaum Group as well.

In the spring of 1965 a purchase agreement was made with Webb & Knapp (Canada) Ltd. (Ex. 3). The agreement provided a company would be formed in which Webb & Knapp held 50% of the shares (these were non-voting shares) and the Oelbaum and Reichmann Groups held the other 50%. Ultimately the company was formed under the name Central Park Estates Ltd. Exhibit 3 provided that Central Park Estates Ltd. could enter into certain management and development agreements, which I shall refer to later. The directors of Central Park Estates Ltd. were the three Reichmanns, and Barrie Rose, Ronald Oelbaum and Marshall Cohen, representing the Oelbaum Group.

Les dirigeants de chacune de ces compagnies étaient les suivants: pour l'Amrose—l'appellante, Amelia Rose, une Oelbaum; pour l'Adro—Barrie Rose, mari de l'appellante; pour la Mirican—Annette Cohen, membre de la famille Oelbaum; pour la Marnette—Marshall Cohen, mari d'Annette; pour la Juron—Ronald Oelbaum; pour la Debcan—la femme de Ronald Oelbaum; pour la Mirmark—Judith Oelbaum; et pour la Kosim—deux femmes membres de la famille Oelbaum.

En 1965 et 1966, la principale occupation de M. Barrie Rose ainsi que celle de M. Ronald Oelbaum fut de gérer l'Acme Paper Products Ltd. Pendant les années en question, la principale occupation de M. Marshall Cohen fut la pratique du droit.

Aux fins du présent jugement, MM. Albert Reichmann, Paul Reichmann et Ralph Reichmann formaient le groupe Reichmann. Les affaires d'une compagnie appelée Olympia & York Developments (1964) Ltd. constituaient la principale occupation d'Albert et de Paul. Apparemment, M. Ralph Reichmann était assez inactif.

Lors de l'achat d'une participation dans la Flemingdon Park, le groupe Reichmann agit principalement par l'intermédiaire d'une compagnie appelée S. Reichmann & Sons Ltd. et, lors des premières transactions, cette compagnie opéra aussi au nom du groupe Oelbaum.

Au printemps 1965, une convention d'achat fut passée avec la Webb & Knapp (Canada) Ltd. (P. 3). La convention prévoyait la formation d'une compagnie dans laquelle la Webb & Knapp détiendrait 50% des actions (il s'agissait d'actions sans droit de vote) et les groupes Oelbaum et Reichmann détiendraient les 50% restant. En fin de compte, ils constituèrent une compagnie sous le nom de Central Park Estates Ltd. La pièce 3 précisait que la Central Park Estates Ltd. pourrait passer certains accords de gestion et d'aménagement que j'étudierai plus tard. Trois Reichmann et MM. Barrie Rose, Ronald Oelbaum et Marshall Cohen, représentant le groupe Oelbaum, furent nommés administrateurs de la Central Park Estates Limited.

I do not think it necessary to refer to the financial arrangements for the purchase, other than to say they were ultimately completed.

In an agreement setting out the interests of the Reichmann Group and the Oelbaum Group (Ex. 4, dated May 3, 1965) paragraph 6 provided in part:

6. A new partnership will be established to conduct the management of various finished buildings situate in Flemingdon Park as contemplated in the Management Agreement. This partnership will be owned again fifty per cent by the Reichmanns and fifty per cent by the Oelbaums . . .

A further agreement dated June 28, 1965 provided, in part, that Central Park Estates Ltd. could employ the Reichmann and Oelbaum Groups to manage the apartment project and fees equal to the going rates charged by reputable property managers in the city of Toronto would be paid. This agreement went on to provide that Central Park Estates Ltd. could employ any other company or partnership to manage the property, even though shareholders, officers or directors of Central Park Estates Ltd. might have an interest in the company or partnership so employed.

Still another agreement dated June 23, 1965 was introduced in evidence as Ex. 8. It set out the relationship between Central Park Estates Ltd. and the various other companies involved, including the Oelbaum companies. Article VI provided that a new partnership, known as Central Park Management Co. would be established, owned 50% by the Reichmann Group and 50% by the Oelbaum Group, and all rights of management under the prior agreements would be assigned to the partnership.

In describing the various documents earlier referred to, I have endeavoured to summarize those portions I deem relevant to this appeal and I have substituted, where necessary, names of companies that were ultimately used, though those names were not used in the particular agreement.

To summarize and amplify somewhat, at this point:

Je n'estime pas nécessaire de mentionner les dispositions financières de l'achat autrement que pour dire qu'elles furent finalement ratifiées.

Voici un extrait de l'alinéa 6 d'une convention indiquant les participations respectives du groupe Reichmann et du groupe Oelbaum (P. 4, datée du 3 mai 1965):

[TRADUCTION] 6. Une nouvelle société sera formée pour gérer les différents bâtiments achevés qui sont situés dans Flemingdon Park comme prévu dans la convention de gestion. Les Reichmann détiendront 50% des actions de la société et les Oelbaum, 50% . . .

Une autre convention, datée du 28 juin 1965, prévoyait, entre autres, que la Central Park Estates Ltd. pourrait employer les groupes Reichmann et Oelbaum pour gérer le projet d'appartements et qu'on leur verserait des honoraires comparables à ceux en vigueur et demandés par les administrateurs de biens confirmés à Toronto. Cette convention prévoyait en outre que la Central Park Estates Ltd. pouvait employer toute autre compagnie ou société pour gérer la propriété et, même si les actionnaires, les dirigeants ou administrateurs de la Central Park Estates Ltd. avaient une participation dans la compagnie ou la société ainsi employée.

Une autre convention datée du 23 juin 1965 fut apportée en preuve sous la cote P. 8. Elle précisait les rapports entre la Central Park Estates Ltd. et les diverses autres compagnies impliquées, y compris les compagnies Oelbaum. La clause VI prévoyait la création d'une nouvelle société appelée Central Park Management Co., dont 50% des parts seraient détenues par le groupe Reichmann et 50% par le groupe Oelbaum, et à laquelle seraient transférés tous les droits de gestion définis dans les conventions précédentes.

Pour présenter les divers documents susmentionnés, je me suis efforcé de résumer les parties que j'estime pertinentes en l'espèce et, lorsque c'était nécessaire, j'ai substitué les noms des compagnies qui furent finalement utilisés bien que ces noms ne l'aient pas été dans cette convention particulière.

Maintenant, résumons et récapitulons un peu:

1. The Reichmann and Oelbaum Groups acquired, through Central Park Estates Ltd., control of Flemingdon Park.

2. The Oelbaum Group of family companies held a 25% interest in Central Park Estates Ltd.; the Reichmann companies held 25%; Webb & Knapp (Canada) Ltd. held 50%, but had no voting powers.

3. The directors of Central Park Estates Ltd. were at all times Paul Reichmann, Albert Reichmann, Ralph Reichmann, Barrie D. Rose, Ronald Oelbaum and Marshall A. Cohen.

4. The Directors were not entitled to any remuneration from Central Park Estates Ltd. (It should be noted that certain of the Oelbaum family companies had no direct representation on the Board, for example, Mirmark and Kosim).

5. A partnership to manage the project was contemplated.

For some time after these agreements were entered into, Central Park Estates Ltd. itself managed the property. It employed approximately twenty-five people; twenty-two were engaged in various maintenance and service functions; five were full-time people: the apartment complex supervisor, two bookkeepers and two clerks. Most of these employees had been taken over from Webb & Knapp (Canada) Ltd.

Barrie Rose, the main witness on behalf of the appellant, testified that Central Park Estates Ltd. managed the property up to November 1965 through what he termed an "Executive Committee". This Committee consisted of the two active Reichmann brothers, Ronald Oelbaum, Marshall Cohen and himself (the active directors of Central Park Estates Ltd.). I accept Mr. Rose's evidence that this Committee met as required, perhaps once a week, although the business appears to me to have been done informally. Mr. Rose estimated he spent approximately ten hours a week on these matters. The members of the Executive Committee were not paid for their services. The detailed work in respect to the management and maintenance of the apartment complex was done by the

1. Les groupes Reichmann et Oelbaum prirent, par l'intermédiaire de la Central Park Estates Ltd., la direction de la Flemingdon Park.

2. Le groupe des compagnies familiales Oelbaum détenait une part de 25% dans la Central Park Estates Ltd.; les compagnies Reichmann 25%; la Webb & Knapp (Canada) Ltd. détenait 50% mais n'avait pas le droit de vote.

3. Les administrateurs de la Central Park Estates Ltd. furent en tout temps MM. Paul Reichmann, Albert Reichmann, Ralph Reichmann, Barrie D. Rose, Ronald Oelbaum et Marshall A. Cohen.

4. Les administrateurs n'étaient pas rétribués par la Central Park Estates Ltd. (Il faut remarquer que certaines des compagnies familiales Oelbaum n'avaient pas de représentants directs au conseil d'administration, par exemple, la Mirmark et la Kosim).

5. Ils envisageaient de créer une société pour gérer l'entreprise.

Pendant la période qui suivit la conclusion de ces conventions, la Central Park Estates Ltd. géra elle-même les biens. Elle employait environ vingt-cinq personnes; vingt-deux s'occupaient des différents travaux d'entretien et de service; cinq étaient employés à temps plein: le gardien de l'ensemble immobilier, deux comptables et deux commis. La plupart de ces employés venaient de la Webb & Knapp (Canada) Ltd.

Selon le témoignage de M. Barrie Rose, le principal témoin au nom de l'appelante, la Central Park Estates Ltd. géra les biens jusqu'en novembre 1965 par l'intermédiaire de ce qu'il appela un «comité exécutif». Ce comité était composé des deux frères Reichmann qui s'intéressaient activement à l'entreprise, de M. Ronald Oelbaum, M. Marshall A. Cohen et lui-même (les administrateurs de la Central Park Estates Ltd. qui s'intéressaient activement à l'entreprise). J'accepte le témoignage de M. Rose selon lequel ce comité se réunissait, comme l'exige les statuts, peut-être une fois par semaine, bien que, les affaires, me semble-t-il, aient été traitées sans formalités. M. Rose évalua à environ dix heures par semaine le temps consacré à ces problèmes. Les membres

employees of Central Park Estates Ltd., formerly, as I have said, employees of Webb & Knapp (Canada) Ltd.

In November of 1965 a formal partnership agreement was drawn up. There were nine partners: the Reichmanns (Reichmann Realty Ltd.) and the eight Oelbaum family companies. The name of the partnership was Central Park Management Co. and its alleged purpose was to conduct and carry on the business of managing and administering apartment buildings. The agreement is dated November 1, 1965.

By an agreement, ostensibly dated the same day, Central Park Estates Ltd. agreed to retain the partnership as manager of the apartment complex for a fee of 5% of gross rental receipts. Mr. Rose was not positive that all parties signed this agreement or the partnership agreement on the date in question: he was reasonably sure that Amrose and Adro had.

In fact this management contract did not obtain formal approval in the minutes of the Board of Directors of Central Park Estates Ltd. until May 31, 1966, at which time the controlling interest held by the company had been or was about to be sold. As Mr. Goodman for the appellant pointed out, this does not necessarily mean a contract had not been entered into before that date.

Mr. Olsson, counsel for the Minister also pointed out that it was not until June 1, 1967, almost a year after the controlling interest was sold and long after the principals had any part in management that an amending agreement was signed by all the parties in their various capacities, whereby S. Reichmann & Sons Ltd., who under the original agreements held the management rights, formally assigned those rights to the members of the partnership in the percentages agreed upon.

After the formation of the partnership, the direction or management of the property was in fact carried on by the same five individuals who

du comité exécutif n'étaient pas payés pour leur service. L'exécution des travaux de gestion et d'entretien de l'ensemble immobilier était confiée aux employés de la Central Park Estates Ltd., ex-employés de la Webb & Knapp (Canada) Ltd., comme je l'ai déjà dit.

En novembre 1965, un contrat de société en règle fut rédigé. Il y avait neuf associés: les Reichmann (Reichmann Realty Ltd.) et les huit compagnies familiales Oelbaum. La société, dont l'objet prétendu était la direction et la poursuite de l'entreprise de gestion et d'administration des immeubles, fut dénommée la Central Park Management Co. Le contrat porte la date du 1^{er} novembre 1965.

Par une convention ostensiblement datée du même jour, la Central Park Estates Ltd. acceptait que la société reste gérante de l'ensemble immobilier moyennant un droit de 5% des recettes locatives brutes. M. Rose n'était pas certain que toutes les parties signèrent cette convention ou le contrat de société à la date en question: il avait raison de croire que l'Amrose et l'Adro avaient signé.

En fait, il n'y a pas trace d'approbation formelle de ce contrat de gestion dans les procès-verbaux du conseil d'administration de la Central Park Estates Ltd. avant le 31 mai 1966, date à laquelle la participation majoritaire détenue par la compagnie avait été cédée ou était sur le point de l'être. Mais comme le souligne M. Goodman, représentant de l'appelante, ceci ne signifie pas nécessairement qu'un contrat ne fut pas signé avant cette date.

M. Olsson, avocat du Ministre, souligna en outre le point suivant. Ce ne fut qu'au 1^{er} juin 1967, soit jusqu'un an après la cession de la participation majoritaire et longtemps après le retrait des dirigeants de la gestion, qu'une convention modificative fut signée par toutes les parties en leur qualité. Cette convention prévoyait que la S. Reichmann & Sons Ltd., qui, aux termes des premières conventions, détenait les droits de gestion, les attribuait en due forme aux membres de la société selon les pourcentages convenus.

Après la création de la société, le contrôle ou la gestion des biens resta en fait aux mains des cinq mêmes personnes qui composaient l'ex-

composed the former Executive Committee. They met as before, although not as frequently. The four senior employees, previously mentioned, (the superintendent, two bookkeepers and a clerk) were transferred to the payroll of the partnership, but the remainder of the employees continued on the payroll of Central Park Estates Ltd. Mr. Rose testified management was conducted from offices leased by the partnership from one of the Reichmann companies, whereas formerly an office had been maintained at the apartment complex itself.

The evidence was very vague as to whether there was any separate telephone number for the partnership itself, or whether the tenants knew these management services were being provided by a new entity. Some of the invoices referred to at trial indicated that suppliers billed not only Central Park Management Co., but at times Central Park Estates Ltd. or Flemingdon Park Holdings Ltd., an affiliate of Webb & Knapp (Canada) Ltd.

My impression of the evidence is that the ordering of supplies and payment of accounts fundamentally went on as before, although new bank accounts had been created in the name of the partnership.

According to its financial statements there was a profit of \$2,359.05 for the fiscal year ending November 30, 1965 and \$21,931.42 for the fiscal year ending November 30, 1966. These net profits were distributed to the various members of Central Management Co. in the proportions set out in the management agreement (Ex. 10).

The partnership ceased to operate in the summer of 1966 when Central Park Estates Ltd. sold its controlling interest. It was formally discontinued in 1969.

The appellant's position in argument is as follows:

1. The management of the apartment complex was an active commercial endeavour.

comité exécutif. Bien qu'ils se réunissent comme avant, les réunions étaient moins fréquentes. On transféra les salaires des quatre employés susmentionnés ayant les grades les plus élevés, (le surintendant, les deux comptables et le commis) sur la feuille de paie de la société, mais on laissa les salaires des autres employés sur la feuille de paie de la Central Park Estates Ltd. Selon le témoignage de M. Rose, les travaux de gestion étaient effectués dans des bureaux loués par la société à l'une des compagnies Reichmann, alors qu'auparavant, il y avait un bureau dans l'ensemble immobilier lui-même.

Mais pour ce qui est de savoir s'il y avait un numéro de téléphone distinct pour la société elle-même ou si les locataires savaient que le service de gestion était assuré par une nouvelle entité, la preuve demeura très vague. Certaines des factures mentionnées au procès indiquaient que les fournisseurs facturaient non seulement au nom de la Central Park Management Co., mais aussi parfois à celui de la Central Park Estates Ltd. ou Flemingdon Park Holdings Ltd., filiale de la Webb & Knapp (Canada) Ltd.

La preuve me donne l'impression que les commandes de fourniture et le paiement des comptes continuèrent à se faire généralement selon la pratique antérieure bien que de nouveaux comptes bancaires aient été ouverts au nom de la société.

Ses états financiers indiquent que, pour l'année fiscale se terminant le 30 novembre 1965, les bénéfices s'élevaient à \$2,359.05 et pour l'année fiscale se terminant le 30 novembre 1966, à \$21,931.42. Ces bénéfices nets furent distribués aux différents membres de la Central Management Co. selon les pourcentages prévus dans la convention de gestion (P. 10).

La société cessa de fonctionner durant l'été 1966 lorsque la Central Park Estates Ltd. vendit sa participation majoritaire. Elle fut dissoute en bonne et due forme en 1969.

En l'espèce, la position de l'appelante est la suivante:

1. La gestion de l'ensemble immobilier était une tentative commerciale active.

2. Central Park Management Co. was a partnership in fact and in law and carried on an "active commercial business".

3. Amrose, as one of the members of the partnership therefore carried on an active commercial business.

Counsel for the Minister argued that the evidence as to the existence of an actual partnership or management organization separate and apart from Central Park Estates Ltd. (in effect, the owner), was inconclusive. He further contended that if there were an active commercial business carried on by anyone it was not carried on by Amrose. Other arguments were raised by counsel for the Minister, but in view of the conclusion I have come to, I do not think it necessary to deal with them.

No doubt the Oelbaum and Reichmann Groups, from the early stages in 1965, contemplated the possibility of a partnership being formed to manage the apartment properties, even if its main usefulness might at some stage be for tax-saving benefits. I shall assume that a partnership, in fact, was formed which included Amrose and these other family companies and that the partnership carried on in the fiscal years 1965 and 1966, a small commercial business sufficient for it to be characterized as active rather than inactive or passive.

What was the situation in respect to Amrose? Mr. Rose, in answer to a question, agreed the only thing Amrose itself did in respect to the management of the apartment complex was to join the partnership.

In my view the real question is not whether Central Park Management Co. carried on an active commercial business, but whether Amrose did within the meaning of s. 68(1)(c). On the evidence, I find that Amrose did not.

None of the shareholders in Amrose had anything to do with the management of the complex. Admittedly the appellant's husband did contribute to the activities of the partnership, but he personally was not a shareholder in Amrose. He was unsure whether or not he was an officer of Amrose in 1965, and he conceded he may not have been an officer until May of

2. La Central Park Management Co. était une société en fait et en droit et exploitait «active-ment une entreprise commerciale».

3. L'Amrose, en qualité de membre de la société, exploitait par conséquent activement une entreprise commerciale.

Selon l'avocat du Ministre, la preuve de l'existence d'une société réelle ou d'une organisation de gestion séparée et distincte de la Central Park Estates Ltd. (propriétaire de fait) n'était pas décisive. Il affirma en outre que s'il y avait une entreprise commerciale active exploitée par quelqu'un, ce n'était pas par l'Amrose. L'avocat du Ministre souleva d'autres arguments, mais compte tenu de la conclusion à laquelle je suis arrivé, je ne pense pas qu'il soit nécessaire de les étudier.

Il ne fait aucun doute que, dès le début en 1965, les groupes Oelbaum et Reichmann envisagèrent la possibilité de constituer une société pour gérer les immeubles, même si, à un certain degré, elle pouvait avoir pour principale utilité de faire obtenir des dégrèvements d'impôts. Je suppose qu'en fait, ils constituèrent une société incluant l'Amrose et les autres compagnies familiales et que, pendant les années financières 1965 et 1966, la société exploita une petite entreprise commerciale suffisante pour qu'on la considère comme active plutôt qu'inactive ou passive.

Quelle était la situation de l'Amrose? En répondant à une question, M. Rose admit que la seule chose faite par l'Amrose elle-même pour la gestion de l'ensemble immobilier fut de se joindre à la société.

A mon avis, la vraie question n'est pas de savoir si la Central Park Management Co. exploitait activement une entreprise commerciale, mais de savoir si les activités de l'Amrose entraient dans le cadre de l'art. 68(1)(c). D'après la preuve, je juge qu'il n'en est rien.

Aucun des actionnaires de l'Amrose n'avait à voir avec la gestion de l'ensemble. Il a été admis que le mari de l'appelante participa aux activités de la société, mais il n'était pas personnellement actionnaire de l'Amrose. Il n'était pas sûr d'être dirigeant de l'Amrose en 1965 et il admit qu'il n'avait peut-être pas été dirigeant avant mai 1966. Sa compagnie familiale, l'Adro, était

1966. His family company, Adro, was a shareholder. Mr. Rose was personally paid some salary by Amrose in 1965 and 1966, but this remuneration, in my view, was primarily for services to Amrose other than those relating to his contribution to the management of the apartment complex.

I do not think the activities of the appellant's husband and Adro confer any different status on Amrose within the meaning of s. 68(1)(c) of the *Income Tax Act*.

The mere fact that by virtue of the partnership agreement and under the law of Ontario and other common law jurisdictions Amrose subjected itself to the liability of an individual partner (for example, to third persons) does not to me convert Amrose from an inactive commercial business to an active one.

A number of cases were cited including *Stekl v. M.N.R.* [1956-60] Ex.C.R. 376, *Finning v. M.N.R.* [1961] Ex.C.R. 403 and *Larry Smith v. M.N.R.* [1970] D.T.C. 6344. The latter two in particular considered par. (c) of s. 68(1). As I read them, their outcome largely depended on their particular facts, as I think the outcome here must depend primarily on the particular facts.

The appeal is dismissed with costs.

¹67. (1) The income of a personal corporation whether actually distributed or not shall be deemed to have been distributed to, and received by, the shareholders as a dividend on the last day of each taxation year of the corporation.

....

actionnaire. M. Rose reçut personnellement des appointements versés par l'Amrose en 1965 et 1966, mais, à mon avis, ces appointements correspondaient principalement à des services rendus à l'Amrose autres que sa contribution à la gestion de l'ensemble immobilier.

Je ne pense pas que les activités du mari de l'appelante et de l'Adro confèrent un statut différent à l'Amrose au sens de l'art. 68(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le simple fait qu'en vertu du contrat de société, du droit de l'Ontario et d'autres juridictions de *common law*, l'Amrose se soit elle-même donnée la responsabilité d'un associé (par exemple envers les tiers) ne la transforme pas, à mon avis, d'une entreprise commerciale inactive en une entreprise active.

Un certain nombre d'affaires furent citées y compris *Stekl c. M.R.N.* [1956-60] R.C.É. 376, *Finning c. M.R.N.* [1961] R.C.É. 403 et *Larry Smith c. M.R.N.* [1970] D.T.C. 6344. Les deux dernières, en particulier, prenaient en considération l'al. c) de l'art. 68(1). Après les avoir lues, j'estime que leur conclusion dépendait principalement des faits particuliers de chaque espèce, de même je pense que la solution en l'espèce doit dépendre principalement des faits particuliers.

L'appel est rejeté avec dépens.

¹67. (1) Le revenu d'une corporation personnelle, qu'il soit effectivement distribué ou non, est censé avoir été distribué aux actionnaires et reçu par ceux-ci à titre de dividende le dernier jour de chaque année d'imposition de la corporation.

....

Norman Danard (Suppliant)

v.

The Queen (Respondent)

Trial Division, Dumoulin J.—Vancouver, May 10; Ottawa, July 13, 1971.

Crown—Tort—Personal injuries of prison inmate—Hazardous task performed on orders of guard—Liability of Crown.

A penitentiary inmate in British Columbia suffered personal injuries when he fell down a steep grassy slope which was slippery from rain and was struck by a power mower with which he had been mowing the grass on a guard's order.

Held, the Crown was answerable for the guard's blameworthy act in requiring the inmate to perform a palpably hazardous task. A refusal by the inmate to obey the guard would have rendered him liable to punishment.

ACTION for damages.

C. C. Sturrock for suppliant.

G. C. C. Carruthers and *G. O. Eggertson* for respondent.

DUMOULIN J.—In paragraph 1 of his petition of right, the suppliant states that he "is presently unemployed" and resides in the City of Vancouver, adding this in paragraph 2:

2. At all material times to this action, your Suppliant was an inmate at the British Columbia Penitentiary, which said Penitentiary is operated within the Federal Canadian Prison System by servants, agents or employees of Her Majesty The Queen.

Paragraphs 3, 4, 5, 6 and 7 next allege as follows:

3. On or about the morning of the 24th day of September, 1969, your Suppliant and certain other prisoners were assigned by servants, agents or employees of the said British Columbia Penitentiary, who at all material times were acting within the course and scope of their employment, to work on the grounds outside the main prison walls.

4. A certain prison guard by the name of James Johnston who, at all material times, was acting within the scope and course of his employment, escorted your Suppliant and certain other prisoners to the grounds outside the said prison walls.

5. The said James Johnston ordered the said prisoners to perform certain work and, in particular, ordered your Suppliant to cut the grass embankment adjoining the prison walls with a power lawn mower supplied for that purpose.

Norman Danard (Pétitionnaire)

c.

La Reine (Intimée)

Division de première instance, le juge Dumoulin—Vancouver, le 10 mai; Ottawa, le 13 juillet, 1971.

Couronne—Responsabilité délictuelle—Blessures corporelles du détenu—Tâche dangereuse exécutée sous les ordres d'un gardien—Responsabilité de la Couronne.

Un détenu au pénitencier de la Colombie-Britannique a subi des blessures corporelles quand il est tombé sur un talus herbeux en pente, rendu glissant par la pluie, et a été frappé par la tondeuse à moteur avec laquelle il tondait le gazon sur l'ordre d'un gardien.

Arrêt: La Couronne doit répondre de l'action blâmable du gardien qui avait demandé au détenu d'effectuer une tâche visiblement dangereuse. Si le détenu avait refusé d'obéir au gardien, il aurait été passible d'une punition.

ACTION en dommages-intérêts.

C. C. Sturrock pour le pétitionnaire.

G. C. C. Carruthers et *G. O. Eggertson* pour l'intimée.

LE JUGE DUMOULIN—Au paragraphe 1 de sa pétition de droit, le pétitionnaire déclare «qu'il est actuellement sans emploi» et qu'il demeure à Vancouver. Il ajoute au paragraphe 2:

[TRADUCTION] 2. A toutes les époques relatives à la présente action, le pétitionnaire était détenu au pénitencier de la Colombie-Britannique, une institution administrée par les préposés, mandataires ou employés de Sa Majesté la Reine dans le cadre du système pénitentiaire canadien.

Les paragraphes 3, 4, 5, 6 et 7 contiennent les allégations suivantes:

[TRADUCTION] 3. Le 24 septembre 1969 au matin, ou vers cette date, le pétitionnaire et certains autres détenus ont été désignés pour effectuer des travaux à un endroit situé à l'extérieur des murs principaux de la prison par des préposés, mandataires ou employés dudit pénitencier de la Colombie-Britannique qui agissaient, à toutes les époques qui nous intéressent, dans l'exécution ou dans le cadre des fonctions de leur emploi.

4. Un certain garde de prison du nom de James Johnston, agissant à toutes les époques qui nous intéressent dans l'exécution ou dans le cadre des fonctions de son emploi, a accompagné le pétitionnaire et certains autres détenus à l'endroit en question situé à l'extérieur desdits murs de la prison.

5. Le même James Johnston a ordonné aux détenus d'effectuer certains travaux, et, plus particulièrement, il a ordonné au pétitionnaire de tondre la pelouse recouvrant le

6. In performing the said work, your Suppliant fell down the said grass embankment with the result that the said power lawn mower struck his person, causing serious personal injuries.

The statement of defence in its paragraph 1 admits the allegations of fact related above but denies those contained in paragraph 7 of the petition wherein James Johnston is reproached for having imprudently instructed Danard to:

7. . . .

- (a) . . . cut the grass when it was known or ought to have been known, that such work was extremely dangerous;
- (b) In ordering your Suppliant to cut the grass when the said grass was extremely slippery due to the steepness of the embankment, and the fact that it was raining;
- (c) In failing to provide your Suppliant with proper safety shoes in order to perform the work so ordered in a safe and workmanlike manner;

(d) In ordering your Suppliant to work in an unsafe area, which said area was under the control of Her Majesty the Queen;

Such are the essential assertions of fault, all of which are rejected by the respondent, but which, in fact, nevertheless, resulted in the suppliant suffering, it is said in paragraph 8, "serious injuries and other loss and damage, in particular . . .":

8. . . .

- (a) Injury to the left thigh;
- (b) Injury to the left knee;
- (c) Scarring to the left thigh;
- (d) Shock;

which said injuries have caused and continue to cause (the) Suppliant pain, suffering, physical disfigurement, loss of enjoyment of life, both past and prospective and loss of earning capacity.

The defence does not admit responsibility for any of the allegations relating to personal injuries, pain, suffering, physical disfigurement, loss of enjoyment of life, loss of past and prospective earning capacity and also denies:

. . . that any such injury or loss suffered by the Suppliant resulted from negligence or breach of any duty by the said James Johnston or any employee, servant, or agent of Her Majesty the Queen.

talus adjacent au mur de la prison au moyen d'une tondeuse motorisée fournie à cette fin.

6. En exécutant ledit travail, le pétitionnaire est tombé du haut du talus et par suite, ladite tondeuse motorisée l'a heurté, lui causant des blessures corporelles graves.

L'intimée admet, au paragraphe 1 de sa défense, les allégations de fait que nous venons de citer, mais nie celles qui sont rapportées au paragraphe 7 de la pétition, dans lequel on reproche à James Johnston d'avoir imprudemment ordonné à Danard:

[TRADUCTION] 7. . . .

- a) . . . de tondre la pelouse alors qu'il savait ou aurait dû savoir qu'un tel travail comportait des dangers graves;
- b) en ordonnant au pétitionnaire de tondre la pelouse alors qu'elle était extrêmement glissante, en raison de l'escarpement du talus et du fait qu'il pleuvait;
- c) en ne fournissant pas au pétitionnaire des chaussures de sécurité appropriées, de façon que ce dernier puisse exécuter le travail ordonné d'une manière sûre, en bon ouvrier;
- d) en ordonnant au pétitionnaire de travailler dans un endroit dangereux, lequel endroit était sous la responsabilité de Sa Majesté la Reine;

Tels sont les éléments essentiels des reproches; ils ont tous été niés par l'intimée, mais néanmoins, ils sont la cause réelle des souffrances du pétitionnaire, ou, selon les termes du paragraphe 8, «des blessures graves et autres pertes et dommages, notamment . . .»:

8. . . .

- a) Une blessure à la cuisse gauche;
- b) Une blessure au genou gauche;
- c) Une cicatrice à la cuisse gauche;
- d) Une commotion;

lesquelles dites blessures ont causé et causent toujours au pétitionnaire des douleurs, des souffrances, une infirmité physique, une perte de jouissance de la vie, un manque à gagner passé et futur.

La défense nie toute responsabilité en ce qui concerne les blessures corporelles, les douleurs, les souffrances, l'infirmité physique, la perte de jouissance de la vie, le manque à gagner passé et futur et elle nie également:

[TRADUCTION] . . . que ces blessures ou dommages subis par le pétitionnaire résultent d'une négligence ou d'un manquement à son devoir dudit James Johnston ou d'un employé, préposé ou mandataire de Sa Majesté la Reine, dans l'exécution des fonctions de leur emploi.

Paragraph 5 pleads, as a further answer to the petition of right:

... that the said incident was caused solely by the negligence of the Suppliant, particulars of which are as follows:

- (a) in turning the power lawn mower by passing below it rather than above it;
- (b) in not following the instructions he had been given regarding the safe operation of the power lawn mower;
- (c) in not directing his full attention to the work he had been assigned;
- (d) in not using reasonable care for his personal safety while cutting the grass.

[His Lordship reviewed the testimony of 11 witnesses and proceeded as follows:]

In specific matters ("cas d'espèce"), each should be examined and decided in the light of its particular circumstances.

This elementary and guiding rule is satisfactorily laid out in Clerk and Lindsell on Torts, 13th ed., par. 854, from which treatise I cite the pertinent passage:

The tort may be described as the infliction of damage as a result of a breach of a duty of care owed by the defendant to the plaintiff. This formula yields six ingredients of liability. [Four only are given.] (1) A duty of care situation, *i.e.*, recognition by law that the careless infliction of the kind of damage in suit on the type of person to which the plaintiff belongs by the type of person to which the defendant belongs is actionable. (2) Foreseeability that the defendant's conduct would have inflicted on the plaintiff the kind of damage in suit. (This is what is implied in the statement that the duty of care has to be "owed" to the plaintiff.) (3) Proof that the defendant's conduct was careless, *i.e.*, that it failed to measure up to the standard and scope set by law: breach of duty. (4) There must be a causal connection between the defendant's carelessness and the damage. As long as these four requirements are satisfied, the defendant is liable in negligence.

A lengthy perusal of this unfortunate incident, of all its contributing factors: the very abrupt declivity of the grassy slope; the considerable precipitation of rain, officially evidenced in Exhibit P-4, the Department of Transport Monthly Record; a lapse of no more than 2½ hours between the cessation of the rain at 6 a.m. and the beginning of the ill-fated task, about 8.30 a.m.; the admittedly damp condition of the grass and soil (James Johnston *dixit*); the weight of the lawn mower, at least 55 pounds

Il est allégué au paragraphe 5, comme réponse complémentaire à la pétition de droit:

[TRADUCTION] ... que ledit incident était seulement dû à la négligence du pétitionnaire, savoir:

- a) qu'il a changé la tondeuse motorisée de direction en passant en-dessous plutôt qu'au-dessus;
- b) qu'il n'a pas suivi les directions qu'il avait reçues concernant la sécurité d'utilisation de la tondeuse motorisée;
- c) qu'il n'a pas accordé l'attention voulue au travail qui lui avait été assigné;
- d) qu'il n'a pas pris de précautions raisonnables pour sa sécurité personnelle en tondant la pelouse.

[Sa Seigneurie a examiné les dépositions de 11 témoins et a poursuivi:]

Dans les cas d'espèce, chaque affaire doit être examinée et tranchée selon les faits qui lui sont propres.

Ce principe élémentaire de conduite est bien expliqué dans Clerk and Lindsell on Torts, 13^e éd., par. 854, duquel j'ai extrait le passage suivant:

[TRADUCTION] Un préjudice peut être décrit comme le fait d'infliger un dommage causé par le manquement du défendeur d'accorder au demandeur tous les soins qu'il lui doit. Ce principe comporte six éléments de responsabilité. [L'auteur n'en donne que quatre] (1) L'existence du devoir d'accorder un soin, c'est-à-dire que la loi reconnaît que le fait pour un défendeur donné d'avoir causé par manque de soins à un demandeur donné le dommage qui fait l'objet de la poursuite est susceptible de poursuite. (2) Il devait être prévisible que la conduite du défendeur pouvait causer au demandeur le dommage qui fait l'objet de la poursuite (ce principe est contenu de façon implicite dans le fait que le devoir d'accorder des soins est «dû» au demandeur). (3) Le défaut de soins du défendeur doit être prouvé, c'est-à-dire que celui-ci doit avoir omis d'atteindre les normes et l'ampleur des soins fixés par la loi: manquement à un devoir. (4) Il doit exister un lien de causalité entre le défaut de soins du défendeur et le dommage subi par le demandeur. Dès que ces conditions sont remplies, le défendeur est susceptible d'être poursuivi en responsabilité pour négligence.

La lecture attentive des nombreux événements qui ont composé ce malheureux accident, et l'étude de tous les facteurs qui y ont contribué: le fort escarpement du talus recouvert de pelouse, l'abondance de la pluie, prouvée par le document officiel produit comme pièce P-4, le relevé mensuel du ministère des Transports; l'écoulement d'une période d'au plus 2½ heures entre le moment où la pluie a cessé de tomber, à 6 heures du matin, et le moment où le travail fatal a commencé, vers 8.30 heures du matin;

aggravated by the downward pull of a too-steep incline, have created those conditions of responsibility foreseen in the above-quoted treatise.

Danard was enjoined by a person in authority to perform a palpably hazardous piece of work; a refusal to comply would be interpreted as tantamount to disobeying orders and would have rendered him liable to punishment. I am, therefore, of the opinion that the respondent, through the blameworthy act of her agent, should be responsible in tort for the resultant damages caused.

The petition of right suggests no specific amount for general damages; at the hearing, the suppliant's very able counsel tentatively submitted as suitable indemnity the figure of \$21,000. Needless to say, this is purely subjective; a more objective and realistic compensation would appear to be the sum of \$5,000, plus \$350 for special damages as agreed to by counsel should responsibility be eventually found.

Though the Court rests but slight confidence in the suppliant's future earning capacity, which may well be a repetition of his slothful past, he nevertheless remains entitled to redress for harm and injury illegally inflicted.

Consequently, for severe and protracted pain endured, partial and permanent "lack of 30° of flexion in the left knee", lastly, even if dubiously admissible, for loss of earning capacity, the petition should be granted and the respondent respectfully recommended to pay to the suppliant, Norman Danard, an indemnity in the total amount of \$5,350 with all taxable costs.

l'humidité du sol et de la pelouse, de l'aveu de James Johnston; le poids de la tondeuse, au moins 55 livres, dont les effets étaient aggravés par la poussée vers le bas qui s'exerce à la surface d'un talus trop escarpé, m'ont permis de constater l'existence des conditions requises pour donner naissance à une responsabilité, comme nous l'avons vu dans l'extrait du traité que nous avons cité.

Danard a reçu de quelqu'un qui était investi de l'autorité l'ordre d'effectuer un travail manifestement hasardeux; un refus d'obtempérer aurait été interprété comme l'équivalent d'une désobéissance aux ordres, et l'aurait rendu passible d'un châtement. Par conséquent, je suis d'avis que l'intimée, à travers le geste répréhensible de son mandataire, est responsable des dommages qui ont été causés.

La pétition de droit est muette en ce qui concerne le montant exact des dommages; à l'audience, le savant procureur du pétitionnaire a proposé la somme de \$21,000. Il est évident que cette évaluation est parfaitement subjective; la somme de \$5,000, plus \$350 pour dommages spéciaux, serait une indemnité objective et plus réaliste, ainsi qu'en ont convenu les procureurs, au cas où la Cour concluerait à l'existence d'une responsabilité.

La Cour ne fonde pas beaucoup d'espoir sur la capacité future du pétitionnaire de gagner sa vie, car son avenir pourrait bien s'avérer aussi déceuvré que son passé, mais il n'en reste pas moins que le pétitionnaire a droit à une indemnité pour les dommages et les blessures qui lui ont été illégalement causés.

En conséquence, et en raison des longues et douloureuses souffrances qu'il a endurées, en raison d'une infirmité partielle et permanente constituée par le fait que «la flexion du genou gauche est diminuée de 30°» et enfin, même si c'est plus discutable, en raison du manque à gagner, la pétition de droit doit être accueillie et nous recommandons respectueusement à l'intimée de verser au pétitionnaire, Norman Danard, une indemnité d'un montant total de \$5,350, et tous les frais taxables.

Bowater Power Company Limited (Appellant)

v.

Minister of National Revenue (Respondent)

Trial Division, Noël A.C.J.—Montreal, June 17;
Ottawa, November 9, 1971.

Income Tax—Capital cost allowances—Demise of water power rights in river for 99 years with right of renewal—Whether lease or licence—Income Tax Regulations, Schedule B, classes 13 and 14.

In 1955 appellant bought from another company for \$941,989 certain water power rights in a Newfoundland river which had been demised to that company in 1915 for 99 years by the Newfoundland Government. The contract, which was ratified by the Newfoundland Parliament, permitted further terms of 99 years in perpetuity at the grantee's option and gave the grantee the right to divert and dam the river and construct works therein. In consideration the grantee paid \$20 and undertook to do some construction work and to supply electrical power to the public.

In 1959 and 1960 appellant spent over \$33,000 for engineering studies of the cost of developing additional power and the location of physical plant.

Held: (1) The demise of the water power rights was a lease and appellant was entitled to deduct capital cost allowances on the cost thereof under Schedule B of the Income Tax Regulations, class 13. If it was not a lease, it was a concession, franchise or licence for a limited period (being renewable at the grantee's option) and therefore subject to capital cost allowances under class 14. *Sevenoaks v. London and Dover Rly. Co.* (1879) 11 Ch.D. 625; *Errington v. Errington and Woods* [1952] 1 K.B. 290, referred to.

(2) The expenditure in 1959 and 1960 on the engineering study was properly deductible as a current expenditure in computing appellant's income from its business for those years. *Canada Starch Co. v. M.N.R.* [1968] C.T.C. 466, applied.

INCOME tax appeal.

Bruce Verchère for appellant.

F. J. Dubrulé, Q.C. for respondent.

NOËL A.C.J.—This is an appeal from assessments to income tax for the taxation years 1958, 1959 and 1960 whereby certain capital cost allowances claimed by the appellant with respect to certain rights called Corner Brook rights and Humber River rights of \$104,665.47

Bowater Power Company Limited (Appelante)

c.

Le ministre du Revenu national (Intimé)

Division de première instance. Le juge en chef adjoint Noël—Montréal, le 17 juin et Ottawa, le 9 novembre 1971.

Impôt sur le revenu—Allocation à l'égard du coût en capital—Location de droits sur l'énergie hydro-électrique d'une rivière pour une durée de 99 ans avec privilège de renouvellement—S'agit-il d'un bail ou d'un permis—Règlements de l'impôt sur le revenu, annexe B, catégories 13 et 14.

En 1955, l'appelante achetait d'une autre compagnie, au coût de \$941,989, certains droits sur l'énergie hydro-électrique d'une rivière de Terre-Neuve que le Gouvernement de cette province avait loués à cette compagnie en 1915 pour une durée de 99 ans. Le contrat, qui a été ratifié par le Parlement de Terre-Neuve, autorisait, sur demande du bénéficiaire, un nombre illimité de renouvellements de ladite durée de 99 ans et lui accordait le droit de détourner ou endiguer la rivière et d'y ériger des ouvrages. En contrepartie, le bénéficiaire payait \$20 et s'engageait à faire certains travaux de construction et à fournir l'énergie électrique au public.

En 1959 et 1960, l'appelante a consacré au-delà de \$33,000 à des études techniques portant sur le coût de production d'énergie supplémentaire et sur l'emplacement d'usines.

Arrêt: (1) La location des droits sur l'énergie hydro-électrique constitue un bail et l'appelante peut obtenir déduction des allocations à l'égard de leur coût en capital en vertu de l'annexe B des Règlements de l'impôt sur le revenu, catégorie 13. Si elle ne constituait pas un bail, il s'agirait d'une concession ou d'un permis d'une durée limitée (parce que renouvelable sur demande du bénéficiaire) et, partant, elle serait assujettie aux allocations à l'égard du coût en capital en vertu de la catégorie 14. Arrêts mentionnés: *Sevenoaks c. London and Dover Rly. Co.* (1879) 11 Ch.D. 625; *Errington c. Errington and Woods* [1952] 1 K.B. 290.

(2) La dépense engagée en 1959 et 1960 pour les études techniques est déductible, à titre de dépenses courantes, du calcul du revenu de l'appelante tiré de son entreprise au cours desdites années. Arrêt suivi: *Canada Starch Co. c. M.R.N.* [1968] C.T.C. 466.

APPEL de l'impôt sur le revenu.

Bruce Verchère pour l'appelante.

F. J. Dubrulé, c.r. pour l'intimé.

LE JUGE EN CHEF ADJOINT NOËL—Le présent appel est interjeté à l'encontre des cotisations d'impôt sur le revenu relatives aux années d'imposition 1958, 1959 et 1960, établies par le Ministre et rejetant certaines allocations à l'égard du coût en capital, demandées en ce qui

and \$941,989.32 respectively and leasehold interests within the meaning of section 1100(1)(b) of the Income Tax Regulations were disallowed by the Minister. The Minister also disallowed expenditures of \$18,195 and \$15,801 in 1959 and 1960 respectively, as property of class 2 of Schedule B of the Income Tax Regulations, nor did he accept that they were deductible as operating costs.

The position taken by the Minister is that (a) neither of the power rights acquired by the appellant, and described as "Humber River" and "Corner Brook" are property within class 13 of Schedule B of the Income Tax Regulations in that neither is a leasehold interest; (b) neither of the power rights acquired by the appellant, and described as "Humber River" and "Corner Brook" is property within class 14 of Schedule B of the Income Tax Regulations in that neither is a patent, franchise, concession or licence or (c) as an alternative to (b) hereof, if the property described as "Humber River" and "Corner Brook" is within the meaning of said class 14, that is, it is one of a patent, franchise, concession or licence, the patent, franchise, concession or licence is not for a limited period.

The appellant was incorporated in 1955 under the Newfoundland Companies Act for the purpose of carrying on the business of generating and selling electrical power and energy and has been since that time a wholly-owned subsidiary of the Bowater Corporation of North America Limited. By deed dated June 1, 1955, appellant acquired from Bowater's Newfoundland Pulp & Paper Mills Limited (also a wholly-owned subsidiary of the Bowater Corporation of North America Limited) rights relating to Corner Brook and the Humber River in Newfoundland, hereafter called the Corner Brook rights and the Humber River rights.

In filing its 1958, 1959 and 1960 income tax returns, appellant took the position that the

concerne certains droits appelés droits sur le ruisseau Corner et certains droits sur la rivière Humber, se chiffrant respectivement à \$104,665.47 et \$941,989.32, et certaines tenures à bail au sens de l'article 1100(1)(b) des Règlements de l'impôt sur le revenu. Tout en rejetant également des dépenses de \$18,195 et de \$15,801 supportées respectivement en 1959 et 1960, au motif qu'elles n'entraient pas dans le cadre de la catégorie 2 de l'annexe B des Règlements de l'impôt sur le revenu, le Ministre a refusé de les déduire à titre de dépenses d'exploitation.

Suivant la position du Ministre, a) aucun des droits d'exploitation d'énergie acquis par l'appelante, appelés droits sur la rivière Humber et droits sur le ruisseau Corner, ne sont des biens entrant dans la catégorie 13 de l'annexe B des Règlements de l'impôt sur le revenu, car ni l'un ni l'autre ne constitue une tenure à bail; b) aucun des droits d'exploitation d'énergie acquis par l'appelante, et appelés droits sur la rivière Humber et droits sur le ruisseau Corner, ne sont des biens entrant dans la catégorie 14 de l'annexe B des Règlements de l'impôt sur le revenu, car ni l'un ni l'autre ne constitue un brevet, une concession ou un permis; ou c) subsidiairement à l'alinéa b), si les biens appelés droits sur la rivière Humber et droits sur le ruisseau Corner entrent dans ladite catégorie 14, c'est-à-dire s'ils constituent un brevet, une concession ou un permis, le brevet, la concession ou le permis n'a pas une durée limitée.

L'appelante a été constituée en corporation en 1955 sous l'autorité du Newfoundland Companies Act dans le but d'exploiter une entreprise de production et de vente d'énergie électrique; elle a toujours été une filiale appartenant exclusivement à la Bowater Corporation of North America Limited. Aux termes d'un acte en date du 1^{er} juin 1955, l'appelante a acquis de la Bowater's Newfoundland Pulp & Paper Mills Limited (également filiale appartenant exclusivement à la Bowater Corporation of North America Limited) les droits relatifs au ruisseau Corner et à la rivière Humber (Terre-Neuve), ci-après appelés droits sur le ruisseau Corner et droits sur la rivière Humber.

Dans ses déclarations d'impôt sur le revenu de 1958, 1959 et 1960, l'appelante a considéré

capital cost of the Corner Brook rights and Humber River rights was \$2,321,320.78 and claimed capital cost allowance accordingly. Subsequently, appellant and respondent agreed that the capital cost of both rights was \$1,046,654.79 of which appellant says \$104,665.47 may reasonably^a be regarded as consideration for the Corner Brook rights and the balance, or \$941,989.32, may reasonably be regarded as consideration for the Humber River rights.

The Corner Brook and Humber River rights had been obtained by the predecessors in title to appellant from the Governor of Newfoundland in 1913 and from the Governor of Newfoundland in Council in 1915 respectively.

During its 1959 and 1960 taxation years, appellant made, or incurred, expenditures of \$18,195 and \$15,801 respectively for engineering studies of the cost of developing additional power and location of physical plant for appellant's power system. For the purposes of computing its income for the 1959 and 1960 taxation years, appellant added the amounts of \$18,195 and \$15,801 respectively to the capital cost of its assets following class 2 of Schedule B of the Income Tax Regulations and deducted capital cost allowance accordingly. The appellant, however, has now abandoned this position and relies only, as far as these items are concerned, on having them accepted as operating costs as made or incurred for the purpose of gaining or producing income from appellant's business and, therefore, deductible pursuant to sections 4 and 12(1)(a) of the *Income Tax Act*.

The Minister, on the other hand, submits that these amounts were outlays on account of capital within the meaning of section 12(1)(b) and are, therefore, not deductible for the purpose of computing appellant's 1959 and 1960 income.

Counsel for the respondent stated at the hearing that the Minister was now prepared to admit that the Corner Brook rights are, for a limited period, one of a franchise, concession or licence and that this asset has a capital cost of \$104,665.47 and, therefore, this issue is now settled

que le coût en capital des droits sur le ruisseau Corner et sur la rivière Humber se chiffrait à \$2,321,320.78 et a demandé une allocation à l'égard du coût en capital en conséquence. Par la suite, l'appelante et l'intimé ont convenu que le coût en capital de ces droits était de \$1,046,654.79 dont, au dire de l'appelante, \$104,665.47 peuvent raisonnablement s'appliquer aux droits sur le ruisseau Corner et le solde, soit \$941,989.32, aux droits sur la rivière Humber.

Les prédécesseurs en titre de l'appelante avaient acquis les droits sur le ruisseau Corner et sur la rivière Humber respectivement du gouverneur de Terre-Neuve en 1913 et du gouverneur de Terre-Neuve en conseil en 1915.

Au cours de ses années d'imposition 1959 et 1960, l'appelante a consacré des sommes de \$18,195 et \$15,801, respectivement, à des études techniques du coût d'exploitation d'énergie supplémentaire et d'implantation d'une centrale hydro-électrique. Dans le calcul de son revenu des années d'imposition 1959 et 1960, l'appelante a ajouté les montants respectifs de \$18,195 et \$15,801 au coût en capital de ses biens suivant la catégorie 2 de l'annexe B des Règlements d'impôt sur le revenu et a déduit l'allocation à l'égard du coût en capital pour ces mêmes montants. Cependant, l'appelante a maintenant renoncé à cette prétention et demande uniquement, pour autant que ces postes sont en cause, qu'ils soient acceptés comme dépenses d'exploitation, à titre de sommes déboursées ou dépensées en vue de gagner ou de produire un revenu tiré de l'entreprise de l'appelante et, partant, déductibles en vertu des articles 4 et 12(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le Ministre, pour sa part, soutient que ces montants étaient des sommes déboursées à compte de capital au sens de l'article 12(1)b) et qu'ils ne sont donc pas déductibles du calcul du revenu de l'appelante pour les années 1959 et 1960.

Le procureur de l'intimé a déclaré à l'audition que le Ministre était maintenant disposé à reconnaître que les droits sur le ruisseau Corner, qui ont une durée limitée, constituent une concession ou un permis et que ce bien a un coût en capital de \$104,665.47; cette question

and the appeal should be allowed thereon. The respondent also abandoned the contention that the grant of the Humber River rights was not a patent, franchise, concession or licence within the meaning of class 14 of Schedule B of the Regulations although he still maintains that the grant is not for a limited period.

The parties prepared an agreed statement of facts, and documents, which was filed as Ex. A-2 and which is reproduced hereunder:

STATEMENT OF FACTS

1. On 16 April 1915 an agreement was entered into between the Governor of Newfoundland and its Dependencies, in Council, and the Newfoundland Products Corporation, Limited by which *inter alia*, the water power or powers in and upon the Humber River, Newfoundland (hereafter called the "Humber River rights") were demised to the Newfoundland Products Corporation, Limited. Exhibit ASF 1 is a true copy of this agreement.

2. On 5 June 1915 the Act for the confirmation of the agreement of 16 April 1915, which had been enacted by the Governor, the Legislative Council and the House of Assembly of Newfoundland, in Legislative Session convened, was passed. Exhibit ASF 2 is a true copy of the Act.

3. On 9 June 1923 Newfoundland Products Corporation Limited changed its name to Newfoundland Power and Paper Company Limited.

4. On 13 July 1923 the General Assembly of Newfoundland passed an Act which amended exhibit ASF 2. Section 7 of that Act of 13 July 1923 provided:

7. Time in all respects, wherever mentioned in the agreement of 1915 and the Act of 1915 (Except as to the proviso to clause 1 of the agreement of 1915) shall be deemed to commence to run from the date of passing of this Act.

(This is important because it means that the terms of the Humber River grant started to run from July 1923 and not from 1915 because although the agreement was originally entered into in 1915, the 99-year period starts to run from 1923 only and not 1915).

Paragraphs 5, 6 and 7 of the above statement of facts deal with the transfer of the Humber River rights, through the chain of companies, and, as this is not contested, they are not reproduced here.

8. In 1955 Bowater Power Company Limited (the appellant) was incorporated and its objects included carrying on the business of generating and selling electrical power and

est donc réglée et l'appel doit être accueilli sur ce point. L'intimé a également renoncé à la prétention selon laquelle l'octroi des droits sur la rivière Humber ne constituait pas un brevet, une concession ou un permis au sens de la catégorie 14 de l'annexe B⁶ des Règlements, tout en continuant à soutenir, toutefois, que l'octroi n'a pas une durée limitée.

Les parties ont préparé un exposé conjoint des faits et des documents, qui ont été versés au dossier comme pièce A-2 que je reproduis:

[TRADUCTION] DÉCLARATION

1. Le 16 avril 1915, une convention a été conclue entre le gouverneur en conseil de Terre-Neuve et ses dépendances et la Newfoundland Products Corporation Limited aux termes de laquelle, notamment, l'énergie ou les forces hydrauliques de la rivière Humber (ci-après appelées les droits sur la rivière Humber) étaient louées à la Newfoundland Products Corporation Limited. La pièce ASF 1 est une copie certifiée de cette convention.

2. Le 5 juin 1915, la Loi confirmant la convention du 16 avril 1915, après un décret du gouverneur, du conseil législatif et de la chambre d'assemblée de Terre-Neuve, était adoptée au cours de la session. La pièce ASF 2 est une copie certifiée de la Loi.

3. Le 9 juin 1923, la Newfoundland Products Corporation Limited changeait son nom pour celui de Newfoundland Power and Paper Company Limited.

4. Le 13 juillet 1923, l'Assemblée générale de Terre-Neuve adoptait une Loi qui modifiait la pièce ASF 2. L'article 7 de cette Loi du 13 juillet 1923 est ainsi rédigé:

7. A tous égards, et chaque fois qu'il en est fait mention dans la convention de 1915 et dans la Loi de 1915 (sauf à l'article 1 de la convention de 1915) le terme doit être considéré comme ayant commencé à courir à la date de la présente loi.

(Cette dernière disposition est importante parce qu'elle signifie que le terme de l'octroi des droits sur la rivière Humber commençait à courir à compter de juillet 1923 et non de 1915 parce que, bien que la convention ait d'abord été conclue en 1915, la période de 99 ans commence en 1923 et non en 1915).

Les alinéas 5, 6 et 7 de ladite déclaration traitent du transfert des droits sur la rivière Humber à une série de compagnies; étant donné que ces transferts ne sont pas contestés, je ne les reproduis pas.

[TRADUCTION] 8. En 1955, la Bowater Power Company Limited (l'appelante) a été constituée et son objet comporte notamment l'exploitation d'une entreprise de production et

energy. It has carried on that business from its incorporation to the present time.

9. On 1 June 1955 Bowater's Newfoundland Pulp and Paper Mills Limited sold to appellant the Humber River rights. The capital cost of the Humber River rights to appellant was \$941,989.32.

As a result of the admissions made by the respondent, the issues are narrowed down to three: (1) did the grant of the Humber River rights constitute a leasehold interest within the meaning of class 13? (2) As an alternative to the first issue, was the grant of the Humber River rights (which admittedly was a franchise, concession or licence) for a limited period within the meaning of class 14 of Schedule B of the Regulations? and (3) are the amounts of \$18,195 and \$15,801 expended in 1959 and 1960 on account of certain engineering studies, deductible as ordinary business expenses pursuant to sections 4 and 12(1)(a) of the Act?

If the respondent's position with regard to the \$941,989.32 expended for the Humber River rights and the above two amounts of \$18,195 and \$15,801 expended for engineering studies is right, we would have here what is termed in fiscal jargon two "nothings" of which no allowance would be possible nor deduction permitted. The problems involved herein arise in the three years under review 1958, 1959 and 1960 and the solution reached herein will apply to those three years.

The agreed statement of facts and documents produced as Ex. A-2 comprise the sole evidence submitted with regard to the two first issues, *i.e.* whether (1) the grant of the Humber River rights amounted to a leasehold interest and (2) was it for a limited period. As for the third issue, the deductibility of the cost of the engineering studies, one witness only was heard, a Mr. Sansome. Before dealing, however, with the cost of the engineering studies, we will look at the two first issues.

The important paragraph of Ex. ASF-1 is paragraph 1, on page 5, of which the opening part only is relevant to the determination of whether the Humber River rights is a leasehold interest, as submitted by the appellant, or a

de vente d'énergie électrique. Elle exploite cette entreprise depuis sa constitution en corporation.

9. Le 1^{er} juin 1955, la Bowater's Newfoundland Pulp and Paper Mills Limited a vendu à l'appelante ses droits sur la rivière Humber. Le coût en capital des droits sur la rivière Humber se chiffrait pour l'appelante à \$941,989.32.

Par suite de ce qu'a reconnu l'intimé, les points en litige sont réduits au nombre de trois: (1) l'octroi des droits sur la rivière Humber constituait-il une tenure à bail au sens de la catégorie 13? (2) subsidiairement au premier point, l'octroi des droits sur la rivière Humber (qui est reconnu comme étant une concession ou un permis) a-t-il une durée limitée au sens de la catégorie 14 de l'annexe B des Règlements? et (3) les sommes de \$18,195 et \$15,801, dépensées en 1959 et 1960 au compte de certaines études techniques, sont-elles déductibles à titre de dépenses ordinaires d'entreprise en vertu des articles 4 et 12(1)a) de la loi?

Si la position adoptée par l'intimé relativement aux \$941,989.32 dépensés pour les droits sur la rivière Humber et aux deux montants ci-dessus de \$18,195 et \$15,801, dépensés pour des études techniques, s'avérait exacte, nous serions en présence de ce que le jargon fiscal appelle deux «riens» pour lesquels il ne serait pas possible d'accorder d'allocation ni de déduction. Les questions soulevées en l'espèce se retrouvent dans chacune des trois années à l'étude, savoir 1958, 1959 et 1960, et leur solution s'appliquera à ces trois années.

L'exposé conjoint des faits et les documents produits comme pièce A-2 constituent la seule preuve présentée relativement aux deux premières questions: (1) l'octroi des droits sur la rivière Humber constituait-il une tenure à bail et (2) avait-elle une durée limitée. Quant à la troisième question, la déductibilité du coût des études techniques, un seul témoin a été entendu, un certain M. Sansome. Cependant, avant d'examiner la question du coût des études techniques, nous examinerons les deux premières questions.

Seul le début de l'alinéa 1, page 5, de la pièce ASF-1 est important pour établir si les droits sur la rivière Humber constituent une tenure à bail, comme le soutient l'appelante, ou un

licence, as submitted by the respondent and it is reproduced hereunder:

1.—The Government hereby demises, for a term of ninety-nine years, from the date of this Agreement, to the Company (so far as the Government can consistently with any grants, leases or licenses heretofore made and actually subsisting, demise the same), the water power or powers in and upon the Humber River, and in and upon Junction Brook, and for the purpose of its works and operations the Company shall have the right to divert, stop or dam up any stream, lake or water course within the drainage area of the Humber River, and to make, construct or maintain any dam, water course, culverts, drains and reservoirs in said area for any of its said works of operations . . .

and then lower down:

. . . such water power or water powers shall be taken to be held under this Agreement: and the provisions of this Agreement, except clause 10 hereof in respect of the rights and privileges granted to the Company, shall apply to all works and business, . . .

then paragraph 17:

17.—If this demise shall not have been determined other than by effluxion of time, the Government will, at the request and cost of the Company, at the expiration of the term hereby granted, and again at the expiration of every further term of ninety-nine years, which may hereafter be granted under this covenant, grant to the Company, subject to the like covenants, provisions and agreements as are in and by these presents reserved and contained by way of renewal for the further term of ninety-nine years, to be computed from the expiration of the term hereby granted, a new lease of the said rights.

(This paragraph is relevant to the question of whether it is a lease and, if not, whether it is a franchise for a limited period).

And then paragraph 20:

20.—Notwithstanding the grant of the water powers herein, all persons shall have the right to the temporary use of the said waters for the purpose of passing to and fro in small boats, and for the purpose of floating logs and lumber belonging to such persons to their mills; provided that such use shall not interfere with or prejudice the business or operations of the Company.

(This paragraph is important because it goes to the question of exclusive possession over use by the grantee).

And, lastly, paragraph 22 provides that:

22.—This Agreement is subject to approval and confirmation by the Legislature of the Colony.

And this leads us directly into Ex. ASF-2 which is the Act which confirms and approves the

permis, comme le soutient l'intimé; voici cette partie importante:

[TRADUCTION] 1.—Le Gouvernement, par les présentes, loue, pour une durée de 99 ans, à compter de la date de cette convention, à la compagnie (pour autant que le Gouvernement puisse ce faire de façon compatible avec tous octrois, baux ou permis antérieurement accordés et encore existants), l'énergie ou les forces hydrauliques de la rivière Humber et du ruisseau Junction; aux fins de ses travaux et activités, la compagnie aura le droit de détourner, bloquer ou endiguer tous ruisseaux, lacs ou cours d'eau faisant partie du bassin hydrographique de la rivière Humber et de faire, ériger ou maintenir dans ledit bassin tous barrages, cours d'eau, canaux, fossés de dérivation et réservoirs aux fins de ses travaux et activités . . .

et elle poursuit:

[TRADUCTION] . . . cette énergie ou ces forces hydrauliques doivent être considérées comme détenues en vertu de la présente convention: et les stipulations de cette convention, excepté l'article 10 qui a trait aux droits et privilèges accordés à la compagnie, doivent s'appliquer à tous travaux et toutes entreprises, . . .

puis l'alinéa 17:

[TRADUCTION] 17.—Si le présent bail ne devait prendre fin que par l'expiration du terme, le Gouvernement, sur requête et aux frais de la compagnie, à l'expiration du terme stipulé aux présentes et à l'expiration de tout autre terme additionnel de 99 ans pouvant ci-après être accordé en vertu des présentes, accordera à la compagnie, aux mêmes conditions et stipulations que celles énoncées et contenues aux présentes par voie de renouvellement pour un terme additionnel de 99 ans, à compter de l'expiration du terme stipulé aux présentes, une nouvelle location desdits droits.

(Cet alinéa se rattache à la question de savoir s'il s'agit d'un bail ou, dans la négative, s'il s'agit d'une concession d'une durée limitée).

Puis, l'alinéa 20:

[TRADUCTION] 20.—Nonobstant le présent octroi de droits sur les forces hydrauliques, toute personne aura droit à l'usage temporaire desdites eaux pour y circuler en embarcation légère et pour y faire le flottage du bois appartenant à une telle personne jusqu'à sa scierie ou son moulin à papier; à condition toutefois que pareille utilisation ne gêne pas ou n'entrave pas l'entreprise ou les activités de la compagnie.

(Cet alinéa est important parce qu'il se rattache à la question de la possession exclusive au cours de l'utilisation qu'en fait la compagnie).

Et, enfin, l'alinéa 22 stipule que:

22.—La présente convention est soumise à la condition de l'approbation et de la ratification de la législature de la colonie.

Et ceci nous amène directement à la pièce ASF-2, la Loi qui ratifie et approuve la conven-

Agreement ASF-1. The important part of Ex. ASF-2 is the first paragraph which after identifying Agreement ASF-1 states that it:

... is hereby approved and confirmed, subject to the conditions and exceptions hereinafter contained, and all and singular the several clauses and provisions thereof are hereby declared to be valid and binding upon the said parties thereto, and each of them respectively, and all and singular the several acts, matters and things therein provided to be done or performed by or on the part of the parties respectively are hereby declared to be proper and lawful, and in so far as not by this Act expressly provided for, the parties and each of them shall have full power and authority to do and perform all and singular the several acts, matters and things, and in and by the said Agreement provided to be done ...

The appellant, as we have seen, submits that the grant of the Humber River rights amounted to a leasehold interest within the meaning of class 13 of Schedule B of the Income Tax Regulations¹ and, alternatively, that the grant was a patent, franchise, concession or licence, for a limited period within the meaning of class 14 in Schedule B of the Regulations. Counsel for the appellant submits that paragraph 1 of Ex. ASF-1 provides three things, namely, that (1) the water power or powers in and upon Humber River and Junction Brook are *demised*; (2) the company has the right to divert, stop or dam up any stream, lake or water course and (3) the company has the right to construct and maintain dams, reservoirs, etc. The grants can, therefore, be summarized as follows: The right to the demised water powers, the right to divert and the right to dam.

The appellant does not suggest that the Humber River grant is a leasehold interest of the type which would arise and be recognized if the transaction had been between private parties. It is admitted, he said, that there is a wealth of old common law jurisprudence that an *emphytéotique* lease, such as exists under the civil law when there is an alienation of the property does not exist in the common law.

The appellant merely suggests that the grant was an agreement between the appropriate legislative body of the Parliament of Newfoundland and the company and that it comes down to a question of deciding the true nature of the

tion ASF-1. La partie importante de la pièce ASF-2 est son premier alinéa qui, après mention de la convention ASF-1, déclare qu'elle:

[TRADUCTION]... est par les présentes approuvée et ratifiée, sous réserve des conditions et exceptions ci-après, chacune des diverses clauses et conditions de celle-ci est par les présentes déclarée valide et liant lesdites parties qui l'ont conclue, et chacune d'entre elles, et chacun des divers actes, objets et choses qu'elle stipule devoir être faits remplis ou exécutés par les parties respectives ou de leur part est par les présentes déclaré valide et licite; lorsque la présente Loi ne le prévoit pas expressément, les parties et chacune d'entre elles auront plein pouvoir et entière qualité pour faire, remplir ou exécuter chacun des divers actes, objets ou choses prévus à ladite convention ...

L'appelante, comme nous l'avons déjà vu, soutient que l'octroi des droits sur la rivière Humber constituait une tenure à bail au sens de la catégorie 13 de l'annexe B des Règlements de l'impôt sur le revenu¹ et, subsidiairement, que cet octroi constituait un brevet, une concession ou un permis d'une durée limitée, au sens de la catégorie 14 de l'annexe B des Règlements. Le procureur de l'appelante soutient que l'alinéa 1 de la pièce ASF-1 stipule trois choses, savoir (1) que l'énergie ou les forces hydrauliques de la rivière Humber et du ruisseau Junction sont *louées*; (2) que la compagnie peut détourner, bloquer ou endiguer tous ruisseaux, lacs ou cours d'eau et (3) que la compagnie peut ériger et maintenir des barrages, réservoirs, etc. Les octrois peuvent donc se résumer comme suit: le droit à la location des forces hydrauliques, le droit de détourner et le droit d'ériger des barrages.

L'appelante ne soumet pas que l'octroi des droits sur la rivière Humber constitue une tenure à bail du genre de celle qui aurait existé et serait reconnue si la transaction avait eu lieu entre des parties privées. Il est reconnu, dit-elle, qu'il y a une abondante et ancienne jurisprudence en *common law*, suivant laquelle un bail emphytéotique, comme celui qui existe en droit civil lorsqu'il y a un transport de propriété, n'existe pas en *common law*.

L'appelante soumet simplement que l'octroi constituait une convention entre le corps législatif approprié du Parlement de Terre-Neuve et la compagnie et que l'affaire se réduit à déterminer la nature exacte de l'octroi à partir du

grant from the plain meaning of the words used in the agreement (ASF-1) and the Act (ASF-2).

The consideration for the grant was a small amount of \$20 but comprised also the obligation to do some construction work and supply electricity. The obligations of the company can be found in paragraph 3 of Ex. ASF-1 on page 31 (page 7):

3.—The Company agrees that it will furnish at any of its power houses in Labrador to any person or company engaged in any industry or employment not concerned with the manufacture of phosphate of ammonia such electrical power . . .

(The Newfoundland Power Corporation was incorporated as a chemical company and did not want any competitors. It later turned to the manufacture of pulp and paper.)

The agreement did not provide for the payment of rent which, however, can be replaced by an obligation such as here to do development work and provide power. Houses indeed are frequently leased as a result of conventional arrangements between private parties on the lessee's undertaking to do maintenance work and look after the property and, of course, this is a consideration that can be the equivalent to rent. The appellant also submits that even if an *emphytéotique* lease does not exist under the common law and although there may be some doubt as to whether a lease may, under the common law, be made renewable in perpetuity between private parties², Parliament can, however, create such an interest in a common law province even if such an interest is unknown to the common law and relies on *Sevenoaks v. London and Dover Rly. Co.* (1879) 11 Ch. D. 625, where Jessel M. R. stated at p. 635:

. . . An Act of Parliament has power to create interests which were unknown to the common law, and which could not be created between individuals by contract.

Now we have not by law any such thing as a lease in perpetuity. We have a fee simple subject to a rent-charge, and we have a lease for years, but we have no such thing as a lease in perpetuity; and therefore, when we find a perpetuity of this kind, if it carries, as I think it does carry, the right to possession, that could not be properly described as a lease or as a fee simple, because it was not intended to vest in the *Dover Company* any of the soil, only the right of possession or occupation. Therefore I can well understand why the term "lease", or some similar term, was not used.

sens ordinaire des mots employés dans la convention (ASF-1) et dans la Loi (ASF-2).

La considération de l'octroi était une somme minime, \$20, mais elle comportait également l'obligation de faire certains travaux de construction et de fournir de l'électricité. Les obligations de la compagnie apparaissent à l'alinéa 3 de la pièce ASF-1, à la page 31 (page 7):

[TRADUCTION] 3.—La compagnie convient de fournir, à chacune de ses usines génératrices au Labrador, à toute personne ou compagnie s'occupant à tout emploi ou industrie ne se rattachant pas à la fabrication du phosphate d'ammoniac, l'énergie électrique . . .

(La Newfoundland Power Corporation avait été constituée à titre de compagnie de produits chimiques et ne voulait pas de concurrents. Elle s'est par la suite consacrée à la fabrication de la pâte à papier et du papier.)

La convention ne stipulait pas de paiements de loyer; ceci peut cependant se remplacer par une obligation, comme ici, d'effectuer des travaux de mise en valeur et de fournir de l'énergie. Des maisons sont fréquemment louées à la suite de conventions entre des parties privées sur la foi de l'engagement du locataire de faire des travaux d'entretien et de s'occuper de l'immeuble et, bien sûr, il s'agit là d'une considération qui peut être l'équivalent d'un loyer. L'appelante a également soutenu que, même s'il n'existe pas de bail emphytéotique en *common law* et bien qu'il puisse y avoir un certain doute quant à savoir si un bail peut, en *common law*, être renouvelable à perpétuité entre des parties privées,² le Parlement peut néanmoins créer un tel droit dans une province de *common law*, même si ce droit est inconnu en *common law*; elle invoque l'arrêt *Sevenoaks c. London et Dover Rly. Co.* (1879) 11 Ch. D. 625, où le M. R. Jessel déclarait à la page 635:

[TRADUCTION] . . . Une loi du Parlement peut créer des intérêts qui étaient inconnus en *common law* et qui ne pourraient être créés par contrat entre particuliers.

Actuellement, le droit ne comporte pas d'institution telle qu'un bail à perpétuité. Notre droit comporte une propriété sans condition soumise à une rente, il comporte également un bail pour un certain nombre d'années, mais il ne comporte pas d'institution comme le bail à perpétuité; par suite, si nous rencontrons une perpétuité de ce genre, si elle comporte, comme je le crois, le droit à la possession, elle ne peut être à proprement parler décrite comme un bail ou une propriété sans condition, parce qu'on n'avait pas eu l'intention de céder à la *Dover Company* une quelconque partie du

But it is to my mind equivalent to a lease, so far as regards the possession of the surface and adjuncts necessary for the working of the line.

Newfoundland achieved responsible government in 1855 and Dominion status in 1917. Counsel for the appellant submits that statutes of the Governor, the Legislative Council and the House of Assembly, in legislative session, are acts of Parliament. It follows, he says, that the Government of Newfoundland had the authority and competence to create leasehold interests in respect of waters and water power which might otherwise be unknown, and I must say that I agree with this submission if such is the nature of the agreement entered into between the parties. The question of whether the agreement is a lease or a licence is not, however, an easy matter to determine from the present state of the authorities. The problem, basically, involves a determination of the significance of the exclusive possession of a non-owner occupier who is not a trespasser. The difficulty resides in the ambiguity of the term "exclusive possession" which may be used in the sense of sole possession or dominant control in fact as in *Westminster v. Southern Rly. Co.* [1936] A.C. 511, or as meaning a right to sole possession such as in *Addiscombe Garden Estates Ltd. v. Crabbe* [1958] 1 Q.B. 513. The matter is also due to the fact that certain decisions have emphasized, as a determining factor, the intention of the parties. In *Errington v. Errington and Woods* [1952] 1 K.B. 290, however, Lord Denning stated at p. 298:

... although a person who is let into exclusive possession is *prima facie* to be considered to be a tenant, nevertheless he will not be held to be so if the circumstances negative any intention to create a tenancy ...

According to this decision, the test can be said to be in the case of a licence, whether the parties' actual intention was to create a mere permissive privilege of exclusive possession whereas in the case of a lease, the intention was to create an interest in land. A licence,³ as a matter of fact, confers no rights and is merely a dispensation. Cf. *Thomas v. Sorrell* (1674) Vaughan 330. It merely prevents a licensee from being treated as a wrongdoer, without the

terrain, mais uniquement le droit à la possession ou à l'occupation. Je comprends donc facilement pourquoi le terme «bail», ou quelque terme semblable, n'a pas été utilisé. Mais, à mon sens, cela équivaut à un bail, pour autant qu'il concerne la possession de la surface et de ses accessoires, nécessaires pour l'établissement de la ligne.

Terre-Neuve a obtenu un gouvernement responsable en 1855 et le statut de Dominion en 1917. Le procureur de l'appelante soutient que les lois du gouverneur, du conseil législatif et de la chambre d'assemblée, en session, sont des lois du Parlement. Il s'ensuit, dit-il, que le gouvernement de Terre-Neuve avait pouvoir et qualité pour créer des tenures à bail relatives aux eaux et à l'énergie hydro-électrique, tenures qui n'auraient pu être créées autrement, et je dois dire que je souscris à cette assertion, si telle est la nature de la convention conclue entre les parties. La question de savoir si la convention constitue un bail ou un permis n'est toutefois pas facile à trancher en s'appuyant sur l'état actuel de la jurisprudence. Fondamentalement, le problème implique une détermination de la portée de la possession exclusive d'un occupant non propriétaire qui n'est pas un intrus. La difficulté réside dans l'ambiguïté de l'expression «possession exclusive» qui peut s'employer dans la seule possession ou domination de fait, comme dans l'arrêt *Westminster c. Southern Rly. Co.* [1936] A.C. 511, ou comme signifiant un droit à la seule possession comme dans l'arrêt *Addiscombe Garden Estates Ltd. c. Crabbe* [1958] 1 Q.B. 513. Le problème provient aussi du fait que certaines décisions ont insisté, comme facteur déterminant, sur l'intention des parties. Cependant, dans l'arrêt *Errington c. Errington et Woods* [1952] 1 K.B. 290, Lord Denning déclarait à la page 298:

[TRADUCTION] ... bien qu'une personne à qui on remet la possession exclusive doive être présumée locataire, elle ne sera pas néanmoins considérée comme telle si les circonstances contredisent toute intention de créer une location ...

D'après cette décision, lorsqu'il s'agit d'une licence, on peut dire que le critère est le suivant: les parties avaient-elles réellement l'intention de créer une simple autorisation privilégiée à la possession exclusive? D'autre part, lorsqu'il s'agit d'un bail, avaient-elles l'intention de créer un droit sur l'immeuble? Un permis, effectivement, ne confère aucun droit; il constitue simplement une dispense. Cf. *Thomas c. Sorrell* (1674) Vaughan 330. Il empêche simplement le

right to exclude the licensor. The licensee whose possession is exclusive would, therefore, have factual exclusive possession⁴ but without any right to it. If such a situation can exist, it would appear that there could be little difference in practice between a licensee and a tenant at will. The tenant would, of course, have exclusive possession as of right and the licensee would possess a mere privilege⁵ of doing acts of control subject to the power of the licensor to revoke them. There, therefore, appears to be very little to distinguish a lease from a licence if the criterion of exclusive possession is considered.

The second factor is, as suggested by Lord Denning, in the above case⁶ to examine the intention of the parties and this is always rather difficult as the only way to do so is to consider the circumstances in which the agreement was drawn and infer therefrom what the parties intended, whether there was an intention to confer a right of exclusive possession⁷ or merely a privilege. In *Facchini v. Bryson* [1952] 1 T.L.R. 1386, it was said that usually where a non-owner non-trespasser has exclusive possession, the presumption will be that a tenancy had been granted. It was also therein stated at p. 1389 that where "a family arrangement, an⁸ act of friendship or generosity or such like" was found, it would negative any intention to create a tenancy. The term "permissive occupation" has been used in some cases to describe such a situation. In *Cobb v. Lane* [1952] 1 All E.R. 1199, a tenancy and not a licence was⁹ found although there was a clause in the agreement that nothing in it was to be construed so as to create a tenancy. It was said therein that the label chosen by the parties was not conclusive. The importance of the right of the occupier to keep the landlord out¹⁰ was also stressed and, of course, such a right is the usual indication of a right of exclusive possession. In *Addiscombe Garden Estates Ltd. v. Crabbe (supra)* at p. 528, Jenkins L.J. stated that:

détenteur du permis d'être considéré comme un intrus, sans enlever le droit d'entrée à celui qui accorde⁶ le permis. Le permis qui accorde la possession exclusive comporterait donc la possession exclusive de fait mais sans en accorder le droit. Si une telle situation peut exister, il semble qu'il pourrait y avoir peu de différence pratique entre un détenteur de permis et un locataire durant bon plaisir.⁷ Le locataire, bien sûr, aurait droit à la possession exclusive de droit tandis que le détenteur de permis posséderait un simple privilège d'accomplir des actes de maîtrise, sous réserve du pouvoir qu'a celui qui accorde le permis de le lui retirer. Il semble donc qu'il y ait⁸ très peu de distinction entre un bail et un permis si l'on tient compte du critère de la possession exclusive.

Le deuxième critère suggéré par Lord Denning dans l'arrêt précédent consiste à examiner l'intention des parties; ceci est toujours assez difficile, car la seule façon d'y⁹ parvenir est d'étudier les circonstances qui ont entouré la rédaction de la convention et d'en déduire si l'intention des parties était de conférer un droit à la possession exclusive ou simplement un privilège. Dans l'arrêt *Facchini c. Bryson* [1952] 1 T.L.R. 1386, on a déclaré qu'¹⁰ordinairement, lorsqu'un non-propriétaire qui n'est pas un intrus a la possession exclusive, il y a une présomption qu'une location a été accordée. On y déclarait aussi à la page 1389 que lorsqu'on constatait [TRADUCTION] «une entente entre membres d'une famille, un acte d'amitié, de¹¹ générosité ou un acte du même genre» cela contredisait toute intention de créer une location. L'expression «tolérance d'occupation» a été employée dans certains arrêts pour décrire une situation de ce genre. Dans l'arrêt *Cobb c. Lane* [1952] 1 All E.R. 1199, on a constaté qu'il s'agissait¹² d'une location et non d'un permis, bien que la convention ait comporté une clause suivant laquelle aucune de ses dispositions ne devait s'interpréter de façon à créer une location. On y avait déclaré que l'étiquette choisie par les parties n'était pas déterminante. L'importance du¹³ droit de l'occupant à ne pas accorder l'entrée au propriétaire avait également été soulignée et, bien sûr, ce droit est l'indication habituelle d'un droit de possession exclusive. Dans l'arrêt *Addiscombe Garden Estates Ltd. c.*

... the law remains that the fact of exclusive possession, if not decisive against the view that there is a mere licence, as distinct from a tenancy, is at all events a consideration of the first importance. In the present case there is not only the indication afforded by the provision which shows that exclusive occupation was intended, but there are all the various other matters which I have mentioned, which appear to me to show that the actual interest taken by the grantees under the document was the interest of tenants, and not the interest of mere licensees.

The Court in that case felt that provisions in the agreement which imposed obligations on the occupier to repair, not to cut down trees, not to remove clay, to make monthly payments to the owners were more appropriate to the grant of a tenancy than of a licence. I must⁶ say that although the Court, in the above case, felt that such obligations were helpful in determining whether the agreement was a lease or a licence, I fail to see how such matters can be of any great assistance. There is, as a matter of fact in the authorities, no⁶ one test which can enable one to determine such matters with any amount of certainty. In *Bracey v. Read* [1962] 3 All E.R. 472, Cross J. stressed the importance of business arrangements when, at p. 475, he held that a tenancy had been created. He said:

... In the case of a business transaction like this I think that the question whether a man ought to be considered as a licensee or a tenant depends principally, if not entirely, on whether he has exclusive possession of the property in question. Under arrangements which are not of an ordinary business character, one very often has a man in exclusive possession of the property in question who is yet not a tenant but only a licensee; but no case was cited to me, and I do not know of any case, where a man who is in exclusive possession under an ordinary business agreement has been held not to be a tenant but only a licensee.

Although the above decisions are, in some small measure, of assistance, there is still considerable obscurity and, therefore, uncertainty in that it is still not clear as to what extent an intention must be a real one and if it is a real intention, precisely what has to be intended.⁴ Some decisions are to the effect that a right to exclusive possession was not necessarily deci-

Crabbe (précité), le lord juge Jenkins déclarait à la page 528:

[TRADUCTION] ... il n'en demeure pas moins que la possession exclusive, si elle n'est pas concluante face à l'opinion qu'il s'agit d'un simple permis, par opposition à une location, constitue en tout cas une considération de première importance. En l'espèce, il n'y a pas uniquement l'indication fournie par la disposition montrant qu'on envisageait une occupation exclusive, mais il y a toutes les diverses autres choses que j'ai mentionnées et qui me semblent montrer que le droit attribué en réalité aux bénéficiaires en vertu du document était celui d'un locataire et non celui d'un simple détenteur de permis.

En l'espèce, la Cour était d'opinion que les dispositions apparaissant à la convention et imposant à l'occupant l'obligation de faire des réparations, de ne pas abattre d'arbres, de ne pas enlever d'argile, de faire des paiements mensuels au propriétaire convenaient davantage à une location qu'à un permis. Bien que la Cour, dans cette affaire, ait été d'opinion que ces obligations aidaient à déterminer si la convention constituait un bail ou un permis, je dois dire que je ne parviens pas à voir comment ces considérations peuvent être d'une grande utilité. En fait, la jurisprudence ne fournit aucun critère pouvant permettre de trancher de telles questions avec quelque certitude. Dans l'arrêt *Bracey c. Read* [1962] 3 All E.R. 472, le juge Cross a souligné l'importance des dispositions commerciales lorsqu'il a jugé, à la page 475, qu'on avait créé un bail. Il déclarait:

[TRADUCTION] ... Dans une transaction commerciale comme celle-ci, je pense que la question de savoir si une personne doit être considérée comme détenteur d'un permis ou comme locataire repose principalement, sinon entièrement, sur le fait qu'elle a ou qu'elle n'a pas la possession exclusive de la propriété en cause. En vertu des conventions qui ne ressortissent pas du commerce courant, on peut très souvent se trouver en présence d'une personne qui a la possession exclusive de la propriété en cause sans toutefois être devenue locataire, mais seulement détenteur de permis; mais on ne m'a cité aucune jurisprudence, et je n'en connais aucune, où une personne ayant la possession exclusive en vertu d'une convention commerciale ordinaire a été jugée être non pas locataire, mais uniquement détenteur de permis.

Bien que les décisions susmentionnées s'avèrent utiles dans une faible mesure, il reste encore de nombreux points obscurs et, partant, incertains en ce sens qu'il n'est pas clairement établi dans quelle mesure une intention doit être réelle et, s'il y a intention réelle, quel doit être l'objet précis de cette intention. Certaines décisions portent qu'un droit à la possession exclu-

sive of the question. Others held that a right to exclusive possession was decisive. In *Radaich v. Smith* (1959) 101 C.L.R. 209, Windeyer J. (at p. 223) stated that:

... persons who are allowed to enjoy sole occupation in fact are not necessarily to be taken to have been given a right of exclusive possession in law. If there be any decision which goes further and states positively that a person legally entitled to exclusive possession for a term is a licensee and not a tenant, it should be disregarded, for it is self-contradictory and meaningless.

It appears to me that the very concept of "interest in land" is ambiguous and obscure. There is, as a matter of fact, no answer given in any of the authorities I read as to what are the circumstances which would normally involve the existence of "an interest in land" and the further question may also be asked whether the existence or non-existence of an "interest in land" is a matter of law or merely a matter of fact.

Lord Davey in *Glenwood Lumber Co. v. Phillips* [1904] A.C. 405, even held that the agreement was a lease despite the fact that there were certain restrictions or reservations of the purposes for which the property could be used. He said at p. 408:

... In the so-called licence itself it is called indifferently a licence and a demise, but in the Act it is spoken of as a lease, and the holder of it is described as the lessee. It is not, however, a question of words but of substance. If the effect of the instrument is to give the holder an exclusive right of occupation of the land, though subject to certain reservations or to a restriction of the purposes for which it may be used, it is in law a demise of the land itself . . .

Although the determination of the nature of the agreement here is fraught with difficulties, an examination of the terms or language of the agreement and of the statute which sanctioned it in the light of the above decisions may assist in reaching a conclusion herein.

The water power or powers on the Humber River were demised to the Newfoundland Products Corporation on April 16, 1915 for a term of 99 years and I must say that it would appear from the language of the agreement that the intention of the parties was to create a lease. This intention can be drawn from a number of

sive ne constituait pas nécessairement la solution au problème. D'autres sont en sens contraire. Dans l'arrêt *Radaich c. Smith* (1959) 101 C.L.R. 209, le juge Windeyer déclarait à la page 223:

[TRADUCTION] . . . des personnes à qui l'on permet de jouir de l'occupation exclusive de fait ne doivent pas nécessairement être considérées, en droit, comme ayant reçu un droit à la possession exclusive. S'il y avait une quelconque décision outrepassant ce principe et déclarant péremptoirement qu'une personne ayant juridiquement droit à la possession exclusive pour une durée donnée est un détenteur de permis et non un locataire, on ne devrait pas en tenir compte car elle se contredit elle-même et n'a pas de sens.

Il me semble que l'idée même de «droit sur un immeuble» est ambiguë et obscure. En effet, nulle part, dans la jurisprudence que j'ai consultée, je n'ai trouvé de solution à la question de savoir quelles circonstances impliqueraient normalement l'existence d'un «droit sur un immeuble» et on peut également se demander si l'existence ou la non-existence d'un «droit sur un immeuble» est une question de droit ou simplement une question de fait.

Dans l'arrêt *Glenwood Lumber Co. c. Phillips* [1904] A.C. 405, Lord Davey est allé jusqu'à juger que la convention était un bail en dépit du fait qu'elle comportait certaines restrictions ou réserves dans l'utilisation qu'on pouvait faire de la propriété. Il déclarait à la page 408:

[TRADUCTION] . . . Dans le prétendu permis lui-même, on l'appelle indifféremment permis et bail, mais dans la Loi, on en parle comme d'un bail, et son détenteur est désigné comme étant le locataire. Il ne s'agit cependant pas d'une question de mots mais d'une question de substance. Si l'acte a pour effet de donner au détenteur un droit exclusif à l'occupation du terrain, même s'il est soumis à certaines réserves ou à une restriction de l'utilisation qu'il peut en faire, il s'agit, en droit, d'un bail de l'immeuble lui-même . . .

Bien que la détermination de la nature de la convention en cause soit chargée de difficultés, un examen des termes ou de la rédaction de la convention et de la loi qui l'a sanctionnée, à la lumière des décisions précédentes, peut aider à parvenir à une conclusion.

L'énergie ou les forces hydro-électriques de la rivière Humber ont été louées à la Newfoundland Products Corporation le 16 avril 1915 pour une durée de 99 ans et je dois dire qu'il semble, d'après les termes de la convention, que les parties avaient l'intention de créer un bail. Cette intention peut être déduite de

sources and especially from the use of the word "demised" in paragraph 1 and paragraph 17 of Ex. ASF-1 where the word "demised" is used twice in the first line, "The Government hereby demises" and in the fifth line again a reference to a demise of the same, and then in paragraph 17, the first line "If this demise" and the word "demise" when used in its ordinary sense means to grant a lease. Cf. Jowitt, Dictionary of English Law, p. 607³.

The use of the word "held" in paragraph 1 of Ex. ASF-1 "such water power or water powers shall be taken to be held" also would seem to indicate that a lease is intended as Jowitt, at p. 915, says the word "hold" means "to have as a tenant" and, lastly, at paragraph 17 of Ex. ASF-1:

If this demise shall not have been determined other than by effluxion of time, the Government will . . . grant . . . a new lease . . .

where the use of the word lease clearly shows that such a grant was intended.

Paragraph 17, the renewal of the lease clause, would indeed imply that if what is going to be given as a renewal is a lease, what the concessionaire held was also one.

There are, however, as already mentioned, many decisions to the effect that the mere use of the word lease or demise is not sufficient to transform an agreement into a lease if in fact it is not such an instrument. An examination of the rights granted here and the use made, or to be made, of the land and territory covered by the agreement should, however, in my view, enable the determination of the nature of the grant made by the Government of Newfoundland to the appellant. It was, of course, given as mentioned in the third and fourth "WHEREAS" of the indenture, "certain rights and privileges" and "water power and waters upon the Humber River and Junction Brook" and in section 1 of the indenture

The Government . . . demised . . . to the Company . . . the water power or powers in and upon the Humber River, and in and upon Junction Brook, and for the purpose of its works and operations the Company shall have the right to

nombre de sources et particulièrement de l'utilisation du mot «loué» aux alinéas 1 et 17 de la pièce ASF-1, où le mot «loué» est employé deux fois dans la première ligne, «le Gouvernement, par les présentes, loue» et de la cinquième ligne encore où l'on parle d'un bail du même genre, puis de l'alinéa 17, première ligne, «si le présent bail» et le mot «bail», lorsqu'on l'emploie dans son sens ordinaire, signifie accorder un bail. Cf. Jowitt, Dictionary of English Law, p. 607³.

L'utilisation du mot «détenues» à l'alinéa 1 de la pièce ASF-1, [TRADUCTION] «cette énergie ou ces forces hydrauliques doivent être considérées comme détenues» semble également indiquer qu'on envisageait un bail car Jowitt, à la page 915, déclare que le mot «détenir» signifie [TRADUCTION] «avoir à titre de locataire» et, enfin, on trouve à l'alinéa 17 de la pièce ASF-1 ce qui suit:

[TRADUCTION] Si le présent bail ne devait prendre fin que par l'expiration du terme, le Gouvernement . . . accordera . . . une nouvelle location . . .

où l'emploi du mot location indique clairement qu'il s'agit bien de ce qu'on voulait accorder.

A l'alinéa 17, la clause de renouvellement de bail, implique en fait que si ce qui sera accordé à titre de renouvellement est un bail, ce que le concessionnaire détenait en était également un.

Il y a cependant, comme je l'ai déjà mentionné, de nombreuses décisions suivant lesquelles la simple utilisation du mot location ou bail n'est pas suffisante pour transformer une convention en un bail si effectivement il ne s'agit pas d'un tel acte. Une étude des droits accordés en l'espèce et de l'utilisation faite ou que l'on doit faire des terrains et du territoire faisant l'objet de la convention devrait toutefois, à mon avis, permettre de déterminer la nature de ce que le gouvernement de Terre-Neuve a accordé à l'appelante. Bien sûr, comme le mentionnent le troisième et le quatrième «ATTENDU» du contrat, on lui accordait certains «droits et privilèges» et «l'énergie et les forces hydrauliques de la rivière Humber et du ruisseau Junction» et, à l'article (1) du contrat,

[TRADUCTION] Le Gouvernement . . . loue . . . à la compagnie . . . l'énergie ou les forces hydrauliques de la rivière Humber et du ruisseau Junction; aux fins de ses travaux et activités, la compagnie aura le droit de détourner, bloquer

divert, stop or dam up any stream, lake or water course within the drainage area of the Humber River, *and to make, construct or maintain any dam, water course, culverts, drains and reservoirs in said area for any of its said works or operations . . .* (The italics are mine).

It therefore appears that the appellant, or its predecessors in title, was given the right to erect whatever works necessary to produce electricity and from clause 3 of the agreement, agreed that it would

. . . furnish at any of its power houses in Labrador to any person or company engaged in any industry or employment . . . within one hundred miles of any such power house, such electrical power as may be required for the operation of any such industry or employment at a price to be agreed upon and failing such agreement to be settled by arbitration . . .

Clause 9 of the agreement also contemplates the possibility of the grantee

. . . acquiring *lands incident to flowage rights or rights of way for telegraphs, telephones, power transmission lines, railways, tramways, roads or sites for mills, works, factories, warehouses or for wharves, piers or docks, or other shipping facilities in connection with the Company's operations for the purposes aforesaid*, and within a distance of fifty miles therefrom, up to and not exceeding in the whole ten thousand acres, on lands belonging to and in the possession of the Crown, the Governor in Council shall, upon the request in writing of the Company, convey such lands to the Company at the price of thirty cents per acre. (The italics are mine).

As for the acquiring of lands incident to flowage rights not belonging to or not in the possession of the Crown clause 10 provides for their acquisition by arbitration. Clauses 15 and 16 also provide for a method of indemnification by arbitration in the event the exercise of any of the company's rights "submerge, destroy, damage or injuriously affect any private rights, interests, lands or property" or any Crown rights.

Now although clause 20 of the agreement provides for the right of persons to the temporary use of the said waters for the purpose of passing to and fro in small boats and for the purpose of floating logs and lumber belonging to such persons to their mills "provided that such use shall not interfere with or prejudice

ou endiguer tous ruisseaux, lacs ou cours d'eau faisant partie du bassin hydrographique de la rivière Humber *et de faire, ériger ou maintenir dans ledit bassin tous barrages, cours d'eau, canaux, fossés de dérivation et réservoirs aux fins de ses travaux et activités . . .* (J'ai moi-même ajouté les italiques).

Il semble donc que l'appelante, ou ses prédécesseurs en titre, se voyait accorder le droit d'ériger tous ouvrages nécessaires à la production d'électricité et, aux termes de l'article 3 de la convention, elle convenait de

[TRADUCTION] . . . fournir, à chacune de ses usines génératrices au Labrador, à toute personne ou compagnie s'occupant à tout emploi ou industrie . . . à l'intérieur d'un rayon de cent milles de ses usines, l'énergie électrique qui peut être nécessaire pour l'exploitation de toute telle industrie ou emploi à un prix à convenir et, à défaut d'entente sur ce prix, à fixer par arbitrage . . .

L'article 9 de la convention envisage également la possibilité que si le bénéficiaire

[TRADUCTION] . . . se porte acquéreur des *terrains nécessaires aux droits de flottage ou aux droits de passage de lignes de transmission télégraphique, téléphonique et d'énergie électrique, aux chemins de fer, aux tramways, aux chemins, ou aux emplacements de moulins, d'ouvrages, d'usines, d'entrepôts ou de quais, de jetées ou de bassins, ou d'autres installations d'expédition relativement aux activités de la compagnie aux fins ci-dessus mentionnées*, et à l'intérieur d'un rayon de cinquante milles de ces endroits, jusqu'à un total de dix mille acres, sans toutefois excéder cette superficie, sur des terres appartenant à la Couronne et en possession de celle-ci, le gouverneur en conseil, sur demande écrite de la compagnie, cédera ces terrains à la compagnie au prix de trente cents l'acre. (J'ai moi-même ajouté les italiques).

Relativement à l'acquisition de terrains nécessaires aux droits de flottage n'appartenant pas à la Couronne ou n'étant pas en possession de celle-ci, l'article 10 prévoit leur acquisition par voie d'arbitrage. Les articles 15 et 16 prévoient également un mode d'indemnisation par voie d'arbitrage dans le cas où l'exercice des droits de la compagnie viendrait à [TRADUCTION] «immerger, détruire, endommager ou affecter désavantageusement tous droits, intérêts, terrains ou biens appartenant à des particuliers» ou tous droits de la Couronne.

Bien que l'article 20 de la convention prévoie le droit des personnes à utiliser de façon temporaire lesdites eaux pour y circuler en embarcations légères et y faire le flottage du bois leur appartenant jusqu'à leur scierie ou moulin à papier, [TRADUCTION] «à condition toutefois que pareille utilisation ne gêne pas ou n'entrave

the business or operations of the Company", I do not think that it can be said that the grantee was not given exclusive possession or, at least, a quasi-exclusive possession of the water sheds where it could exploit the water power and the flowage rights of the property it was granted as it may be inferred from the agreement as well as from the statute that one does not build dams or power developments without causing a certain surface of land to be submerged either permanently or intermittently for the purpose of developing the electricity to be supplied to certain industries in Newfoundland. Furthermore, I cannot see how the erection of dams or of hydro-electrical plants or other similar works on the soil of another can fail to create at least some sort of an interest in the land. It has indeed been held for centuries, at least since the Middle Ages, in the common law that anyone who is in exclusive possession of land had necessarily an interest in that land however exiguous that interest may be.

There is, it is true, no rent provided for in the agreement but there is, as pointed out above, certain undertakings of the grantee including investments of considerable funds which, in my view, are of such a nature that it cannot be said that this grant was given gratuitously and such a consideration, I believe, can be equated to a rental even if the agreement provides for payment by the grantee of a token amount of \$20 only.

On the balance of the conflicting considerations which apply to the present situation, I have come to the conclusion that the real effect of this agreement, which is strictly of a business character, is to give the appellant an exclusive right of occupation for the purpose of the grant and on the proper construction of the agreement as well as the statute, I must hold that it creates a tenancy.

Having thus determined that the agreement is a lease, there would be no need to go any further as this would be sufficient to allow the appellant to succeed in applying capital cost allowances to its lease. As the matter may, however, be appealed, I must deal also with the second issue which is whether the grant of the

pas l'entreprise ou les activités de la compagnie», je ne crois pas que l'on puisse dire que le bénéficiaire ne recevait pas la possession exclusive ou, au moins, une possession quasi-exclusive des versants d'eau où elle pouvait exploiter l'énergie hydraulique et les droits de flottage que comportaient les biens qu'elle se voyait accorder, car on peut déduire de la convention aussi bien que de la loi que quelqu'un ne peut construire de barrages ou d'installations d'énergie, dans le but de fournir l'électricité à certaines industries de Terre-Neuve, sans que certaines superficies de terrains ne soient submergées de façon permanente ou intermittente. En outre, je ne vois pas comment l'érection de barrages, d'usines hydro-électriques ou d'autres ouvrages du même genre sur le terrain d'autrui ne peut créer au moins une certaine sorte de droit sur ce terrain. En effet, il est de jurisprudence depuis plusieurs siècles, au moins depuis le moyen-âge, en *common law*, que quiconque a la possession exclusive d'un terrain a nécessairement un droit, si petit soit-il, sur ce terrain.

Il est vrai que la convention ne prévoit aucun loyer mais, comme je l'ai déjà mentionné, elle comporte certains engagements de la part du bénéficiaire, notamment des investissements considérables de capitaux qui, à mon sens, sont de nature telle qu'on ne peut pas dire que cet octroi a été consenti à titre gratuit; une telle considération, je crois, peut être l'équivalent d'un loyer même si la convention ne prévoit, de la part du bénéficiaire, qu'un paiement symbolique de \$20.

D'après la prépondérance des points en conflit qui s'appliquent à la situation en l'espèce, j'en suis venu à la conclusion que l'effet réel de cette convention, qui est strictement de nature commerciale, est de donner à l'appelante un droit exclusif d'occupation aux fins de l'octroi et, d'après l'interprétation exacte de la convention aussi bien que de la loi, je dois déclarer qu'elle crée une location.

Ayant ainsi établi que la convention est un bail, point n'est besoin d'aller plus loin car ceci suffit à permettre à l'appelante d'avoir gain de cause en appliquant à son bail des allocations à l'égard du coût en capital. Cependant, comme la question peut être portée en appel, je dois également traiter de la seconde question, celle de

Humber River rights, which the parties agree was (if not a lease) a franchise, was for a limited period as required by clause 14 of Schedule B of the Regulations. If the grant was for a limited period, capital cost allowance may also be applied to it and, if not, it may not. The reasons for this is that if the grant is for an unlimited period, it is in effect like land, *i.e.*, an asset which is not going to disappear, as it goes on forever.

The *Income Tax Act* and Regulations contain no express rules to determine when and under what circumstances a franchise or a concession is for a limited period and, therefore, the words used must be given their normal every day meaning. The cases in the Exchequer Court appear to me to have gone no further than to say that if a franchise or concession may be terminated during the period of the term, then it is not for a limited period. Cf. *Armand Plouffe v. M.N.R.* [1964] C.T.C. 500, and *M.N.R. v. Kirby-Maurice Co.* [1958] C.T.C. 41.

The Humber River grant (Ex. ASF-1) was for a period of 99 years. There was no provision for termination during the term by either party. However, in *Crystal Spring Beverage Co. v. M.N.R.* [1964] C.T.C. 408, Gibson J. at p. 410 stated:

The franchise agreement . . . is for five years plus a five-year option, which for the purpose of the *Income Tax Act* would result in an apportionment for capital cost allowance over a ten-year period.

This statement is, however, clearly *obiter dictum* as it was not relevant to the issue which was whether \$18,000 paid to induce a third party to give up a franchise was part of the capital cost of the franchise.

Clause 17 of Ex. ASF-1 says that:

17.—If this demise shall not have been determined other than by effluxion of time, the Government will, at the request and cost of the Company, at the expiration of the term hereby granted, and again at the expiration of every further term of ninety-nine years, which may hereafter be

savoir si l'octroi des droits sur la rivière Humber, point sur lequel les parties s'entendent pour dire qu'ils constituaient un permis (sinon un bail), avait une durée limitée comme l'exige la catégorie 14 de l'annexe B des règlements. Si l'octroi avait une durée limitée, l'allocation à l'égard du coût en capital peut également y être appliquée et, dans la négative, elle ne le peut pas. Les raisons de cet état de choses sont que si l'octroi a une durée illimitée, c'est comme si effectivement il s'agissait d'un terrain, *i.e.* un bien qui demeure, qui dure éternellement.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* et ses règlements ne contiennent aucune règle expresse permettant de déterminer quand et en quelles circonstances un permis ou une concession ont une durée limitée et, partant, il faut donner aux mots employés leur sens de tous les jours. Les arrêts de la Cour de l'Échiquier me semblent s'être contentés de dire que si on peut mettre fin à un permis ou à une concession pendant la durée de son terme, ils n'ont pas alors une durée limitée. Cf. *Armand Plouffe c. M.R.N.* [1964] C.T.C. 500, et *M.R.N. c. Kirby-Maurice Co.* [1958] C.T.C. 41.

Les droits sur la rivière Humber (pièce ASF-1) ont été consentis pour une durée de 99 ans. Il n'y avait aucune disposition relative à la résiliation pendant cette période par l'une ou l'autre des parties. Cependant, dans l'arrêt *Crystal Spring Beverage Co. c. M.R.N.* [1964] C.T.C. 408, le juge Gibson déclarait à la page 410:

[TRADUCTION] La convention de concession . . . est d'une durée de cinq ans et comporte en outre une option de cinq ans qui, aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, aboutit à une répartition de l'allocation à l'égard du coût en capital sur une période de 10 ans.

Toutefois, cette déclaration est clairement un *obiter dictum* car elle ne se rattache pas au litige qui consistait à déterminer si les \$18,000 payés pour convaincre un tiers d'abandonner une concession faisaient partie du coût en capital de la concession.

L'article 17 de la pièce ASF-1 déclare que:

[TRADUCTION] Si le présent bail ne devait prendre fin que par l'expiration du terme, le Gouvernement, sur requête et aux frais de la compagnie, à l'expiration du terme stipulé aux présentes et à l'expiration de tout autre terme additionnel de 99 ans pouvant ci-après être accordé en vertu des

granted under this covenant, grant to the Company, subject to the like covenants, provisions and agreements as are in and by these presents reserved and contained by way of renewal for the further term of ninety-nine years, to be computed from the expiration of the term hereby granted, *a new lease of the said rights.* (The italics are mine).

It appears here that the renewal is at the request of the franchise holder and does not automatically take place. Furthermore, it is clear that clause 17 provides, not for the extension of the existing Humber River grant but for a "new lease of the said rights" even if it is "subject to the like covenants, provisions and agreements as are in and by these presents reserved". This new lease could, and in my view, would have to be the subject of fresh negotiations and could include a number of new provisions and a number of the old provisions would be deleted or amended. For example, paragraphs 7, 8 and 13⁴ could not remain the same as they would now be *ultra vires* the Province of Newfoundland. This, of course, would necessarily mean that a new grant would be substantially different from the first one. The test here is simply whether the grant *per se* was for a limited period which, of course, as already mentioned, is for the practical purpose of enabling the taxpayer to compute the annual capital cost deduction. There is, on the other hand, nothing in the Act which requires that renewal rights be taken into consideration in determining the term of a franchise or a concession (see section 3(b) of Schedule H of the Income Tax Regulations⁵).

Exhibit ASF-1, in my view, does not provide for a continuation for a period of years but merely gives the grantee the right to apply for a new grant.

To suggest that a grant for a fixed term but with successive rights of renewal would not qualify for capital cost allowance is, in my view, to give to the expression "for a limited period" a construction which does not conform to the apparent scheme of the Act. (Cf. *Highway Sawmills Ltd. v. M.N.R.* [1966] C.T.C. 150, per Cartwright J. at p. 151).

présentes, accordera à la compagnie, aux mêmes conditions et stipulations que celles énoncées et contenues aux présentes par voie de renouvellement pour un terme additionnel de 99 ans, à compter de l'expiration du terme stipulé aux présentes, *une nouvelle location desdits droits.* (J'ai moi-même ajouté les italiques).

Il semble que le renouvellement aura lieu à la demande du concessionnaire et qu'il ne sera pas automatique. En outre, il est évident que l'article 17 est rédigé, non pas en vue d'une prolongation des droits accordés sur la rivière Humber, mais pour une [TRADUCTION] «nouvelle location desdits droits» même si elle est faite [TRADUCTION] «aux mêmes conditions et stipulations que celles énoncées et contenues aux présentes». Cette nouvelle location pourrait, et devrait à mon avis, faire l'objet de nouvelles négociations et pourrait comprendre nombre de nouvelles dispositions et un certain nombre des anciennes dispositions seraient rayées ou modifiées. Par exemple, les alinéas 7, 8 et 13⁴ ne pourraient pas demeurer tels qu'ils sont car ils seraient maintenant *ultra vires* de la province de Terre-Neuve. Bien sûr, ceci signifie nécessairement un nouveau contrat sensiblement différent du premier. La question en l'espèce est simplement celle de savoir si le contrat en lui-même était fait pour une durée limitée ce qui, comme je l'ai déjà mentionné, a évidemment comme résultat pratique de permettre au contribuable de calculer la déduction du coût annuel en capital. D'autre part, rien dans la Loi n'exige que l'on doive tenir compte des droits de renouvellements quand il s'agit d'établir la durée d'une concession (voir l'article 3b) de l'annexe H des Règlements de l'impôt sur le revenu⁵.

A mon sens, la pièce ASF-1 ne prévoit pas une prolongation pour un certain nombre d'années, mais donne simplement au bénéficiaire le droit de demander une nouvelle concession.

Prétendre qu'un contrat stipulant une durée déterminée, mais comportant des droits successifs de renouvellement, ne pourrait pas bénéficier de l'allocation à l'égard du coût en capital est, à mon sens, donner à l'expression «pour une durée limitée» une interprétation qui ne se conforme pas à l'esprit évident de la Loi (Cf. *Highway Sawmills Ltd. c. M.R.N.* [1966] C.T.C. 150, par le juge Cartwright, à la page 151).

The apparent scheme of the Act is to allow business expenses and deductions in the year they are made or incurred whereas under sections 4 and 12(1)(a) capital outlays relating to the business are allowed as deductions over a reasonable period.

I must, therefore, conclude that the phrase in class 14 "for a limited period" simply means "for a period capable of being ascertained" which the Humber River grant obviously is as it is a grant for 99 years (paragraph 1, Ex. ASF-1).

It then follows that in the alternative, the Humber River grant is for a limited period and, therefore, is a concession, franchise or licence within the meaning of class 14 of Schedule B of the Income Tax Regulations.

I now come to the third issue, the survey costs and engineering studies. The appellant's submission here is that these expenditures occurred in 1959 and 1960 and were properly deductible as current business expenses. Mr. Sansome explained why the above studies were made as follows:

A. We are looking continually looking into the feasibility of installing thermo power—power produced by steam. We are looking at our own existing facilities that we have now, the two stations, the Watson Brook Station and the Deer Lake Station, to see what changes can be made to increase the capacity of these two stations . . .

...
A. I might say that in the power business we have to do these studies and we are always looking at our resources in order to meet our customers' demand for power. The demand for electrical power is ever increasing and we always have to look to new sources of generation and so on. As an example of some of the things we have done, we have four transmission lines from Deer Lake, or Deer Lake Station to Corner Brook. In the '50's these were reconductors using a new more efficient conductor and by doing this we decreased the losses, the transmission losses on those lines from approximately ten percent down to five percent. Looking at our Deer Lake plant we have carried out many studies on the plant itself with a view to increasing the capacity and capability of this plant—some of the things that we have finally done have been in installing new runners, runners being water wheels, in our seven smaller units and together

L'esprit évident de la Loi est d'admettre les dépenses et déductions de l'entreprise dans l'année où elles ont été faites ou déboursées, tandis qu'en vertu des articles 4 et 12(1)a), les dépenses de capital relatives à l'entreprise sont acceptées à titre de déduction sur une période raisonnable.

Je dois donc conclure que l'expression «pour une durée limitée» de la catégorie 14 signifie simplement «pour une période pouvant être déterminée», sens que le contrat de la rivière Humber comporte évidemment car il est fait pour une durée de 99 ans (alinéa 1, pièce ASF-1).

Il en résulte donc subsidiairement que le contrat relatif à la rivière Humber est fait pour une durée limitée et constitue donc une concession ou un permis au sens de la catégorie 14 de l'annexe B des Règlements de l'impôt sur le revenu.

Je passe maintenant à la troisième question, les frais de recherches et d'études techniques. L'appelante prétend qu'en l'espèce ces dépenses se sont produites en 1959 et 1960 et étaient à bon droit déductibles à titre de dépenses d'exploitation courante. M. Sansome a expliqué de la façon suivante pourquoi ces études ont été faites:

[TRADUCTION] R. Nous examinons continuellement la possibilité de réalisation d'installations d'énergie thermique, l'énergie produite par la vapeur. Nous étudions nos installations existantes, les deux usines, celle du ruisseau Watson et celle du lac Deer, pour voir quelles modifications peuvent être apportées pour augmenter la puissance de ces deux usines . . .

...
R. Je dois dire que dans l'industrie de l'énergie nous devons procéder à ces études et nous examinons toujours nos ressources pour satisfaire à la demande d'énergie de nos clients. La demande d'énergie électrique augmente sans cesse et nous devons continuellement chercher de nouvelles sources de production, etc. Comme exemple de ce que nous avons fait, prenons les quatre lignes de transmission partant du lac Deer ou de l'usine du lac Deer jusqu'au ruisseau Corner. Au cours des années 50, nous avons utilisé un nouveau conducteur plus efficace qui a diminué les pertes, les pertes de transmission, sur ces lignes d'environ 10% à 5%. Quant à notre usine du lac Deer, nous avons fait de nombreuses études de l'usine elle-même dans le but d'augmenter la puissance et le rendement de cette usine—parmi les réalisations, il y a eu l'installation de nouvelles couronnes mobiles, il s'agit de roues à eau, dans nos sept unités plus petites

with new windings for these units, this increased their capacity to further or by a further ten percent. These units are capable of supplying or producing eleven thousand kilowatts. We looked at the possibility of diverting Perry's River, which is a river that flows into St. George's Bay which now does not flow into our water shed. This was found to be a possible diversion that could be made. There was some problem with the Department of Fisheries on this—if the diversion went ahead they would want us to make provisions for the salmon that run up that river. We looked at it but so far we have not done this. We did look at, as I said, Indian Brook, and did a diversion on that which diverts about eight billion, or eight BCF of water from that brook into our reservoir.

The job description of the Little Grand Lake project, for which Shawinigan Engineering Co. produced a report (Ex. A-4) reads as follows:

With the increasing demand on our system investigations must be made to utilize to greater advantage the power potential of our existing water shed. It is proposed to do a report of Little Grand Lake, one of the tributaries to our main storage basin. All field information presently available for this work and it is the intention to retain a consultant who will review the data available and make a report on the potential of this site.

This report covers things like the availability of construction materials at site, the geography of the area, the geology of the area, the hydrology, the run-off water, the water flows. Shawinigan Engineering Co. then concluded that:

Due to the high cost per horse power it is recommended that other available power sites be studied in comparison to ascertain if there is not a cheaper scheme.

The work order covering a field study to be carried out on the Hinds Brook potential was filed as Ex. A-6. The job description of the Hinds Brook project reads as follows:

In consideration of maximum utilization of our existing water shed it has been proposed to make a study to ascertain the most efficient means to derive the greatest potential on Hinds Brook. This area is part of our existing attachment basin but as yet it is not being used to its ultimate advantage.

The basis of the above requirement was to obtain a more efficient utilization of the appellant's existing water shed. A report was prepared by Montreal Engineering Co. (Ex. A-7)

ce qui, combiné avec de nouveaux enroulements pour ces unités, a encore augmenté leur puissance, soit d'encore dix pour cent. Ces unités peuvent fournir ou produire onze mille kilowatts. Nous avons envisagé la possibilité de détourner la rivière Perry, qui se jette dans la baie St-Georges et actuellement ne se jette pas dans notre bassin hydrographique. Ce détournement s'est avéré réalisable. Nous avons eu quelques problèmes avec le ministère des Pêcheries—si le détournement s'était réalisé, celui-ci aurait voulu que nous prenions des dispositions pour que le saumon puisse remonter cette rivière. Nous avons examiné ce projet mais nous ne l'avons pas réalisé jusqu'ici. Nous nous sommes penchés, comme je l'ai mentionné, sur le ruisseau Indian et le détournement que nous y avons réalisé a amené dans notre réservoir environ huit milliards ou huit MPC d'eau de ce ruisseau.

Voici la description des travaux du projet du Petit-Grand-Lac apparaissant au rapport produit par la Shawinigan Engineering Co. (pièce A-4):

[TRADUCTION] Avec la demande croissante que doit rencontrer notre réseau, il faut faire des recherches pour tirer le meilleur parti du potentiel en énergie de notre bassin hydrographique existant. Nous proposons de faire un rapport sur le Petit-Grand-Lac, un des tributaires de notre bassin principal et de rassembler tous les renseignements présentement disponibles pour cet ouvrage; nous avons l'intention de retenir les services d'un conseiller qui révisera les données disponibles et fera rapport sur le potentiel de cette région.

Ce rapport couvre des choses comme la disponibilité des matériaux de constructions sur place, la géographie et la géologie de la région, l'hydrologie, la perte et l'écoulement des eaux. La Shawinigan Engineering Co. a alors conclu que:

[TRADUCTION] Étant donné le prix de revient élevé au cheval-vapeur, il est recommandé de faire l'étude comparative des autres sources d'énergie disponibles pour s'assurer qu'il n'existe pas de projet plus économique.

La réquisition pour l'étude sur terrain du potentiel du ruisseau Hinds a été versée au dossier sous la cote A-6. La description du travail à faire sur le projet du ruisseau Hinds est ainsi rédigée:

[TRADUCTION] En vue d'utiliser au maximum notre bassin hydrographique existant, il a été proposé de faire une étude pour s'assurer des moyens les plus efficaces de détourner de la façon la plus profitable le potentiel du ruisseau Hinds. Cette région fait partie de notre bassin accessoire, mais jusqu'ici, nous n'en avons pas tiré le meilleur parti.

Cette exigence avait pour but de tirer le meilleur parti possible du bassin hydrographique existant de l'appelante. Montreal Engineering Co. a rédigé un rapport (pièce A-7), qui a sug-

who suggested three alternate methods of developing Hinds Brook or the Hinds Brook hydro potential.

Mr. Sansome explained that:

A. . . . As I have stated before, we have to continually be looking at the potential of the drainage areas of which we have control. We have to look at the hydro potential of all the sites that drain into our area, and also streams that are more or less contiguous with our area but do not at the present time drain into our area . . . We have also done the same thing—we have looked at the feasibility of installing controlling dams on Sheffield Lake as well.

No property resulted, however, to the appellant because of those expenditures. The sites were not developed. With regard to the Little Grand Lake project, it was not economically feasible to proceed at that time with the report. As for the Hinds Brook project, although it was economically feasible to proceed with the report and the appellant went so far as to arrange the financing for the job, it did not materialize. Just before it got off the ground, the Provincial Power Commission came onto the scene and wanted to develop a fairly large hydro site at Bay Despair. They offered to sell the appellant power from their Bay Despair plant at a cheaper rate than the appellant could produce at Hinds Brook at that time and the plan was abandoned.

The above studies or surveys are, in a sense, of a category similar to what the President of this Court (as he then was) said were expenses on revenue account when in *Canada Starch Co. v. M.N.R.* [1968] C.T.C. 466, he stated at p. 473:

. . . Huge sums must be spent on market surveys before a decision can be made as to what product to market or as to what trade mark or trade name to adopt. Industrial designers are employed at great expense to choose a colour and design for a label. Lawyers, accountants and economists find employment in the highly complicated process that has replaced the decisions that an individual would have made "by the seat of his pants". Nevertheless, from the point of view of what are current business operations and what are capital transactions, as it seems to me, the distinction follows the same line.

géré trois façons différentes de mettre en valeur le ruisseau Hinds ou le potentiel hydro-électrique du ruisseau Hinds.

M. Sansome a expliqué que:

[TRADUCTION] R. . . . Comme je l'ai déjà déclaré, nous devons examiner continuellement le potentiel des régions de drainage dont nous avons le contrôle. Nous devons examiner le potentiel hydro-électrique de toutes les régions qui s'écoulent dans la nôtre, ainsi que les ruisseaux qui sont plus ou moins contigus à notre région mais qui, à l'heure actuelle, ne s'écoulent pas dans notre région. . . . Nous avons également fait la même chose—nous avons examiné la possibilité de réaliser l'installation de barrages de contrôle sur le lac Sheffield.

Cependant, ces dépenses n'ont apporté aucun actif à l'appelante. Les emplacements ne furent pas mis en valeur. Pour ce qui est du projet du Petit-Grand-Lac, à ce moment-là il n'était pas économiquement possible de donner suite au rapport. Quant au projet du ruisseau Hinds, bien qu'il ait été économiquement possible de donner suite au rapport et que l'appelante ait même été jusqu'à prendre des dispositions pour financer le travail, il ne s'est pas réalisé. Tout juste avant qu'il ne débute, la Provincial Power Commission est entrée en scène, voulant mettre en valeur un projet hydro-électrique d'une certaine importance à Baie Despair. Elle a offert à l'appelante la vente de l'énergie de son usine de Baie Despair à un taux moins élevé que celui auquel l'appelante aurait pu produire au ruisseau Hinds à ce moment-là et le projet a été abandonné.

Ces études ou recherches sont, dans un sens, d'une catégorie semblable à ce que le président de cette Cour (maintenant juge en chef) a déclaré constituer des dépenses à compte de revenu lorsqu'il disait à la page 473 de l'arrêt *Canada Starch Co. c. M.N.R.* [1968] C.T.C. 466:

[TRADUCTION] . . . Des sommes importantes doivent être dépensées à des études de marché avant qu'une décision ne puisse être prise quant aux produits à mettre sur le marché ou quant à la marque de commerce ou au nom commercial à adopter. Des dessinateurs industriels sont embauchés à grands frais pour choisir la couleur et le dessin d'une étiquette. Des avocats, des comptables et des économistes se consacrent au procédé très compliqué qui a remplacé les décisions qu'un individu aurait prises «à la volée». Néanmoins, me basant sur ce que sont des activités commercia-

And then referring to what he had said in *Algoma Central Rly. v. M.N.R.* [1967] 2 Ex.C.R. 88 at p. 95 (a decision upheld on appeal [1968] C.T.C. 161), he said at p. 474:

... According to my understanding of commercial principles ... advertising expenses paid out while a business is operating, and directed to attracting customers to a business are *current expenses*.

And then in *Canada Starch Co. v. M.N.R.* (*supra*) he stated at page 474:

... Similarly, in my view, expenses of other measures taken by a businessman with a view to introducing particular products to the market—such as market surveys and industrial design studies—are also current expenses. They also are expenses laid out while the business is operating as part of the process of inducing the buying public to buy the goods being sold.

The costs here of the engineering studies conducted to examine the potential of appellant's drainage area or to determine the feasibility of constructing power developments at certain sites in Newfoundland were also incurred in my view or laid out while the business of the appellant was operating and was part of the cost of this business. Had it led to the building of plants, business profits would have resulted. Should these expenses be less current expenses because instead of being laid out in the process of inducing the buying public to buy the goods or with a view to introducing particular products to the market, they were laid out for the purpose of determining whether a depreciable asset should be constructed from which business gains could be collected and would then have been added to the value of this capital asset which would have been subject to capital cost allowances. I do not think so. The law with regard to the deduction of what might be called border-line expenses or "nothings" has moved considerably ahead in the last few years, as can be seen from the above decisions. The Chief Justice of the Supreme Court, in dismissing the appeal from the decision of the President in *M.N.R. v. Algoma Central Rly.*, (*supra*) at p. 162, referred with approval to the following statement by Lord Pearce in *B.P. Australia Ltd.*

les courantes et ce que sont des transactions de capital, il me semble que la distinction suit le même raisonnement.

Puis, se reportant à ce qu'il avait déclaré à l'arrêt *Algoma Central Rly. c. M.R.N.* [1967] 2 R.C.É. 88 à la page 95, (décision confirmée en appel [1968] C.T.C. 161), il déclarait à la page 474:

[TRADUCTION] ... D'après ma conception des principes commerciaux ... les dépenses publicitaires faites pendant qu'une entreprise est en activité et qui sont destinées à attirer les clients à une entreprise sont des dépenses courantes.

Puis, dans l'arrêt *Canada Starch Co. c. M.R.N.* (précité), il déclarait à la page 474:

[TRADUCTION] ... De la même façon, à mon sens, les dépenses d'autres genres engagées par un homme d'affaires dans le but de lancer des produits particuliers sur le marché—comme des études de mise en marché et des études de dessins industriels—sont également des dépenses courantes. Ce sont également des dépenses faites pendant que l'entreprise est en activité car elle fait partie du procédé incitant le consommateur à acheter les marchandises mises en vente.

En l'espèce, les dépenses consacrées aux études techniques menées pour étudier le potentiel de la région d'écoulement de l'appelante ou pour déterminer la possibilité de réalisation de construction de nouveaux ouvrages d'énergie à certains endroits de Terre-Neuve ont également, je pense, été effectuées ou engagées pendant que l'entreprise de l'appelante était en activité, faisant ainsi partie des frais de cette entreprise. Si elles avaient conduit à la construction d'usines, il en aurait résulté des bénéfices pour l'entreprise. Aurait-on dû porter ces dépenses ailleurs que dans les dépenses courantes parce que, au lieu d'être engagées pour inciter le consommateur à acheter les marchandises ou en vue de lancer un produit déterminé sur le marché, elles avaient été effectuées dans le but d'établir si l'on devait procéder à la construction d'un bien susceptible de dépréciation duquel on pourrait tirer des bénéfices, bien qui aurait alors été ajouté à la valeur de cette immobilisation et aurait bénéficié d'allocations à l'égard du coût en capital? Je ne le pense pas. En ce qui concerne la déduction de ce qu'on pourrait appeler les dépenses se trouvant dans des cas limités ou les «riens» le droit a considérablement évolué au cours des dernières années, comme on peut le constater dans les décisions qui précèdent. A la page 162 de l'arrêt

v. Comm'r of Taxation of Australia [1966] A.C. 224 at p. 264:

The solution to the problem is not to be found by any rigid test or description. It has to be derived from many aspects of the whole set of circumstances some of which may point in one direction, some in the other. One consideration may point so clearly that it dominates other and vaguer indications in the contrary direction. It is a commonsense appreciation of all the guiding features which must provide the ultimate answer.

The solution, therefore, "depends on what the expenditure is calculated to effect from a practical and business point of view rather than upon the juristic classification of the legal rights, if any, secured, employed or exhausted in the process" *Hallstroms Pty. Ltd. v. F.T.C.* 8 A.T.D. 190 at p. 196. The question of deductibility of expenses must, therefore, be considered from the standpoint of the company, or its operations, as a practical matter. Having regard to the facts and the circumstances of the work conducted by the appellant who is in the business of developing and marketing electricity, which business requires, as stated by Mr. Sansome, its manager, a continuous evaluation and appraisal of not only its power resources, but also its methods of operations, it appears to me that the expenditures of \$18,195 in 1959 and \$15,801 in 1960, were from a practical point of view, part of the current operations of the Company. These expenditures, it is true, did not materialize into any concrete assets for which capital allowances could have been obtained but they were made for the purpose of effecting an increase in the volume and the efficiency of its business and, therefore, for the purpose of gaining income (in such a way that their deduction is not prohibited by section 12(1)(a) cf. *Canada Safeway Ltd. v. M.N.R.* [1957] S.C.R. 717) and, as such, should be accepted as current expenses. In *Associated Investors of Canada v. M.N.R.* [1967] C.T.C. 138, Jackett P. (as he then was) held that losses from advanced commissions to salesmen of the company were deductible as operating expenses as they were, he said a part of the company's current business

M.R.N. c. Algoma Central Rly. (précité), le juge en chef de la Cour suprême, en rejetant l'appel de la décision du président, se reportait, en y souscrivant à la déclaration suivante de Lord Pearce dans l'arrêt *B.P. Australia Ltd. c. Comm'r of Taxation of Australia* [1966] A.C. 224 à la page 264:

[TRADUCTION] On ne peut pas trouver la solution du problème en appliquant un critère ou une description rigide. Elle doit découler de plusieurs aspects de l'ensemble des circonstances dont certaines peuvent aller dans un sens et d'autres dans un autre. Une observation peut se détacher si nettement qu'elle domine d'autres indications plus vagues dans le sens contraire. C'est une appréciation saine de toutes les caractéristiques directrices qui doit apporter la réponse finale.

La solution, donc, [TRADUCTION] «dépend de l'effet envisagé de la dépense d'un point de vue pratique et commercial plutôt que de la classification juridique des droits, s'il en est, garantis, employés ou épuisés en cours de route» *Hallstroms Pty. Ltd. c. F.T.C.* 8 A.T.D. 190 à la p. 196. La question de la déductibilité des dépenses doit donc, en pratique, être considérée du point de vue de la compagnie ou de ses activités. Compte tenu des faits et circonstances des activités de l'appelante dont l'entreprise consiste à produire et à mettre sur le marché de l'électricité, laquelle entreprise nécessite, comme l'a déclaré M. Sansome, son gérant, une estimation et une évaluation continues non seulement de ses ressources en énergie, mais aussi de ses modes d'opération, il me semble que des dépenses de \$18,195 en 1959 et de \$15,801 en 1960, du point de vue pratique, font partie des activités courantes de la compagnie. Ces dépenses, il est vrai, n'ont produit aucun bien matériel pour lequel on aurait pu obtenir des allocations de capital, mais elles ont été faites dans le but d'obtenir une augmentation du volume et de l'efficacité de son entreprise et partant, dans le but de gagner un revenu (de telle sorte que l'art. 12(1)a) n'empêche pas de les déduire cf. *Canada Safeway Ltd. c. M.N.R.* [1957] R.C.S. 717) et, comme telles, elles devraient être acceptées comme dépenses courantes. Dans l'affaire *Associated Investors of Canada c. M.N.R.* [1967] C.T.C. 138, le président Jackett (maintenant juge en chef) a jugé que les pertes de commissions versées par anticipation à des vendeurs de la compagnie étaient déductibles à titre de dépenses d'exploitation,

operations. In *Canada Starch Co. v. M.N.R.* [1968] C.T.C. 466, Jackett P. (as he then was) allowed an amount⁵ of \$15,000 paid to a competitor of the taxpayer to induce it to withdraw its opposition to the registration of a trade mark. It was, I believe, felt in the two above cases, that a business expenditure that is made or incurred for the purpose of gaining or producing⁷ income is no less a cost of doing business because it is not attached to depreciable property and the same should apply, I believe, when the business expenditure is made in vain and did not result in the creation of a depreciable asset such as we have here.

I do⁸ not indeed feel that merely because the expenditure was made for the purpose of determining whether to bring into existence a capital asset, it should always be considered as a capital expenditure and, therefore, not deductible. In distinguishing between a capital payment and a payment on current account, regard must always be had to the business and commercial realities of the matter. While the hydro-electric development, once it becomes a business or commercial reality is a capital asset of the business giving rise to it, whatever reasonable means were taken to find out whether it should be created or⁹ not may still result from the current operations of the business as part of the every day concern of its officers in conducting the operations of the company in a business-like way. I can, indeed, see no difference in principle between all of these cases.

The appeal is allowed.⁶ The 1958, 1959 and 1960 assessments are referred back to the respondent for re-assessment on the basis that (1) the Corner Brook rights are a franchise, concession or licence for a limited period and this asset has a capital cost of \$104,665.46; (2) the grant of the Humber River³ rights constitutes a leasehold interest within the meaning of class 13 of Schedule B of the Regulations and this asset has a capital cost of \$941,989.32; (3) that, alternatively, if such grant does not constitute a leasehold, it does constitute a franchise, conces-

car elles faisaient partie, a-t-il déclaré, des activités¹ commerciales² courantes de la compagnie. Dans l'affaire *Canada Starch Co. c. M.R.N.* [1968] C.T.C. 466, le président Jackett (maintenant juge en chef) a accepté un montant de \$15,000 payé à un concurrent du contribuable pour l'amener à retirer son opposition à l'enregistrement d'une marque de commerce.⁶ On a senti, je crois, dans les deux arrêts précédents, qu'une dépense commerciale faite ou engagée dans le but de gagner ou de produire un revenu n'est rien d'autre qu'une dépense d'entreprise parce qu'elle ne se rattache pas à un bien susceptible de dépréciation⁷ et le même principe devrait s'appliquer, je crois, lorsque la dépense commerciale est faite vainement et n'a pas eu comme résultat la création d'un bien susceptible de dépréciation, comme c'est le cas en l'espèce.

Je ne pense pas, certes, que du simple fait que la⁸ dépense a été effectuée dans le but de déterminer si on devait créer une immobilisation, elle doit toujours être considérée comme une dépense de capital et, partant, non déductible. En faisant une distinction entre un paiement de capital et un paiement au compte courant, il faut toujours tenir compte des⁹ réalités industrielles et commerciales en cause. Bien que la mise en valeur hydro-électrique, une fois devenue une entreprise ou un commerce réels, constitue une immobilisation de l'entreprise lui donnant naissance, quelque moyen raisonnable qui ait pu être pris pour découvrir si elle devait être créée ou non, peut⁶ encore provenir des activités courantes de l'entreprise comme faisant partie du souci quotidien de ses dirigeants dans la conduite bien ordonnée de la compagnie. En fait, je ne vois aucune différence de principe entre toutes ces situations.

L'appel est accueilli. Les cotisations de 1958, 1959 et 1960 sont⁶ renvoyées à l'intimé qui établira de nouvelles cotisations en tenant compte (1) que les droits sur le ruisseau Corner constituent une concession ou un permis d'une durée limitée et que ce bien a un coût en capital de \$104,665.46; (2) que la concession des droits sur la rivière³ Humber constitue une tenure à bail au sens de la catégorie 13 de l'annexe B des Règlements et que ce bien a un coût en capital de \$941,989.32; (3) que subsidiairement, si cette concession ne constitue pas une tenure à

sion or licence for a limited period within the meaning of class 14 of Schedule B of the Regulations and (4) the amounts of \$18,195 expended in 1959 and \$15,801 expended in 1960 for certain engineering studies, are deductible as ordinary business expenses pursuant to sections 4 and 12(1)(a) of the Act for the 1959 and 1960 taxation years respectively.

The respondent is to pay the costs of the appeal.

¹ *Class 13*

Property that is a leasehold interest except

- (a) an interest in minerals, petroleum, natural gas, other related hydrocarbons or timber and property relating thereto or in respect of a right to explore for, drill for, take or remove minerals, petroleum, natural gas, other related hydrocarbons or timber,
- (b) that part of the leasehold interest that is included in another class by reason of subsection (5) of section 1102, and
- (c) a property that is included in class 23.

² In *Walker v. The Queen* [1969] 1 Ex.C.R. 419 at p. 431 Gibson J. however stated that "there is no reason in law why a lease renewable in perpetuity cannot be granted if the words of the clauses giving the right to such renewal are clear and unequivocal . . . ; and secondly, that a covenant for perpetual renewal is not bad under the perpetuity rule . . .".

³ In its ordinary sense, to demise is to grant a lease of lands or other hereditaments.

Megarry & Wade, at p. 606:

Demise is a technical term for let or lease, thus a lease may be referred to as a demise.

⁴ Paragraph 7 says that the stock, dividends and other securities of the company shall be exempt from taxation. Paragraph 8 says that all construction materials and machinery of the company shall be admitted free and paragraph 13 that all coal required by the company shall be admitted free of duty.

⁵ 3. . .

(b) where, under a lease, a tenant has a right to renew the lease for an additional term, or for more than one additional term, after the term that includes the end of the particular taxation year in which the capital cost was incurred, the lease shall be deemed to terminate on the day on which the term next succeeding the term in which the capital cost was incurred is to terminate;

bail, elle constitue une concession ou un permis d'une durée limitée au sens de la catégorie 14 de l'annexe B des Règlements et (4) que les \$18,195 dépensés en 1959 et les \$15,801 dépensés en 1960 pour certaines études techniques sont déductibles à titre de dépenses commerciales courantes conformément aux articles 4 et 12(1)(a) de la Loi pour les années d'imposition respectives 1959 et 1960.

L'intimé paiera les dépens de l'appel.

¹ *Catégorie 13*

Les biens constitués par une tenure à bail excepté

- a) une participation à des minéraux, du pétrole, du gaz naturel, d'autres hydrocarbures connexes, ou du bois et les biens y afférents ou à l'égard d'un droit d'exploration, de forage, de prise ou d'enlèvement concernant des minéraux, du pétrole, du gaz naturel, d'autres hydrocarbures connexes, ou du bois,
- b) la partie d'une tenure à bail qui tombe dans une autre catégorie à cause du paragraphe (5) de l'article 1102, et
- c) les biens compris dans la catégorie 23.

² Dans l'affaire *Walker c. La Reine* [1969] 1 R.C.É. 419, à la p. 431, le juge Gibson déclarait cependant que [TRADUCTION] «il n'y a, en droit, aucune raison pour laquelle un bail renouvelable à perpétuité ne pourrait être consenti si les termes des clauses donnant droit à ce renouvellement sont clairs et non équivoques . . . ; et en deuxième lieu, qu'une convention de renouvellement perpétuel n'est pas mauvaise en vertu de la règle de la perpétuité . . .».

³ [TRADUCTION] Dans son sens ordinaire, louer signifie accorder un bail de terrain parmi d'autres biens.

Megarry & Wade, à la page 606:

[TRADUCTION] Louer est un terme technique pour prêter ou céder à bail, ainsi, on peut parler d'une location comme d'un bail.

⁴ L'alinéa 7 déclare que les actions, les dividendes et autres titres de la compagnie seront exempts d'imposition. L'alinéa 8 déclare que tous les matériaux de construction et machineries de la compagnie seront admis sans taxes et l'alinéa 13 prévoit que tout le charbon dont aura besoin la compagnie sera admis en franchise de douane.

⁵ 3. . .

b) lorsque, en vertu d'un bail, le locataire a le droit de renouveler le bail pour une durée supplémentaire, ou pour plus d'une durée supplémentaire, après la durée qui comprend la fin de l'année d'imposition particulière dans laquelle le coût en capital a été contracté, le bail est censé prendre fin le jour auquel doit prendre fin la durée suivant la durée dans laquelle le coût en capital a été contracté;

MCA Canada Ltd., Leeds Music Limited and The Robert Stigwood Group Limited (Plaintiffs)

v.

Robert Simpson Productions, Foster Hewitt Broadcasting Limited, Two Star Productions, Mavin Holdings, Al Hinkle, Masonic Temple Corporation Limited and David Mann (Defendants)

Trial Division, Heald J.—Toronto, November 18; Ottawa, November 19, 1971.

Practice—Service of process—Defendant a corporation—Service on comptroller—Insufficiency of—Rule 309(2).

In an application for an interlocutory injunction against several defendants in Toronto to prevent an advertised theatrical performance, service of the notice of motion on an incorporated defendant was made on a person described in the affidavit of service as its comptroller.

Held, dismissing the motion as against such defendant, plaintiffs had not shown that service on a corporation's comptroller was within the Federal Court Rules governing service on corporations (R. 309(2)), nor had the evidence shown such an urgency as to justify an *ex parte* injunction.

MOTION for interlocutory injunction.

R. T. Hughes for plaintiffs.

W. M. Gordon, Q.C. for defendants.

HEALD J.—The plaintiffs are applying for an order granting an interlocutory injunction restraining the defendant, Foster Hewitt Broadcasting Limited, its officers, directors, servants, agents and employees from:

- (i) performing the rock opera *Jesus Christ Superstar*;
- (ii) performing a substantial portion of the rock opera *Jesus Christ Superstar*;
- (iii) performing any more than two songs from the rock opera *Jesus Christ Superstar* at any one performance; and
- (iv) advertising any of the performances stipulated in paragraphs (i), (ii) or (iii) under or in association with the words *Jesus Christ Superstar*.

At the hearing, counsel for the plaintiffs indicated that he wished to proceed on this

MCA Canada Ltée, Leeds Music Limited et The Robert Stigwood Group Limited (Demanderes-sés)

c.

Robert Simpson Productions, Foster Hewitt Broadcasting Limited, Two Star Productions, Mavin Holdings, Al Hinkle, Masonic Temple Corporation Limited et David Mann (Défendeurs)

Division de première instance, le juge Heald—Toronto, le 18 novembre; Ottawa, le 19 novembre 1971.

Procédure—Signification de documents—Corporation défenderesse—Signification à son contrôleur—Signification irrégulière—Règle 309(2).

Dans une demande d'injonction interlocutoire à l'encontre de plusieurs défendeurs de Toronto, visant à interdire une représentation théâtrale, la signification de l'avis de requête à une corporation défenderesse a été faite à une personne que l'affidavit de signification décrit comme son contrôleur.

Arrêt: Rejet de la requête faite contre cette défenderesse. Les demanderesses n'avaient pas démontré que la signification au contrôleur d'une corporation entré dans le cadre des Règles de la Cour fédérale sur la signification aux corporations (R. 309(2)), et la preuve n'avait pas indiqué une urgence telle qu'elle justifie une injonction *ex parte*.

DEMANDE d'injonction interlocutoire.

R. T. Hughes pour les demanderesses.

W. M. Gordon, c.r. pour les défenderesses.

LE JUGE HEALD—Les demanderesses présentent une demande d'injonction interlocutoire interdisant à la défenderesse, Foster Hewitt Broadcasting Limited et à ses dirigeants, administrateurs, employés, représentants et préposés de:

- (i) présenter l'opéra rock *Jesus Christ Superstar*;
- (ii) présenter une partie importante de l'opéra rock *Jesus Christ Superstar*;
- (iii) présenter plus de deux chansons extraites de l'opéra rock *Jesus Christ Superstar* à chacune des représentations; et
- (iv) annoncer une des représentations mentionnées aux alinéas (i), (ii) ou (iii) en liaison avec l'expression *Jesus Christ Superstar*.

A l'audition, le procureur des demanderesses a indiqué qu'il désirait poursuivre sur cette

motion only against the defendant Foster Hewitt Broadcasting Limited. Said defendant was allegedly served with certified copies of the notice of motion, the statement of claim, the affidavits of William T. B. Bird and Allan Allbutt on November 16, 1971 by personally serving Mr. Douglas Longstaff, the comptroller of said defendant, a corporation duly incorporated under the laws of the Province of Ontario, and having its head office at 1 Grenville Street in the Municipality of Metropolitan Toronto.

The affidavit of Donald Lewis Marston, a student-at-law, who served Mr. Douglas Longstaff, deposes that service was effected on November 15, 1971. However, at the hearing, counsel for the plaintiffs acknowledged that there was a typographical error in the said affidavit, and that in fact, service was effected on Mr. Douglas Longstaff on November 16, 1971. I gave leave to the plaintiffs at the hearing to file a supplementary affidavit correcting the date of service on Mr. Douglas Longstaff to accord with the facts.

Federal Court Rule 321(2) provides:

RULE 321. (2) Unless the Court gives special leave to the contrary, there must be at least 2 clear days between the service of a notice of motion and the day named in the notice for hearing the motion.

The returnable date in the notice of motion is November 18, 1971 and the hearing was held before me in Toronto on that date. The alleged service on the defendant Foster Hewitt Broadcasting Limited was effected on November 16, 1971. Such service did not provide two clear days' notice and thus Rule 321(2) is not complied with. However, counsel for the plaintiffs asked that I "give special leave to the contrary" as provided for in Rule 321(2). At the hearing on November 18, 1971 before me, no one appeared on behalf of the defendant Foster Hewitt Broadcasting Limited.

The evidence before me establishes that the performances in question were to commence on November 10, 1971 at the Masonic Auditorium, 888 Yonge Street, Toronto and were to be performed nightly at that location for the period November 10, 1971 to November 30, 1971

requête uniquement contre la défenderesse Foster Hewitt Broadcasting Limited. On aurait signifié à ladite défenderesse des copies certifiées de l'avis de requête, de la déclaration et des affidavits de MM. William T. B. Bird et Allan Allbutt le 16 novembre 1971 en les remettant personnellement à M. Douglas Longstaff, contrôleur de ladite demanderesse, qui est une corporation dûment constituée en vertu des lois de la province d'Ontario, ayant son siège social au n° 1, rue Grenville, Toronto.

L'affidavit de Donald Lewis Marston, étudiant en droit qui a fait la signification à M. Douglas Longstaff, déclare que la signification a eu lieu le 15 novembre 1971. A l'audition, cependant, le procureur des demanderesse a reconnu que ledit affidavit comportait une erreur typographique et qu'en fait, la signification avait eu lieu le 16 novembre 1971. J'ai alors accordé la permission aux demanderesse de produire un affidavit additionnel rectifiant la date de la signification à M. Douglas Longstaff.

La Règle 321(2) de la Cour fédérale prévoit que:

RÈGLE 321. (2) Sauf si la Cour accorde une permission spéciale à l'effet contraire, il faut qu'il y ait un intervalle de 2 jours francs entre la signification d'un avis de requête et le jour indiqué dans l'avis pour l'audition de la requête.

Le délai entre la signification et le jour de l'audition se terminait le 18 novembre 1971 et l'audition a eu lieu devant moi à Toronto ce même jour. La prétendue signification à la défenderesse Foster Hewitt Broadcasting Limited avait eu lieu le 16 novembre 1971. Une telle signification ne laissait pas un délai de deux jours francs et, ainsi, ne se conformait pas aux exigences de la Règle 321(2). Cependant, le procureur des demanderesse m'a demandé d'accorder «une permission spéciale à l'effet contraire» comme le prévoit la Règle 321(2). A l'audition du 18 novembre 1971, personne ne s'est présenté devant moi pour la défenderesse Foster Hewitt Broadcasting Limited.

La preuve qu'on m'a apportée établit que les représentations en cause devaient débiter le 10 novembre 1971 au Masonic Auditorium, 888 Yonge Street à Toronto, devaient avoir lieu en soirée du 10 novembre 1971 au 30 novembre 1971 inclus et qu'on avait projeté de poursuivre

inclusive, and that there were some plans to move to the Playhouse on Bayview Avenue, Toronto, for a long run. The defendant, Foster Hewitt Broadcasting Limited, is involved because of the circulation of a brochure affixed as Ex. 9 to the affidavit of William T. B. Bird which stated that at least one of the said performances at the Masonic Auditorium was being presented in association with said defendant. There is also evidence before me that the defendant Foster Hewitt Broadcasting Limited operates a radio station and otherwise carries on business in and about the Municipality of Metropolitan Toronto under the trade name 1430 CKFH.

Said defendant is further involved by the circulation of another informational bulletin, a copy of which is Ex. 10 to William T. B. Bird's affidavit. This bulletin is dated November 8, 1971 and states:

CKFH IN ASSOCIATION WITH ROBERT SIMPSON PRODUCTIONS PRESENT THE CANADIAN LIVE THEATRE PREMIERE . . .

of the performance in question on November 10, 1971 at the Masonic Auditorium.

There was also evidence before me that at least one performance was held, namely, the premiere performance on November 10, 1971. Mr. Allan Allbutt, the general professional manager of the Music Division of MCA Canada Ltd., one of the plaintiffs herein, attended said performance at the Masonic Auditorium which lasted approximately one hour and thirty-five minutes—the Auditorium has a capacity of approximately 750 people and it was almost full.

Because the defendant Foster Hewitt Broadcasting Limited was involved in at least the premiere performance, I felt that the plaintiffs should have an opportunity to present their case against that defendant and accordingly I exercised the discretion given to me under Rule 321(2) and gave leave to the plaintiffs to shorten the period of service on said defendant from two clear days to one clear day.

les représentations au Playhouse de l'avenue Bayview à Toronto, et de les conserver longtemps à l'affiche. La défenderesse Foster Hewitt Broadcasting Limited est en cause du fait de la publication d'une brochure, jointe comme pièce 9 à l'affidavit de William T. B. Bird, portant qu'au moins une desdites représentations au Masonic Auditorium devait être présentée en collaboration avec ladite défenderesse. On a également prouvé devant moi que la défenderesse Foster Hewitt Broadcasting Limited exploite une station radiophonique et exerce par ailleurs son activité à Toronto et aux environs sous la raison sociale 1430 CKFH.

Ladite défenderesse est en outre en cause du fait de la publication d'un autre bulletin d'information, dont un exemplaire constitue la pièce 10, jointe à l'affidavit de William T. B. Bird. Voici les premiers mots de ce bulletin, daté du 8 novembre 1971:

[TRADUCTION] CKFH, EN COLLABORATION AVEC ROBERT SIMPSON PRODUCTIONS, PRÉSENTE EN PREMIÈRE AU CANADA . . .

la représentation en cause, le 10 novembre 1971 au Masonic Auditorium.

On m'a également présenté une preuve suivant laquelle il y a eu au moins une représentation, savoir la première du 10 novembre 1971. M. Allan Allbutt, directeur technique général de la division musicale chez MCA Canada Ltée, une des demanderesses aux présentes, assistait, au Masonic Auditorium, à ladite représentation qui a duré environ une heure trente-cinq minutes. L'auditorium contient environ 750 sièges qui étaient pratiquement tous occupés.

Étant donné que la défenderesse Foster Hewitt Broadcasting Limited était en cause au moins dans la première représentation, je crois qu'on devrait accorder aux demanderesses la possibilité de présenter leurs arguments contre cette défenderesse, et j'ai donc exercé le pouvoir discrétionnaire que me confère la Règle 321(2) en autorisant les demanderesses à réduire à un jour franc le délai entre la signification à ladite défenderesse et le jour de l'audition.

Unfortunately, however, plaintiffs have another procedural problem.

Federal Court Rule 309(2) deals with the manner in which documents are to be served on corporations. Rule 309(2)(b)(i) provides for service on:

... the president, manager, or other head officer, the treasurer, the secretary, the assistant treasurer, the assistant secretary, any vice-president, or any person employed by the corporation in a legal capacity, ...

The affidavit of service by Donald Lewis Marston, student-at-law, is to the effect that service was on Mr. Douglas Longstaff "who is in the capacity of comptroller with said corporate defendant". There is no evidence before me on which I could possibly conclude that said Douglas Longstaff is one of the persons covered by Rule 309(2)(b)(i).

Nor does Rule 309(2)(b)(ii) assist the plaintiffs. This Rule is an alternative to Rule 309(2)(b)(i) and permits service on:

... the person apparently in charge, at the time of the service, of the head office or of the branch or agency in Canada where the service is effected, ...

There is nothing in Mr. Donald Marston's affidavit of service or anywhere else in the evidence before me from which I could sensibly infer or assume that said Douglas Longstaff was "the person apparently in charge at the time of the service".

Rule 309(2)(c) permits a further alternative service on:

... any person discharging duties for the particular corporation comparable to those of an officer falling within subparagraph (a) or (b)(i),

There is no evidence before me as to what Douglas Longstaff's duties are with the defendant corporation other than that he is described as comptroller. I therefore hold that Rule 309(2)(c) does not permit service on Douglas Longstaff.

Rule 309(2) provides still other possibilities for service:

... or by such other method as may be provided by statute for the particular case or as is provided for service of a document on a corporation for the purposes of a superior court in the province where the service is being effected.

Malheureusement, les demanderesse ont un autre problème de procédure.

La Règle 309(2) de la Cour fédérale traite de la façon de signifier des documents aux corporations. La Règle 309(2)(b)(i) prévoit la signification:

... au président, directeur ou autre officier en chef, au trésorier, au secrétaire, au trésorier adjoint, au secrétaire adjoint, à un vice-président ou à une personne employée en qualité de conseiller juridique par la corporation, ...

L'affidavit de signification de Donald Lewis Marston, étudiant en droit, porte que la signification a été faite à M. Douglas Longstaff [TRA-DUCTION] «qui occupe le poste de contrôleur de ladite corporation défenderesse». On ne m'a pas présenté de preuve d'après laquelle je pourrais conclure que ledit Douglas Longstaff est l'une des personnes visées par la Règle 309(2)(b)(i).

La Règle 309(2)(b)(ii) n'aide pas davantage les demanderesse. Cette Règle est le pendant de la Règle 309(2)(b)(i) et autorise la signification:

... à la personne qui, au moment de la signification, semble être en charge du bureau principal ou de la succursale ou agence au Canada où la signification est faite, ...

Il n'y a rien dans l'affidavit de signification de M. Donald Marston ni ailleurs dans la preuve qui me permette de conclure ou de supposer de façon sensée que ledit Douglas Longstaff était «la personne qui, au moment de la signification semblait être en charge».

La Règle 309(2)(c) permet encore la signification

... à une personne exerçant, pour la corporation en question, des fonctions comparables à celles d'un officier, dirigeant ou employé mentionné à l'alinéa a) ou au sous-alinéa b)(i),

Il n'y a pas de preuve m'indiquant quelles sont les fonctions de Douglas Longstaff dans la corporation défenderesse, si ce n'est qu'on le décrit comme étant son contrôleur. Je déclare donc que la Règle 309(2)(c) ne permet pas la signification à Douglas Longstaff.

La Règle 309(2) prévoit encore d'autres possibilités de signification:

... ou de toute autre façon prévue en l'espèce par une loi telle qu'exigé pour la signification d'un document à une corporation par une cour supérieure de la province dans laquelle le document est signifié.

Accordingly, I have considered the Rules of Practice of the Supreme Court of Ontario to see whether the service herein would be permitted thereunder. The applicable Rule is Rule 23 and permits service on:

23. (1) . . . the mayor, warden, reeve, president, or other head officer, or on the township, town, city or county clerk, or on the cashier, treasurer or secretary, clerk or agent of such corporation . . .

The service here does not come within any of the said permitted services.

In the Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed., "Comptroller" is described as "an erroneous spelling of CONTROLLER". In said dictionary, "Controller" is defined as:

Controller—1. One who keeps a counter-roll so as to check a treasurer or person in charge of accounts.

In Earl Jowitt's Dictionary of English Law, "Controller" is defined as:

Controller— . . . an overseer or officer appointed to examine and verify the accounts of other officers.

All parties to a proceeding are entitled to rely on the Rules of Court and it may well be that the service on the comptroller, Douglas Longstaff, was not brought to the attention of those officials in the defendant corporation who have the authority and responsibility to make decisions on legal matters of this kind.

Or, alternatively, if such service were brought to their attention, they may have decided that such a service was not a proper service and to rely on the Rules covering permitted services.

In any event, the defendant corporation did not appear in the proceedings before me.

I therefore find that the service of the notice of motion and supporting affidavits on Douglas Longstaff on November 16, 1971 was not service on the defendant corporation Foster Hewitt Broadcasting Limited.

En conséquence, j'ai examiné les Rules of Practice, [TRADUCTION] Règles de pratique, de la Cour suprême de l'Ontario pour voir si elles ne permettraient pas la présente signification. La Règle applicable est la Règle 23 qui permet la signification au:

[TRADUCTION] 23. (1) . . . maire, gouverneur, premier magistrat, président ou autre officier en chef ou au greffier du township, de la ville, de la cité ou du comté, ou au caissier, trésorier ou secrétaire, greffier ou représentant d'une telle corporation . . .

La signification en cause n'entre dans le cadre d'aucun de ces modes de signification.

Le Shorter Oxford English Dictionary, 3^e édition, décrit le mot «comptroller» [TRADUCTION] contrôleur, comme étant une épellation erronée du mot «CONTROLLER» [TRADUCTION] contrôleur, qu'il définit ainsi:

[TRADUCTION] Contrôleur—1. Celui qui est chargé de vérifier le travail d'un trésorier ou d'une personne chargée des comptes.

Le Earl Jowitt's Dictionary of English Law donne la définition suivante du mot «controller» [TRADUCTION] contrôleur:

[TRADUCTION] Contrôleur—un inspecteur ou officier ayant pour fonction d'examiner et vérifier les comptes d'autres officiers.

Toutes les parties à une action sont fondées à invoquer les Règles de la Cour. Il se peut fort bien que la signification au contrôleur, Douglas Longstaff, n'ait pas été portée à l'attention des dirigeants de la corporation défenderesse qui ont le pouvoir et la responsabilité de prendre des décisions sur des questions juridiques de ce genre.

Ou encore, si cette signification a été portée à leur attention, ils peuvent avoir conclu qu'elle était irrégulière et décidé de s'en remettre aux règles de la signification.

En tout état de cause, la corporation défenderesse n'a pas comparu.

Je déclare donc que la signification à Douglas Longstaff, faite le 16 novembre 1971, de l'avis de requête et des affidavits à l'appui, ne constituait pas une signification à la corporation défenderesse, Foster Hewitt Broadcasting Limited.

The Court has power to order an interlocutory injunction under Rule 469(2) *ex parte* "in case of urgency".

The learned Chief Justice of this Court at page 61 of A Manual of Practice—The Federal Court of Canada expresses the following opinion on this matter:

... Such an application for an *ex parte* order may only be made in case of urgency (Rule 469(2)) and it is a rare case within the jurisdiction of the Federal Court that involves urgency of the type that warrants an order being made against a party without his having an opportunity to be heard.

I agree with the said stated opinion of the learned Chief Justice. I expressed the view earlier that I was prepared to shorten the time for service in this case. However, I do not consider that the evidence establishes such a degree of urgency as to justify me in proceeding *ex parte*.

Having thus decided, it is unnecessary to consider the substantive portion of plaintiffs' case. However, there is another facet of plaintiffs' case against the defendant Foster Hewitt Broadcasting Limited that concerns me. That has to do with the limited proof against this particular defendant. That proof is contained in Ex. 9 and 10 to the affidavit of William T. B. Bird. Exhibit 9 is a multi-color brochure purporting to advertise the performances of *Jesus Christ Superstar* to be performed at the Masonic Auditorium, Toronto, from November 10 through November 30. On the face of this brochure, there is no reference in any way to the defendant Foster Hewitt Broadcasting Limited. However, superimposed on the said brochure is a self-pasting paper strip approximately 6 inches in length and 1½ inches in width on which are the words:

IN ASSOCIATION WITH 1430 CKFH PRESENTS THE CANADIAN LIVE THEATRE PREMIERE WEDNESDAY, NOVEMBER 10TH, 9 P.M.

I am of the view that Ex. 9 is open to the interpretation that radio station CKFH 1430 was involved only in the premiere performance on Wednesday, November 10.

This interpretation is re-enforced by a consideration of Ex. 10 which is an informational bulletin circulated by CKFH. This bulletin is dated Monday, November 8, 1971 and commences as follows:

En vertu de la Règle 469(2), la Cour a le pouvoir de prononcer *ex parte* une injonction interlocutoire «en cas d'urgence».

Le savant juge en chef de cette Cour exprime, à la page 61 du Manuel de pratique—La Cour fédérale du Canada, l'opinion suivante sur ce sujet:

... Une telle demande d'ordonnance *ex parte* ne peut être faite qu'en cas d'urgence (Règle 469(2)) et il est rare que la Cour fédérale ait à connaître d'un cas revêtant une urgence telle qu'elle justifie l'octroi d'une ordonnance contre une partie sans lui donner la possibilité d'être entendue.

Je souscris à cette opinion du savant juge en chef. J'ai tout à l'heure déclaré que j'étais disposé à réduire le délai en l'espèce. Cependant, je ne crois pas que la preuve montre une urgence telle qu'elle justifie que je procède *ex parte*.

Étant parvenu à cette conclusion, il ne m'est pas nécessaire d'examiner au fond les arguments des demanderesse. Il y a cependant un autre aspect de l'action des demanderesse contre la défenderesse Foster Hewitt Broadcasting Limited qui me concerne. Il a trait à la preuve restreinte contre cette défenderesse. Cette preuve se trouve aux pièces 9 et 10, jointes à l'affidavit de William T. B. Bird. La pièce 9 est une brochure polychrome ayant pour but d'annoncer les représentations de *Jesus Christ Superstar* au Masonic Auditorium de Toronto, du 10 au 30 novembre. Le recto de cette brochure ne fait aucunement état de la défenderesse Foster Hewitt Broadcasting Limited. Cependant, on y a ajouté une bande de papier adhésif d'environ 6 pouces sur 1½ pouce sur laquelle on peut lire:

[TRADUCTION] EN COLLABORATION AVEC 1430 CKFH, PRÉSENTE, LE MERCREDI 10 NOVEMBRE, À 9H. DU SOIR, EN PREMIÈRE AU CANADA

J'estime que la pièce 9 justifie l'interprétation suivant laquelle la station radiophonique CKFH 1430 n'était en cause que dans la première représentation du mercredi 10 novembre.

Un examen de la pièce 10, bulletin d'information publié par CKFH, vient étayer cette interprétation. Voici les premiers mots de ce bulletin, daté du lundi 8 novembre 1971:

CKFH IN ASSOCIATION WITH ROBERT SIMPSON PRODUCTIONS PRESENT THE CANADIAN LIVE THEATRE PREMIERE OF "SELECTIONS OF JESUS CHRIST SUPERSTAR"

The bulletin then goes on to describe the opening night ceremonies planned for the November 10 performance. All of the information contained in the bulletin is confined to the premiere on November 10. The only evidence before me of any performance taking place was the November 10 premiere and the only evidence of involvement of the defendant Foster Hewitt Broadcasting Limited is restricted to the premiere on November 10.

There was absolutely no evidence before me on which I could possibly conclude that the defendant Foster Hewitt Broadcasting Limited or radio station CKFH was in any way involved in performances after the November 10 premiere.

Additionally, the evidence adduced does not convince me that damages would not be sufficient compensation in the event of plaintiffs' success at trial.

I therefore deny the motion for injunction. There will be no order as to costs.

[TRADUCTION] CKFH, EN COLLABORATION AVEC ROBERT SIMPSON PRODUCTIONS, PRÉSENTE EN PREMIÈRE AU CANADA «SELECTIONS OF JESUS CHRIST SUPERSTAR»

Le bulletin poursuit en décrivant les cérémonies d'ouverture prévues pour la représentation en soirée du 10 novembre. Les renseignements que comporte ce bulletin se limitent exclusivement à la première du 10 novembre. La seule preuve qu'on m'a présentée relativement à une représentation a trait uniquement à la première du 10 novembre et la seule preuve de la participation de la défenderesse Foster Hewitt Broadcasting Limited se limite à la première du 10 novembre.

On ne m'a apporté absolument aucune preuve me permettant de conclure que la défenderesse Foster Hewitt Broadcasting Limited, ou la station radiophonique CKFH, ait de quelque manière participé à des représentations postérieures à la première du 10 novembre.

En outre, la preuve ne m'a pas convaincu que l'octroi de dommages-intérêts ne constituerait pas une compensation suffisante si les demanderessees devaient avoir gain de cause sur le fond.

Je rejette donc la demande d'injonction sans statuer sur les dépens.

Vapor Canada Limited (Plaintiff)

v.

John A. MacDonald, Railquip Enterprises Limited, and Vapor Corporation (Defendants)

No. 1

Trial Division, Walsh J.—Ottawa, August 19, November 25, 1971.

Pleadings—Averments in statement of claim—Infringement of patent and trade mark—Disclosure of trade secret—Insufficient details—Striking out.

Averments in a statement of claim that the defendants infringed plaintiff's patent and trade mark, that the defendant *M* disclosed the plaintiff's trade secret, and that the defendants engaged in improper business practices are too imprecise and will be struck out. The details of the patent, trade mark and trade secret, the manner of infringement of the patent and trade mark and the persons to whom the trade secrets were disclosed should all be disclosed.

A prayer for delivery up by the defendants of all infringing articles will be struck out as too imprecise.

Dow Chemical Co. v. Kayson Plastics & Chemicals Ltd. [1967] 1 Ex.C.R. 71; *Precision Metalsmiths Inc. v. Cercast Inc.* [1967] 1 Ex.C.R. 214; *Union Carbide Canada Ltd. v. Canadian Industries Ltd.* [1969] 2 Ex.C.R. 422; *Hassenfeld Bros. Inc. v. Parkdale Novelty Co.* [1967] 1 Ex.C.R. 277, referred to.

Redmond Quain for plaintiff.*J. Nelson Landry* for defendants.

WALSH J.—Defendants move for striking out plaintiff's statement of claim and amended statement of claim filed on August 11, 1971 and November 3, 1971 respectively on the ground that it discloses no reasonable cause of action, it is vexatious and may prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action. On November 9, 1971, a further amended statement of claim was filed by plaintiff, making some very minor amendments to the amended statement of claim of November 3, 1971 and by agreement of counsel at the hearing before me on defendants' motion, the judgment will deal with this further amended statement of claim.

A brief summary of the background of these proceedings as disclosed by the court record and by counsel in argument before me is rele-

Vapor Canada Limited (Demanderesse)

c.

John A. MacDonald, Railquip Enterprises Limited et Vapor Corporation (Défendeurs)

N° 1

Division de première instance, le juge Walsh—Ottawa, les 19 août et 25 novembre 1971.

Plaidoiries—Allégations à l'appui dans la déclaration—Contrefaçon de brevet et de marque de commerce—Révélation de secrets commerciaux—Insuffisance des détails—Radiation.

Les allégations à l'appui d'une déclaration, selon lesquelles les défendeurs ont contrefait le brevet et la marque de commerce de la demanderesse, le défendeur *M* a révélé ses secrets commerciaux et les défendeurs se sont livrés à des pratiques commerciales incorrectes, sont trop imprécises et doivent être supprimées. Les détails concernant le brevet, la marque de commerce et les secrets commerciaux, la façon dont le brevet et la marque de commerce ont été contrefaits et les personnes à qui les secrets commerciaux ont été révélés doivent être tous divulgués.

La demande de remise par les défendeurs de tous les articles contrefaits est radiée pour imprécision.

Renvoi aux arrêts *Dow Chemical Co. c. Kayson Plastics & Chemicals Ltd.* [1967] 1 R.C.É. 71; *Precision Metalsmiths Inc. c. Cercast Inc.* [1967] 1 R.C.É. 214; *Union Carbide Canada Ltd. c. Canadian Industries Ltd.* [1969] 2 R.C.É. 422; *Hassenfeld Bros. Inc. c. Parkdale Novelty Co.* [1967] 1 R.C.É. 277.

Redmond Quain pour la demanderesse.*J. Nelson Landry* pour les défendeurs.

LE JUGE WALSH—Les défendeurs demandent la radiation de la déclaration et de la déclaration modifiée de la demanderesse, déposées respectivement les 11 août et 3 novembre 1971, parce qu'elles ne révèlent aucune cause raisonnable d'action, qu'elles sont vexatoires et peuvent causer préjudice, gêner ou retarder l'instruction équitable de l'action. Le 9 novembre 1971, la demanderesse a produit une nouvelle déclaration modifiée, apportant quelques modifications très mineures à la déclaration modifiée du 3 novembre 1971; l'avocat y ayant consenti, lors de l'audience que j'ai présidée sur la requête des défendeurs, le jugement portera sur cette nouvelle déclaration modifiée.

Il est bon de résumer brièvement ces procédures, que nous révèlent le dossier de la cour et la plaidoirie de l'avocat. La première déclara-

vant. The original statement of claim which accompanied a notice of motion for an interlocutory injunction was based on alleged patent infringement, unfair competition, and a disclosure of trade secrets and confidential information by defendants, John A. MacDonald and Railquip Enterprises Ltd., the third defendant, Vapor Corporation, against whom no relief is sought, having been joined as patentee of certain of the patents pursuant to section 57(2) of the *Patent Act*. The further amended statement of claim added paragraphs specifically alleging trade mark and copyright infringements on the part of the said defendants to the patent infringement, unfair competition, disclosure of trade secrets and of confidential information alleged in the original statement of claim. Since the defendants have not yet pleaded to the proceedings, the amended statement of claim and further amended statement of claim by plaintiff can be made by virtue of Rule 421 without leave, and even if leave had been required under Rule 424, it would have been granted by virtue of Rule 427 notwithstanding that it might perhaps be argued that it added new causes of action, since these clearly arose out of the same facts or substantially the same facts as those in respect of which relief had already been claimed in the original statement of claim.

In support of its application for an interlocutory injunction plaintiff, in due course, submitted three affidavits in response to which defendants allegedly submitted nine affidavits. Lengthy cross-examinations have taken place which are not yet completed of the various witnesses in connection with these affidavits and counsel informed the court that the transcript of these examinations already amounts to some 3,000 pages. As a result, the application for interlocutory injunction has not yet been dealt with. In view of defendants' failure to plead to the original statement of claim, plaintiff made an application for judgment by default pursuant to Rule 437, which application was dismissed by Gibson J. on October 14, 1971 with costs in favour of defendants in any event of the cause.

tion, qu'accompagnait un avis de requête aux fins d'injonction interlocutoire, invoquait une prétendue contrefaçon de brevet, l'existence d'une concurrence déloyale et la révélation, par les défendeurs John A. MacDonald et Railquip Enterprises Ltd., de secrets commerciaux et de renseignements confidentiels; le troisième défendeur, Vapor Corporation, à qui l'on ne demande aucune réparation, a été mis en cause comme détenteur de certains des brevets, conformément à l'article 57(2) de la *Loi sur les brevets*. La nouvelle déclaration modifiée ajoutait, à la contrefaçon du brevet, à la concurrence déloyale, à la révélation de secrets commerciaux et de renseignements confidentiels invoqués dans la déclaration originale, des paragraphes insistant tout particulièrement sur la violation, par les défendeurs, d'une marque de commerce et d'un droit d'auteur. Puisque les défendeurs n'ont pas encore plaidé à l'instance, la demanderesse peut, sans autorisation, amender sa déclaration et sa nouvelle déclaration modifiée, en vertu de la Règle 421; même si la Règle 424 avait exigé cette autorisation, celle-ci aurait été accordée en vertu de la Règle 427 quoiqu'on puisse peut-être prétendre qu'elle ajoutait de nouvelles causes d'action, puisque celles-ci provenaient manifestement des mêmes faits, ou sensiblement des mêmes faits, que ceux pour lesquels on recherchait déjà réparation dans la déclaration originale.

A l'appui de sa demande d'injonction interlocutoire, la demanderesse a produit en temps utile trois affidavits en réponse auxquels les défendeurs prétendent avoir remis neuf affidavits. Les divers témoins ont été et sont encore longuement contre-interrogés sur ces affidavits et l'avocat a informé la cour que la transcription de ces interrogatoires représentait déjà quelque 3,000 pages. C'est pourquoi la demande d'injonction interlocutoire n'a pas encore été examinée. Comme les défendeurs ne sont pas venus contester la déclaration originale, la demanderesse a demandé que soit rendu un jugement par défaut conformément à la Règle 437; le juge Gibson a rejeté cette demande le 14 octobre 1971, avec dépens en faveur des défendeurs, quelle que soit l'issue de la cause.

In argument before me plaintiff's counsel relied strongly on the fact that defendants' motion was only made on November 10, 1971, nearly three months after the date the original statement of claim was filed and served on defendants, stating that the original statement of claim was less complete and detailed than the amended statement of claim and further amended statement of claim, and that if defendants had proposed to object to the statement of claim on the ground that it discloses no reasonable cause of action, is vexatious and may prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action, this should have been done at that time, and that defendants should not be permitted to do so and further delay the progress of the action by making this motion now. I can find no support for this argument in the rules nor was any jurisprudence cited to me that could support it. Plaintiff, itself, by filing an amended statement of claim as late as November 3, 1971 and further amended statement of claim on November 9, 1971, as it was entitled to do under the rules respecting amendments, opened the door to defendants' motion and, in any event, the rules set out no delay within which defendants were obliged to make it, Rule 419 permitting the court "at any stage of the action" to order any pleading or anything in it to be struck out with or without leave to amend. Moreover, the present motion, if granted, while it may delay the progress of the action itself, does not have the effect of delaying a hearing on the motion for interlocutory injunction which cannot be proceeded with until the cross-examination of defendants' witnesses has been completed by plaintiff's attorney.

Coming now to the merits of defendants' motion, I find that the plaintiff's further amended statement of claim is defective in many respects in accordance with the jurisprudence of this Court established recently in a series of cases including *Dow Chemical Co. v. Kayson Plastics & Chemicals Ltd.* [1967] 1 Ex.C.R. 71; *Precision Metalsmiths Inc. v. Cercast Inc.* [1967] 1 Ex.C.R. 214, which judgments of J. Jackett P, as he then was, were followed by Thurlow J. in *Union Carbide Canada Ltd. v. Canadian Industries Ltd.* [1969] 2 Ex.C.R. 422, and more recently in an as yet unreported judgment of

Dans la plaidoirie qu'il m'a exposée, l'avocat de la demanderesse s'appuyait fortement sur le fait que la requête des défendeurs n'avait été présentée que le 10 novembre 1971, soit près de trois mois après la date de production et de signification aux défendeurs de la déclaration originale, déclarant que cette déclaration originale était moins complète et moins détaillée que la déclaration modifiée et que la nouvelle déclaration modifiée et que, si les défendeurs avaient voulu faire opposition à la déclaration, au motif qu'elle ne révélait aucune cause raisonnable d'action, qu'elle était vexatoire et pouvait causer préjudice, gêner ou retarder l'instruction équitable de l'action, ils auraient dû le faire à ce moment-là, qu'il ne faudrait par conséquent pas les autoriser à le faire et retarder encore maintenant par cette motion, le règlement du procès. Rien dans les règles ni dans la jurisprudence qui m'a été citée ne permet de soutenir cet argument. La demanderesse elle-même, en ne déposant une déclaration modifiée que le 3 novembre 1971 et une nouvelle déclaration modifiée le 9 novembre 1971, comme l'y autorisaient les règles sur les modifications, rendait possible le dépôt de la requête des défendeurs et, de toute façon, les règles n'imposaient à ces derniers de délai pour le faire, la Règle 419 autorisant la Cour «à tout stade d'une action» d'ordonner la radiation d'une plaidoirie, ou autre, avec ou sans permission d'amendement. De plus, la présente requête, si elle est accordée et même si elle retarde le règlement de l'action elle-même, ne pourra retarder l'audition de la requête aux fins d'injonction interlocutoire, qui ne peut être examinée qu'à la fin du contre-interrogatoire des témoins des défendeurs par le procureur de la demanderesse.

Quant au fond de la requête présentée par les défendeurs, j'estime que la nouvelle déclaration modifiée de la demanderesse est défectueuse à de nombreux égards, compte tenu de la jurisprudence établie récemment par cette Cour dans une série d'arrêts tels que *Dow Chemical Co. c. Kayson Plastics & Chemicals Ltd.* [1967] 1 R.C.É. 71; *Precision Metalsmiths Inc. c. Cercast Inc.* [1967] 1 R.C.É. 214, décisions du président J. Jackett, dont c'était alors le titre, que le juge Thurlow a suivies dans les arrêts *Union Carbide Canada Ltd. c. Canadian Industries Ltd.* [1969] 2 R.C.É. 422, et, plus récemment, le

Pratte J. in *Posting Equipment Corp. v. B & F Metal Works Ltd.* T-2286-71, August 4, 1971, all of which were patent infringement actions. The same principles were applied to industrial design and trade mark infringements by Noël J, as he then was, in *Hassenfeld Bros. Inc. v. Parkdale Novelty Co.* [1967] 1 Ex.C.R. 277, and his as yet unreported judgment in *Lovable Brassiere Co. of Canada Ltd. v. Lovable Knits Inc.* B-4229, April 1, 1971.

I quote from these judgments to illustrate the principles of proper pleadings in industrial property cases which they have established. In the *Dow Chemical* case President Jackett stated at page 75:

... A bare assertion that the defendant has *infringed* the plaintiff's rights is not an allegation of facts constituting a cause of action and a statement of claim in which that is the only assertion of infringement could be struck out as being an abuse of the process of the Court. See *Marsden v. Albrecht* (1910) 27 R.P.C. 785 (C.A.) per Buckley L.J. at pages 788-9. The facts must be alleged in such a way that the Court can be satisfied that, assuming the truth of what is alleged, the plaintiff has an arguable cause of action (*Phillips v. Phillips*, (1878) 4 Q.B.D. 127). It would be no answer to an application to strike out in such a case for the plaintiff to say that, if he is allowed to have unrestricted discovery of the defendant, he may then be in a position to plead a cause of action.

This judgment is also authority for the proposition that a plaintiff cannot give particulars respecting one particular breach of which he complains and then add allegations of a vague nature respecting other breaches which he suspects but of which he is not definitely aware. At page 73 the judgment states:

Counsel for the plaintiff takes the position, in effect, that the plaintiff, if it has information of one type of infringement of its patent, is entitled to launch proceedings for infringements of that type and for anything else that the defendant may have done that constitutes infringement of the same patent, so that he will be in a position, in the course of obtaining discovery from the defendant, to explore the possibility of there having in fact been types of infringement of which he did not know when he launched his action. He concedes that, some time before trial, he must, if the defendant then insists, amend his Statement of Particulars by adding allegations of any other infringements of which he has become aware in the meantime and upon which he proposes to rely, so that he will then be restricted at trial to his Statement of Particulars as amended.

jugement non encore publié du juge Pratte, dans l'arrêt *Posting Equipment Corp. c. B & F Metal Works Ltd.* T-2286-71, 4 août 1971, toutes ces décisions portaient sur des actions en contrefaçon de brevet. Le juge Noël, fonction qu'il occupait alors, a appliqué les mêmes principes en matière de contrefaçon de dessins industriels et de marques de commerce dans les arrêts *Hassenfeld Bros. Inc. c. Parkdale Novelty Co.* [1967] 1 R.C.É. 277, et dans son jugement, non encore publié, rendu dans l'affaire *Lovable Brassiere Co. of Canada Ltd. c. Lovable Knits Inc.* B-4229, 1 avril 1971.

Voici quelques extraits de ces jugements pour illustrer les principes de plaidoirie établis en matière de propriété industrielle. Dans l'affaire *Dow Chemical* le président Jackett déclarait à la page 75:

[TRADUCTION]... Le simple fait d'affirmer que le défendeur a *violé* les droits du demandeur n'équivaut pas à alléguer des faits qui constituent une cause d'action et une déclaration dans laquelle c'est là la seule affirmation de violation pourrait être radiée comme un abus des procédures judiciaires. Voir l'affaire *Marsden c. Albrecht* (1910) 27 R.P.C. 785 (C.A.) par le Lord juge Buckley aux pages 788-789. Les faits doivent être énoncés de manière à convaincre la Cour que, en supposant que l'affirmation soit vraie, la demanderesse a un motif d'action défendable. (*Phillips c. Phillips*, (1878) 4 D.B.R., 127). Le demandeur ne saurait résister à la demande de radiation, en pareil cas, en prétendant que, s'il est autorisé à demander un interrogatoire illimité du défendeur, il pourrait alors être en mesure de plaider une cause d'action.

Ce jugement fait également jurisprudence lorsqu'un demandeur, ne pouvant donner de détails sur une violation particulière dont il se plaint, ajoute alors de vagues allégations concernant d'autres violations qu'il soupçonne mais dont il n'a pas véritablement connaissance. A la page 73, le jugement déclare:

[TRADUCTION] L'avocat du demandeur soutient que, si le demandeur a des renseignements sur l'une des violations de son brevet, il est fondé à tenter des procédures pour des violations de cette nature et pour toute autre chose que le défendeur peut avoir faite, constituant une violation du même brevet, de sorte que, au cours de l'interrogatoire du défendeur, il pourra y découvrir la possibilité de différents genres de violation qu'il ignorait lorsqu'il a intenté l'action. Il admet qu'avant le procès, il doit, si le défendeur insiste, modifier son exposé des détails des violations en ajoutant toute autre violation qu'il a découverte entre temps et sur laquelle il a l'intention de s'appuyer, de manière qu'au procès, on s'en tienne à son égard à son exposé des détails modifiés.

On commenting on this contention, the judgment states at page 74:

It may well be, of course, that the plaintiff, at the time that an action is instituted, has grounds for asserting that the defendant has done certain things although he is not in a position to say precisely when or where or how the defendant did such things. These details in the circumstances of a particular case may be entirely within the knowledge of the defendant. For example, the plaintiff may be in a position to show that a manufacturer sold a certain class of goods that had been manufactured by his patented process. Only the defendant can know, however, when and where they were so manufactured. (In such a case, it obviously would not be necessary for the plaintiff to give such particulars, at least before discovery had taken place. There may also be circumstances in which the plaintiff's knowledge is sufficient to warrant commencing proceedings but it is appropriate to give him an order for inspection of the subject matter of the action under Rule 148A before he is required to settle his Particulars of Breaches. Compare *Edler v. Victoria Press Manufacturing Company* (1910) 27 R.P.C. 114.

The judgment further states at page 78:

In my view, however, none of these problems arise when the plaintiff, in addition to particularizing as to the facts constituting an infringement that are known to him, attempts to bring within the ambit of his Statement of Claim facts that are unknown to him and which, as far as he has any ground for belief, do not exist. Such an attempt to include in a Statement of Claim causes of action based upon no known facts must fail. Either the plaintiff can show that there are facts that justify including a second cause of action in the Statement of Claim or the references to such a possible cause of action are not relevant to any cause of action and should be struck from the pleading.

These principles are again set out by President Jackett in the *Precision Metalsmiths* case, which referred to the *Dow Chemical* case. At page 220 he states:

In an action for infringement of a patent under the *Patent Act*, there must therefore be in the Statement of Claim allegations

- (a) of facts from which it follows as a matter of law that the plaintiff has, by virtue of the *Patent Act*, the exclusive right to do certain specified things, and
- (b) that the defendant has done one or more of the specified things that the plaintiff has the exclusive right to do.

It is not a compliance with the requirement that the material facts be alleged merely to state the conclusions that the Court will be asked to draw, which are

- (a) that the plaintiff is the owner of one or more specified Canadian patents, and
- (b) that the defendant has infringed the plaintiff's rights under such patents.

Commentant cette prétention, le jugement énonce à la page 74:

[TRADUCTION] Il se peut naturellement que le demandeur, lorsqu'une action est intentée, ait des indices lui permettant d'affirmer que le défendeur a accompli certains actes, sans pouvoir dire avec précision quand, où et comment le défendeur a accompli ces actes. Le défendeur peut être seul à connaître en détail les circonstances d'un cas particulier. Par exemple, le demandeur peut être en mesure de prouver qu'un fabricant a vendu une certaine catégorie de marchandises fabriquées selon un procédé dont il détient le brevet. Seul le défendeur peut néanmoins savoir quand, comment et à quel endroit ces marchandises ont été fabriquées. En pareil cas, évidemment, il ne serait pas nécessaire au demandeur de fournir ces détails, au moins avant l'interrogatoire. Il y a aussi des cas où la connaissance du demandeur est suffisante pour autoriser l'ouverture de poursuites, mais où il convient d'octroyer à ce dernier une ordonnance d'inspection du bien en cause en vertu de la Règle 148A avant de lui demander d'exposer ses détails des violations. A comparer avec l'arrêt *Edler c. Victoria Press Manufacturing Company* (1910) 27 R.P.C. 114.

Le jugement déclare ensuite à la page 78:

[TRADUCTION] A mon avis, cependant, aucun de ces problèmes ne se pose lorsque le demandeur, en plus d'exposer en détail les faits qu'il connaît et qui constituent une violation, tente d'inclure dans la déclaration des faits qu'il ne connaît pas et qui, même s'il a quelque motif d'y croire, n'existent pas. Toute tentative d'inclure, dans la déclaration, des causes d'action fondées sur des faits qu'on ne connaît pas, doit être rejetée. Que le demandeur puisse prouver qu'il s'agit de faits justifiant l'inclusion dans la déclaration d'une seconde cause d'action, ou qu'il s'agisse d'une allusion à une éventuelle cause d'action, dans les deux cas les moyens ne sont pas pertinents et doivent être supprimés des plaidoiries.

Le président Jackett consacre à nouveau ces principes dans l'arrêt *Precision Metalsmiths*, qui renvoyait à l'affaire *Dow Chemical*. A la page 220, il déclare:

[TRADUCTION] Dans une action pour contrefaçon introduite en conformité de la *Loi sur les brevets*, l'exposé de demande doit donc alléguer:

- a) les faits fondant en droit le monopole, conféré au demandeur en vertu de la *Loi sur les brevets*, à l'égard de certaines activités bien définies, et
- b) que le défendeur a exercé l'une ou plusieurs des activités bien définies dont le demandeur a le monopole.

Ce n'est donc pas se conformer à cette exigence que d'alléguer les faits importants uniquement en établissant les conclusions que la Cour devra en tirer, à savoir:

- a) que le demandeur est le détenteur d'un ou plusieurs brevets canadiens nommément désignés, et
- b) que le défendeur a violé les droits découlant pour le demandeur de la possession de ces brevets.

The principles set out in these two cases were carried a step further by Thurlow J. in the *Union Carbide* case in which, despite the fact that particulars of breaches indicated which specific paragraphs of the patents in question had allegedly been infringed, he held that this was insufficient, stating, at page 425:

... in a case where interference with a property right is to be the basis for the relief sought, a concise description of the right asserted with a statement of the facts as to how the right arose. What is required, moreover, is not a reference to where information as to the plaintiff's right can be found but a concise description of it sufficient to point unequivocally to what it is that the defendant has violated.

Again, at page 427, he states:

... I should add, however, that in many, if not most cases the description of the right asserted by setting out a number of lengthy and largely unintelligible patent claims, while perhaps not so susceptible to the objection that no cause of action is disclosed might well be open to the objection that it was not a concise statement of a material fact and might be just as objectionable and liable to be struck under paragraphs (c) and (e) of Rule 114 as being likely to prejudice and embarrass the fair trial of the action or as being an abuse of the process of the Court. As I see it what is required is a succinct description, stripped of all unnecessary and irrelevant verbiage, of the essential feature which the defendant is to be alleged to have taken. To compose such a description may require time and effort but, as I see it, a plaintiff and his counsel should know before the action is commenced what the particular right is that they propose to prove has been infringed and should be able to compose a sufficient description of it.¹

In applying the same principles to industrial design in the *Hassenfeld Bros.* case, Noël J., now Associate Chief Justice, referred to the *Precision Metalsmiths* case and stated at page 281:

... The allegation of infringement contained in the statement of claim that the defendant "by reason of its importation, distribution and sale of its 'Johnny Canuck Canada's Fighting Soldier Fully Jointed Move Into 1001 Positions' doll ... has infringed the plaintiff, Hassenfeld Bros., Inc.'s industrial design registration No. 204, folio 26805" is not sufficient as this allegation does not contain such a description of the design or alleged fraudulent imitation thereof that the defendant is alleged to have imported, distributed and sold, as will show that they are in fact an infringement of the plaintiffs' rights. In the absence of such a description, there is, therefore, no allegation of the material facts necessary to show a cause of action for infringement.

Dans l'affaire *Union Carbide*, le juge Thurlow a poussé encore plus loin les principes énoncés dans ces deux arrêts; en l'espèce, bien que les détails des violations indiquassent avec précision les paragraphes qui, dans le brevet en question, avaient été violés, le juge, soutenant que ceci était insuffisant, déclarait à la page 425:

[TRADUCTION]... lorsque l'empiètement sur un droit de propriété fonde une action en réparation, une description succincte du droit allégué, accompagnée d'une exposé des faits démontrant comment ce droit a pris naissance. Plus précisément, on exige non pas un renvoi à une source de renseignements sur le droit du demandeur, mais une description succincte de ce droit pouvant indiquer sans équivoque ce que le défendeur a violé.

Il ajoutait également, page 427:

[TRADUCTION]... Je dois préciser, cependant, que si, par une description du droit allégué comportant un énoncé long et peu intelligible d'un certain nombre de revendications du brevet, on peut, dans de nombreux cas, sinon presque toujours, éviter de se faire opposer l'absence apparente de cause d'action, un exposé dans cette forme reste sujet à l'objection qu'il ne constitue pas un exposé succinct d'un fait important, et peut donc tout aussi bien être rejeté en vertu des alinéas c) et e) de la Règle 114, soit parce que susceptible d'entraver l'instruction équitable de l'action ou de lui nuire, soit à titre de recours abusif à des procédures judiciaires. A mon sens, il faut exiger une description succincte, dégagée de tout verbiage inutile et non pertinent, exprimant l'essentiel du droit que l'on allègue avoir été violé par le défendeur. Cette description s'avèrera sans doute une tâche longue et difficile, mais j'estime qu'un demandeur et son avocat devraient, avant d'intenter un procès, connaître la nature du droit dont ils entendent prouver la violation, et par suite pouvoir en donner une description suffisante.¹

En appliquant ces mêmes principes aux dessins industriels, dans l'affaire *Hassenfeld Bros.*, le juge Noël, aujourd'hui juge en chef adjoint, invoquait l'arrêt *Precision Metalsmiths* et déclarait à la page 281:

[TRADUCTION]... L'allégation de violation contenue dans la déclaration, selon laquelle le défendeur «en important, distribuant et vendant ce petit personnage «Johnny Canuck, soldat canadien au combat, entièrement articulé, pouvant adopter 1001 positions» ... a contrefait le dessin industriel enregistré sous le numéro 204, folio 26805» de la demanderesse Hassenfeld Bros., Inc., n'est pas suffisante, car elle ne contient pas une description du dessin ou de la prétendue imitation frauduleuse de ce que le défendeur est présumé avoir importé, distribué et vendu, pour prouver qu'il s'agit en fait d'une violation des droits des demandeurs. En l'absence d'une telle description, il n'y a donc aucune allégation de faits importants, nécessaires pour prouver une cause d'action en contrefaçon.

In the *Dow Chemical* case President Jackett was dealing with a motion for particulars although, as he pointed out, the objections to the form of the pleading might well have been made by means of a motion to strike. In the present case, we have the converse situation. Defendants have made a motion to strike and while substantially similar results might have been obtained, certainly with respect to some of the improperly drawn paragraphs of the further amended statement of claim, by a motion for particulars, the motion they have brought is perfectly proper. There would seem to be no practical advantage, and on the contrary, the proceedings on the merits would be further delayed, if only those paragraphs which are manifestly improperly drawn were struck, leaving in others with respect to which a motion for particulars would subsequently have to be made, so it is my intention to strike out all paragraphs which appear to me to require further clarification, reserving the plaintiff's right to apply for leave to substitute other pleadings for those so struck out.

Dealing now with specific paragraphs of plaintiff's further amended statement of claim, paragraphs 3 and 4 read as follows:

3. Defendants MacDonald and Railquip Enterprises (herein called the defendants) have infringed said patents at the times and places set forth in the particulars of breaches delivered herewith, by making, constructing, using and vending to others in Canada the inventions set forth in said letters patent, or causing them to be.

4. The infringement consists of infringement of every claim in the said letters patent and every element of the combinations respectively set forth in each of the claims, by using (1) in some products the identical combinations and identical elements and (2) in other products, unsubstantial variations thereof.

and the particulars of breaches referred to in paragraph 3 reads:

1. The Defendants (other than Vapor Corporation) at various dates in 1971 at present unknown to the Plaintiff infringed the Patents (in respect of every claim and in respect of every element of every claim) set forth in the Statement of Claim and specifically on or about the 30th April, 1971, by making, constructing, using and vending to others to be used, the said inventions and specifically the Defendants sold 150 Heaters to the National Steel Car

Dans l'affaire *Dow Chemical*, le président Jackett étudiait une requête à fin de détails bien que, comme il l'a souligné, les objections quant à la forme de la plaidoirie auraient très bien pu être faites par voie de requête en radiation. En l'espèce présente, nous avons la situation contraire. Les défendeurs ont présenté une requête en radiation et même si des résultats fondamentalement semblables auraient pu être atteints, en ce qui concerne en tout cas certains des paragraphes incorrectement rédigés de la nouvelle déclaration modifiée, par la voie d'une requête à fin de détails, la requête qu'ils ont présentée est tout à fait correcte. Il ne semble pas y avoir d'avantage pratique; au contraire, les procédures au fond n'en seraient que retardées si seuls les paragraphes qui sont manifestement mal rédigés étaient radiés, et seuls conservés ceux pour lesquels une requête à fin de détails devrait ultérieurement être présentée; c'est pourquoi j'ai l'intention de radier tous les paragraphes qui me semblent demander quelques éclaircissements, réservant à la demanderesse le droit de demander l'autorisation de remplacer par d'autres plaidoiries celles qui auront été radiées.

Étudions maintenant les paragraphes particuliers de la nouvelle déclaration modifiée de la demanderesse, savoir les paragraphes 3 et 4 que voici:

[TRADUCTION] 3. Les défendeurs MacDonald et Railquip Enterprises (appelés en l'espèce les défendeurs) ont violé lesdits brevets aux temps et lieux énoncés dans les détails des violations ci-joints, en fabriquant, construisant, utilisant et vendant, eux-mêmes ou par des intermédiaires, à d'autres personnes et sur le territoire canadien, les inventions énoncées auxdites lettres patentes.

4. La violation consiste à avoir contrefait chacune des revendications énoncées auxdites lettres patentes et chacun des éléments de combinaison respectivement énoncés dans chacune des revendications, en utilisant (1) dans certains produits, les mêmes combinaisons et les mêmes éléments et (2) dans d'autres produits, de légères variantes de ces derniers.

ainsi que les détails des violations mentionnés au paragraphe 3:

[TRADUCTION] 1. Les défendeurs (autres que Vapor Corporation) ont, à différentes dates de l'année 1971, actuellement inconnues de la demanderesse, violé les brevets (correspondant à chacune des revendications et chacun des éléments de chaque revendication) énoncés à la déclaration, et tout particulièrement le 30 avril 1971 ou vers cette date, en fabriquant, construisant, utilisant et vendant à d'autres personnes pour des fins d'utilisation, lesdites inventions; les

Company Limited at Hamilton (for installation in box cars of Canadian National Railways) which infringed Patent No. 774,371 and the other Patents referred to, at Hamilton, Montreal and at other places at present unknown to plaintiff.

These paragraphs and the particulars in question in effect charge defendants with infringing every claim in plaintiff's patent in the heaters they have sold to National Steel Car Company and are too vague, giving no succinct description of the patents or portion of the patents which have allegedly been infringed, nor the manner in which defendants' heaters have infringed them, and should be struck.

Paragraphs 7 and 7.A.1 read as follows:

7. MacDonald, as Vice President of the plaintiff, disclosed to others, for his own benefit, and contrary to his written agreement with the Plaintiff, certain trade secrets in contravention of the laws to that effect and engaged in that business practice and other business practices, contrary to honest industrial and commercial usage in Canada, as set forth in this pleading.

7.A.1. The plaintiff is the first, and present, owner of copyright in several hundred manufacturing and other drawings, and specifications, and other things which the defendants fraudulently took (or caused to be taken) from the premises of the plaintiff the precise number, and descriptions, and dates, of which are at present unknown to the plaintiff but known to the defendants.

These paragraphs give no details of the trade secrets which defendant, MacDonald, allegedly disclosed to others, nor to whom he disclosed them, nor what specific copyrighted manufacturing and other drawings, specifications and other things he allegedly took, and should be struck.

Paragraph 8 reads as follows:

8. The defendants have infringed in Canada plaintiff's trade mark, "Scotch Guard" as applied to railway box car heaters, (which the plaintiff has used for at least 15 years to distinguish such heaters made by it from any that might be made by others and which defendant MacDonald himself, while an employee of the plaintiff, has so used) since February, 1971 by the use of that name in respect of box car heaters, and by selling, distributing and advertising box car heaters in association with that name.

défendeurs ont, en particulier, vendu 150 radiateurs à la National Steel Car Company Limited à Hamilton (pour être installés dans les wagons de chemin de fer du Canadien National) ce qui violait le brevet n° 774,371 et les autres brevets mentionnés, à Hamilton, Montréal et autres endroits actuellement inconnus de la demanderesse.

Ces paragraphes et les détails en question reviennent à accuser les défendeurs d'avoir violé chacune des revendications du brevet de la demanderesse en vendant les radiateurs à la National Steel Car Company; cependant, ces paragraphes sont trop vagues, ne donnant aucune description succincte des brevets ni de la partie des brevets que l'on prétend avoir été violés, et ne précisant pas ce qui dans les radiateurs des défendeurs constitue une violation et de quelle façon on pourrait y remédier.

Voici les paragraphes 7 et 7.A.1.:

[TRADUCTION] 7. M. MacDonald, vice-président de la demanderesse, a révélé, pour son propre compte et contrairement au contrat écrit passé avec la demanderesse, certains secrets commerciaux en contravention des lois en la matière; il s'est lancé dans cette entreprise parmi d'autres, contrairement aux usages loyaux de l'industrie et du commerce pratiqués au Canada, comme l'énoncent les plaidoiries.

7.A.1. La demanderesse est la première, et l'actuelle propriétaire du droit d'auteur de plusieurs centaines de fabrications et autres dessins, et des mémoires descriptifs et autres dont se sont frauduleusement accaparés les défendeurs, par eux-mêmes ou par d'autres, dans les locaux de la demanderesse et dont le nombre précis, les descriptions et les dates sont actuellement inconnues de la demanderesse mais connues des défendeurs.

Ces paragraphes, ne donnant aucun détail sur les secrets commerciaux que le défendeur MacDonald, aurait révélés ni sur les personnes à qui il les aurait révélés, ni sur les fabrications et dessins précis, mémoires descriptifs et autres, protégés par le droit d'auteur, dont il se serait accaparé, doivent être radiés.

Le paragraphe 8 précise:

[TRADUCTION] 8. Les défendeurs ont contrefait, sur le territoire canadien la marque de commerce de la demanderesse «Scotch Guard» appliquée aux radiateurs de wagons de chemin de fer (que la demanderesse a utilisée pendant au moins 15 ans pour distinguer ces radiateurs, qu'elle fabriquait, de ceux des autres fabricants et que le défendeur MacDonald lui-même, alors employé de la demanderesse, a ainsi utilisée) depuis février 1971, en utilisant ce nom pour des radiateurs de wagons de chemin de fer et en vendant, distribuant et faisant de la publicité pour lesdits radiateurs en rapport avec ladite marque de commerce.

but no specific details are given as to the use of the name "Scotch Guard" by defendants nor of the selling, distributing, and advertising of the heaters in association with that name, which is alleged. It should also therefore be struck.

Paragraph 10 reads as follows:

10. The Defendants pursuant to an illegal plan made tenders slightly under those of the Plaintiff for work to be done that necessarily involved use of the confidential information, copyrights, trade mark, trade secrets and patents above referred to.

This paragraph gives no details as to what confidential information, copyrights, trade mark, trade secrets and patents belonging to plaintiff were necessarily involved in the work to be done which was the subject of the said tenders. It should therefore be struck.

Paragraph 15 reads as follows:

15. MacDonald, while in the employ of the Plaintiff, up to the end of April, 1971, always recognized as valid the patents being infringed by him in the construction of the items in respect of which he has now made competing bids with the Plaintiff and in fact declared to others, on behalf of the Plaintiff, that such patents were valid.

but gives no details as to the patents allegedly being infringed by MacDonald. It should be struck.

Paragraph 17 reads as follows:

17. The Defendants or one of them has applied for a patent on items practically identical with the inventions set forth in the said patents subject to minor deviations and thus recognizes the validity of the above patents.

but gives no details as to the alleged patent application of defendants nor in what respect it is practically identical with the inventions set forth in plaintiff's patents, nor which of plaintiff's patents is involved. It should also be struck.

Paragraphs 22 and 23 read as follows:

22. MacDonald took things belonging to the Plaintiff and parts and descriptions thereof, as well as plans to be used

Ce paragraphe ne nous donne cependant aucun détail précis sur l'utilisation de la marque de commerce «Scotch Guard» par les défendeurs, ni sur la vente, la distribution et le lancement publicitaire de ces radiateurs en rapport avec cette marque de commerce qu'on allègue. C'est pourquoi il doit également être radié.

Le paragraphe 10 précise:

[TRADUCTION] 10. Les défendeurs, poursuivant un dessein illégal, ont fait des offres légèrement inférieures à celles de la demanderesse pour des travaux à effectuer, qui impliquaient nécessairement la connaissance des renseignements confidentiels, droits d'auteur, marque de commerce, secrets commerciaux et brevets mentionnés ci-dessus.

Ce paragraphe ne nous précise pas quels étaient les renseignements confidentiels, droits d'auteur, marque de commerce, secrets commerciaux et brevets, appartenant à la demanderesse, nécessaires dans la réalisation des travaux à effectuer en vertu desdites soumissions. Il doit donc être également radié.

Le paragraphe 15 précise:

[TRADUCTION] 15. M. MacDonald, alors au service de la demanderesse, jusqu'à la fin du mois d'avril 1971, a toujours considéré comme valides les brevets qu'il avait violés à l'occasion de la construction des appareils pour lesquels il faisait maintenant des offres venant concurrencer celles de la demanderesse et proclamait même, au nom de celle-ci, la validité de ces brevets.

Ce paragraphe ne nous donne pas plus de détails sur les brevets que M. MacDonald aurait contrefaits. Il doit donc être radié.

Voici le paragraphe 17:

[TRADUCTION] 17. Les défendeurs, ou l'un d'entre eux, ont présenté une demande de brevet pour des appareils pratiquement identiques aux inventions énoncées dans lesdits brevets, à l'exception de quelques modifications mineures, reconnaissant par conséquent la validité des brevets en question.

Ce paragraphe ne nous renseigne pas sur la prétendue demande de brevet des défendeurs ni sur ce qui la rendait pratiquement identique aux inventions énoncées aux brevets de la demanderesse et ne nous dit pas de quel brevet de la demanderesse il s'agit. Il doit donc être aussi radié.

Paragraphes 22 et 23:

[TRADUCTION] 22. M. MacDonald s'est approprié certains appareils de la demanderesse, certains de leurs éléments et descriptions, ainsi que les plans à utiliser, en effaçant le

by obliterating the name of the Plaintiff but retaining the Part Numbers of the Plaintiff.

23. MacDonald and Railquip, unknown to the Plaintiff, illegally took from the Plaintiff's plant and kept at the office of Railquip at 11387 Gouin Boulevard West, Roxboro, Quebec, nearly 200 plans, specifications and letters belonging to the Plaintiff and on 15th July, 1971 had them there.

but do not specify what things, parts and descriptions, plans, specifications and letters belonging to plaintiff were taken by MacDonald and Railquip and should therefore be struck.

Paragraph 27 reads as follows:

27. In the interval between his being approached by MacDonald and his finally rejecting MacDonald's efforts, James gave to MacDonald certain papers that James had in his possession, the details of all of which are not at present known to the Plaintiff.

This is too indefinite and should be struck.

Paragraph 30 reads as follows:

30. Since the 30th April, 1971, Defendants have by under-bidding Plaintiff, sold 150 box car heaters to National Steel Car (a builder of box cars for the Canadian National Railways) which infringe Patent No. 774,371 and the other patents referred to for \$90,000 and other items based on trade secrets and other confidential information of Plaintiff for a total of around \$260,000 as compared with Plaintiff's bid of \$289,000. MacDonald had while an employee, assisted in preparing the Plaintiff's secret bid.

but in referring to "Patent No. 774,371 and the other patents referred to" and also referring to "other items based on trade secrets and other confidential information" it gives no details as to the nature of the patent claims which have been infringed, nor what other items have allegedly been so sold, nor what trade secrets or confidential information of plaintiff was used. It should therefore be struck.

Paragraph 32 reads as follows:

32. The patents infringed were issued to Vapor Corporation and duly assigned by it to the Plaintiff and are:—

nom de la demanderesse mais en conservant les numéros qu'elle avait inscrits sur les pièces.

23. M. MacDonald et la Railquip, à l'insu de la demanderesse, ont illégalement détourné de l'usine de celle-ci et gardé au bureau de la Railquip, 11387 boulevard Gouin ouest à Roxboro (Québec), près de 200 plans, mémoires descriptifs et lettres, appartenant à la demanderesse, qu'ils y détenaient le 15 juillet 1971.

Ces paragraphes ne précisent pas quels appareils, éléments et descriptions, plans, mémoires descriptifs et lettres, appartenant à la demanderesse, dont M. MacDonald et la Railquip s'étaient accaparés. Ils doivent donc être radiés.

Le paragraphe 27 énonce:

[TRADUCTION] 27. Entre le moment où M. MacDonald a essayé de se rapprocher de lui et le moment où il a finalement écarté les tentatives de ce dernier, M. James a remis à MacDonald certains papiers que le premier avait en sa possession et dont tous les détails n'ont pas été actuellement portés à la connaissance de la demanderesse.

Ceci est encore trop vague et doit être supprimé.

Paragraphe 30:

[TRADUCTION] 30. Depuis le 30 avril 1971, les défendeurs ont, par des offres plus avantageuses que celles de la demanderesse, vendu 150 radiateurs de wagon à la National Steel Car (constructeur de wagons pour les chemins de fer du Canadien National) violant ainsi le brevet n° 774,371 ainsi que les autres brevets précités, et procurant la somme de \$90,000; ils ont également vendu d'autres appareils, fabriqués à partir des secrets commerciaux et autres renseignements confidentiels de la demanderesse, pour la somme totale d'environ \$260,000, par comparaison à la somme de \$289,000 que demandait la demanderesse. M. MacDonald, alors au service de la compagnie, avait participé à l'élaboration de l'offre secrète de la demanderesse.

En nous renvoyant au «brevet n° 774,371, ainsi qu'aux autres brevets précités» tout comme en mentionnant «les autres appareils fabriqués à partir des secrets commerciaux et autres renseignements confidentiels», ce paragraphe ne nous donne aucun détail sur la nature des revendications violées, contenues aux brevets, ni sur la nature des autres appareils vendus, et ne nous dit pas quels secrets commerciaux ou renseignements confidentiels de la demanderesse auraient été utilisés. Il doit donc être supprimé.

Paragraphe 32:

[TRADUCTION] 32. Voici les brevets contrefaits, délivrés à la Vapor Corporation et dûment cédés par elle à la demanderesse:

(1) 621,537 dated the 6th June, 1961 on application dated the 22nd September, 1958, assigned by assignment registered as No. 540,140.

(2) 774,371 dated 26th December, 1967, on application dated the 3rd June, 1966, assigned by assignment registered as No. 814,857.

(3) 784,491 dated 7th May, 1968 on application dated 24th October, 1966, assigned by assignment registered as No. 818,858.

and, as this merely refers to the patents and gives no succinct description of them or the parts of them which have allegedly been infringed, it must be struck.

Paragraphs (d), (e) and (f) of the conclusion setting out plaintiff's claims read as follows:

(d) Delivery up to it of all products now in the possession or under the control of the Defendants, their officers, servants or agents, that are the combinations set forth in the claims of the said patents or that are elements of such combinations.

(e) Delivery up to it of all products now in the possession or under the control of the Defendants, their officers, servants or agents in the making of which the knowledge or information, or drawings, or parts (and other confidential information or things) obtained by MacDonald while in the employ of plaintiff was used.

(f) Delivery up to it of plans, drawings, specifications, parts, or letters referred to above now in the possession or under the control of the Defendants, their officers, servants, or agents.

These are too imprecise in their references to information, drawings, parts, plans, specifications, letters and confidential information and should be struck.

In making this ruling I am not unmindful of the difficulty for plaintiff in requiring it to be specific at the time of the commencement of its action as to precisely which of its patents, drawings, plans, specifications and so forth were used by defendants in their manufacture and sale of the heater complained of. This difficulty was touched on by President Jackett in one of the passages I have cited from the *Dow Chemical* case (*supra*). However, extensive discovery has now taken place, although not yet fully completed, and a model of the heater alleged by defendants to be that which they are manufacturing has been produced as an exhibit, so that plaintiff's agents and employees have

(1) brevet n° 621,537 du 6 juin 1961, sur demande datée du 22 septembre 1958, cédé par cession enregistrée sous le numéro 540,140.

(2) brevet n° 774,371 du 26 décembre 1967, sur demande datée du 3 juin 1966, cédé par cession enregistrée sous le n° 814,857.

(3) brevet n° 784,491 du 7 mai 1968, sur demande datée du 24 octobre 1966, cédé par cession enregistrée sous le n° 818,858.

Comme ce paragraphe ne fait que citer les brevets, sans en donner de description succincte ou sans nous dire quelles en sont les parties qui auraient été violées, il doit être radié.

Les paragraphes d), e) et f) des conclusions énonçant les revendications de la demanderesse précisent:

[TRADUCTION] d) Remise à la demanderesse de tous les produits actuellement en la possession ou sous le contrôle des défendeurs, de leurs préposés, commis ou agents, constituant les combinaisons énoncées aux revendications desdits brevets ou représentant des éléments desdites combinaisons.

e) Remise de tous les produits actuellement en la possession ou sous le contrôle des défendeurs, de leurs préposés, commis ou agents dans la fabrication desquels la connaissance, les renseignements, dessins ou pièces (et tous renseignements ou autres éléments confidentiels) ont été utilisés grâce à M. MacDonald, alors qu'il était au service de la demanderesse.

f) Remise de tous les plans, dessins, mémoires descriptifs, pièces ou lettres mentionnés ci-dessus, actuellement en la possession ou sous le contrôle des défendeurs, de leurs préposés, commis ou agents.

Ces paragraphes sont trop imprécis quant aux renseignements, dessins, pièces, plans, mémoires descriptifs, lettres et renseignements confidentiels et doivent être supprimés.

En décidant de procéder à toutes ces radiations, je n'oublie pas pour autant la difficulté que représentait pour la demanderesse la nécessité d'être précise lorsqu'elle a intenté son action, tout particulièrement de spécifier lesquels de ses brevets, dessins, plans, mémoires descriptifs etc. . . les défendeurs avaient utilisés dans la fabrication et la vente du radiateur en cause. Le président Jackett a esquissé cette difficulté dans l'un des passages que j'ai cités, extrait de l'affaire *Dow Chemical* (précitée). Cependant, un interrogatoire détaillé a maintenant eu lieu, bien qu'il ne soit pas encore complètement terminé, et un modèle du radiateur que les défendeurs prétendent être celui qu'ils

now had an opportunity of examining it in detail. Plaintiff should be well aware at this stage of the proceedings and capable of stating with some precision which of its patents, drawings, plans and specifications defendant MacDonald allegedly took with him or copied when he left its employ, and which of these defendant Railquip Enterprises Ltd. has used in the construction of this heater. The fact that defendants themselves have all this information in their possession does not relieve plaintiff of the burden of alleging with precision which of the patents, plans, specifications, drawings, trade secrets and other items complained of defendants have used or are using. Defendant MacDonald had a right after leaving plaintiff's employ to enter into competition with it, and a distinction will have to be made at the trial between his use of his general knowledge in this field, which is his personal property as are any original plans, drawings, specifications and so forth which he made subsequent to his employment by plaintiff, and any use which he or Railquip may have made of plans, drawings and specifications in which plaintiff has the copyright, or objects or processes for which plaintiff has the patent. At this stage of the proceedings plaintiff should have sufficient information to enable it to plead precise allegations of fact giving rise to the right claimed instead of making vague and generalized allegations which it hopes will cover infringements which it may have overlooked or of which it is not at this time aware.

I therefore order as follows:

1. That paragraphs 3, 4, 7, 7.A.1., 8, 10, 15, 17, 22, 23, 27, 30 and 32 of the further amended statement of claim be struck out, as well as the further amended particulars of breaches, and paragraphs (d), (e) and (f) of the conclusions of plaintiff's amended statement of claim.

construisent a été produit à titre de pièce, si bien que les agents et préposés de la demanderesse ont maintenant eu l'occasion de l'examiner en détail. La demanderesse devrait être suffisamment informée à ce stade du procès pour pouvoir déclarer avec précision lesquels de ses brevets, dessins, plans et mémoires descriptifs le défendeur MacDonald lui aurait soustraits ou aurait copiés avant de quitter son emploi, tout comme elle devrait pouvoir maintenant déclarer lesquels de ces brevets, dessins, plans et mémoires descriptifs, la défenderesse, Railquip Enterprises Ltd., a utilisés dans la fabrication de son radiateur. Le fait que les défendeurs eux-mêmes ont tous ces renseignements en leur possession ne dispense pas la demanderesse de l'obligation d'énoncer avec précision lesquels de ces brevets, plans, mémoires descriptifs, dessins, secrets commerciaux et autres objets de litige ont été ou sont utilisés par les défendeurs. Le défendeur MacDonald avait le droit, après avoir quitté la compagnie demanderesse, d'entrer en concurrence avec elle et il faudra faire une distinction, à l'instruction, entre l'utilisation de ses connaissances générales en la matière, qui lui appartiennent personnellement, tout comme les plans, dessins, mémoires descriptifs etc...qu'il a réalisés après avoir quitté la demanderesse et l'utilisation que lui ou la Railquip aurait pu faire des plans, dessins et mémoires descriptifs sur lesquels la demanderesse a un droit d'auteur, ou des objets ou procédés que la demanderesse a fait breveter. A ce stade du procès, la demanderesse doit avoir désormais suffisamment de renseignements pour lui permettre de fonder son action sur des faits précis qui donnent ouverture au droit qu'elle réclame plutôt que d'invoquer un préjudice vague et imprécis qui, elle l'espère, couvrira toutes les violations qu'elle pourrait avoir omises ou dont elle n'est pas actuellement au courant.

J'ordonne par conséquent que:

1. Les paragraphes 3, 4, 7, 7.A.1., 8, 10, 15, 17, 22, 23, 27, 30 et 32 de la nouvelle déclaration modifiée, les nouveaux détails modifiés des violations et les paragraphes d), e), f) des conclusions de la nouvelle déclaration modifiée de la demanderesse, soient radiés.

2. That the plaintiff, however, be granted leave to apply for leave to substitute other pleadings for the further amended statement of claim and particulars of breaches that are so struck out.

3. That if no such application be made within four weeks from the date of this order or such other delay as the Court may on application allow, the defendants may apply to have this action dismissed.

4. That the costs of this application to strike out be in favour of defendants in any event of the cause.

¹ Rule 114(1)(c) and (e) referred to in this judgment read as follows:

114. (1) The Court may at any stage of the proceedings order to be struck out or amended any pleading or anything in any pleading on the ground that

. . . .
 (c) it may prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action,

. . . .
 (e) it is otherwise an abuse of the process of the Court;

Rule 419 of the present Rules contains substantially similar provisions.

2. La demanderesse est néanmoins autorisée à demander la permission de remplacer par d'autres plaidoiries la nouvelle déclaration modifiée et les détails des violations qui ont été radiés.

3. Si une telle demande n'est pas faite dans les quatre semaines à compter de la date de la présente ordonnance ou dans tout autre délai que la Cour pourra accorder, les défendeurs pourront demander le rejet de l'action.

4. Les frais de la présente demande en radiation sont en faveur des défendeurs, quelle que soit l'issue de la cause.

¹Voici la Règle 114(1)(c) et e) mentionnée dans ce jugement:

114.(1) La Cour peut, à tout stade de la procédure, ordonner le rejet ou l'amendement de toute plaidoirie ou de toute question dans une plaidoirie par le motif

. . . .
 c) qu'elle peut entraver ou retarder l'instruction équitable de l'action ou lui nuire, ou

. . . .
 e) qu'elle constitue par ailleurs un recours abusif à des procédures judiciaires; et elle peut ordonner que l'action soit arrêtée ou rejetée ou que jugement soit enregistré en conséquence, selon le cas.

La Règle 419 des nouvelles Règles contient en substance les mêmes dispositions.

Vapor Canada Limited (Plaintiff)

v.

John A. MacDonald, Railquip Enterprises Limited, and Vapor Corporation (Defendants)

No. 2

Trial Division, Noël A.C.J.—Ottawa, August 19, November 25, 1971.

Civil Rights—Practice—Witness, whether entitled to counsel—Canadian Bill of Rights—Right of counsel to intervene in proceeding, extent of.

Plaintiff brought action against three defendants for infringement of a patent and disclosure of trade secrets. An affidavit by *W* concerning the patented invention was filed by one of the defendants. *W* was a draftsman employed by a firm involved in the manufacture of the patented article but which was not itself a defendant. *W* accompanied by counsel appeared for the purpose of being cross-examined on his affidavit at the office of defendants' solicitors in Montreal. Plaintiff applied to the Court for an order prohibiting *W* from being represented by counsel.

Held, that the motion is dismissed, but while counsel for a witness may attend the cross-examination of his client on an affidavit and assist him by his advice, he may intervene in the proceedings only if the client's fundamental rights or interests guaranteed by the *Canadian Bill of Rights* may be affected, e.g., his right to the protection afforded by secs. 4(1) and 5 of the *Canada Evidence Act* against self-crimination.

MOTION.

Redmond Quain for plaintiff.

J. Nelson Landry for defendants.

R. H. Barrigar for affiant.

NOËL A.C.J.—By this motion plaintiff prays that an order be issued prohibiting Robert Watkin, an employee of Canadian Pacific Limited, on his cross-examination on his affidavit filed by the defendants, from being represented by counsel appearing on his behalf. This motion resulted when Watkin, for the purpose of being cross-examined by counsel for the plaintiff, accompanied by Mr. Barrigar, a counsel, appeared on November 16, 1970, at the office of the attorneys for the defendants¹.

Counsel for the plaintiff did not await that Mr. Barrigar intervene in the proceedings, but objected strenuously to his mere presence at

Vapor Canada Limited (Demanderesse)

c.

John A. MacDonald, Railquip Enterprises Limited et Vapor Corporation (Défendeurs)

N° 2

Division de première instance, le juge en chef adjoint Noël—Ottawa, les 19 août et 25 novembre 1971.

Droits civils—Pratique—Témoïn, a-t-il le droit de se faire assister d'un avocat?—Déclaration canadienne des droits—Droit d'intervention de l'avocat au procès, étendue.

La demanderesse a intenté une action contre trois défendeurs pour contrefaçon d'un brevet et révélation de secrets commerciaux. L'un des défendeurs a produit un affidavit de *W* sur l'invention brevetée. *W* était dessinateur dans une compagnie fabriquant l'article breveté mais n'était pas lui-même défendeur. *W* s'est présenté, accompagné d'un avocat, au cabinet des procureurs des défendeurs à Montréal, pour être contre-interrogé sur son affidavit. La demanderesse a demandé à la Cour une ordonnance interdisant à *W* de se faire représenter par un avocat.

Arrêt: La requête est rejetée mais il a été jugé que si l'avocat d'un témoin peut assister au contre-interrogatoire de son client sur un affidavit et l'aider de ses conseils, il ne peut intervenir au procès qu'en cas d'atteinte aux droits ou aux intérêts fondamentaux de son client que garantit la *Déclaration canadienne des droits*, par exemple à son droit de protection, qu'énoncent les art. 4(1) et 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* contre la fourniture de preuves contre soi-même.

REQUÊTE.

Redmond Quain pour la demanderesse.

J. Nelson Landry pour les défendeurs.

R. H. Barrigar pour l'auteur de l'affidavit.

LE JUGE EN CHEF ADJOINT NOËL—La demanderesse sollicite dans la présente requête l'émission d'une ordonnance interdisant à Robert Watkin, employé de la Canadian Pacific Limited, de se faire représenter par un avocat lorsque les défendeurs l'interrogeront sur son affidavit qu'ils ont produit. Cette requête provient du fait que Watkin s'est présenté le 16 novembre 1970, en compagnie d'un avocat, M^e Barrigar, au cabinet des procureurs des défendeurs, afin d'y subir le contre-interrogatoire de l'avocat de la demanderesse¹.

Ce dernier n'a pas laissé le temps à M^e Barrigar d'intervenir au procès et s'est vigoureusement opposé au simple fait qu'il assiste à l'ins-

the proceedings and were it not for the fact that Mr. Barrigar took the position at that time that he was entitled not only to be present during Mr. Watkin's cross-examination, but also to intervene in his examination either by way of making objections or by asking questions, I would have been inclined to dismiss the plaintiff's motion on the basis that although it may well be that Mr. Barrigar may not intervene in the proceedings, there would be no necessity to deal with the motion at all if he did not. Mr. Barrigar, however, took the same stand before me adding that as Watkin, the witness, had interests that differed from that of the defendants, he was entitled to be represented and protected by counsel who could participate in the proceedings. He also submitted that this was a right given to a witness by section 2(d) of the *Canadian Bill of Rights* which says that

... in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

...
(d) authorize a court, tribunal, commission, board or other authority to compel a person to give evidence if he is denied counsel, protection against self incrimination or other constitutional safeguards;

The present action deals with the infringement of a patent dealing with heaters and there are allegations as well of disclosure being made of trade secrets. There is, therefore, a possibility that the witness may be involved in a fraudulent act covered by the *Criminal Code*. The witness, a draftsman, is an employee of Canadian Pacific Limited, who is involved in the manufacture of a part of the patented invention. This company consulted the firm of Mr. R. H. Barrigar who then met with the witness Watkin. The latter, in his affidavit of November 18, 1971 which deals with the patented invention, states that all the matters sworn to arose in connection with the carrying out of his duties and responsibilities as an employee of Canadian Pacific Limited. He also states that he is satisfied that his interests as an affiant are different from the interests of Vapor Canada Limited, the plaintiff, and Mr. John A. MacDonald, Railquip Enterprises Ltd. and Vapor Corporation, the defendants. He also states that he has no previous experience in testifying in a litigious matter and has no knowledge of what kind of

tance; n'eut été le fait que M^e Barrigar a estimé à ce moment-là avoir le droit non seulement d'assister au contre-interrogatoire de M. Watkin, mais également d'y intervenir, par voie d'objections ou de questions, j'aurais été porté à rejeter la requête de la demanderesse au motif que, comme il se peut très bien que M^e Barrigar n'intervienne pas au procès, il n'y aurait absolument aucune nécessité d'étudier la requête s'il n'intervenait pas. M^e Barrigar a adopté ce point de vue devant moi, ajoutant cependant que comme les intérêts du témoin Watkin diffèrent de ceux des défendeurs, il avait le droit d'être représenté et protégé par un avocat qui pourrait participer au procès. Il a également soutenu qu'il s'agissait là d'un droit reconnu à tout témoin par l'article 2d) de la *Déclaration canadienne des droits*, que voici:

... en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

...
d) autorisant une cour, un tribunal, une commission, un office, un conseil ou une autre autorité à contraindre une personne à témoigner si on lui refuse le secours d'un avocat, la protection contre son propre témoignage ou l'exercice de toute garantie d'ordre constitutionnel;

Il s'agit, en l'espèce, de la contrefaçon d'un brevet portant sur des radiateurs et de la prétendue révélation de secrets commerciaux. Il se peut, par conséquent, que le témoin se trouve impliqué dans un acte frauduleux que sanctionne le *Code criminel*. Le témoin, dessinateur au service de la Canadian Pacific Limited, travaille à la fabrication d'un élément de l'invention brevetée. Cette compagnie a consulté le cabinet de M^e R. H. Barrigar qui a ensuite rencontré le témoin Watkin. Ce dernier, dans l'affidavit qu'il a produit le 18 novembre 1971 sur l'invention brevetée, déclare que tout ce qu'il a affirmé sous serment concerne l'exercice de ses tâches et responsabilités en tant qu'employé de la Canadian Pacific Limited. Il déclare également être convaincu que ses intérêts, en tant qu'auteur de l'affidavit, diffèrent de ceux de la demanderesse Vapor Canada Limited et de ceux des défendeurs John A. MacDonald, Railquip Enterprises Ltd. et Vapor Corporation. Il déclare aussi n'avoir jamais été antérieurement appelé à témoigner au cours d'un procès et n'avoir aucune idée du genre des questions

questioning is proper and what kind of questioning is improper. He then concluded that he is not satisfied that counsel for any of the defendants could adequately represent his interests and particularly he is not satisfied that unless Mr. Barrigar, or some counsel of his choosing, represents him upon the cross-examination on his affidavit, his rights and interests may be prejudiced to his injury.

Counsel for the plaintiff, at the hearing, took the position that only parties to a proceeding before the Court may be represented by counsel and that witnesses cannot. He, however, agreed when the Court pointed out that the rule is that trials must be conducted in public unless, for some special reason, the Court orders it to be heard *in camera*. The present proceedings are proceedings in open court as no order has been issued by the Court authorizing them to be heard *in camera*. This, however, does not mean that because counsel can be present during the cross-examination, as an officer of the Court under section 11(3) of the *Federal Court Act*, or as a mere spectator, he has *carte blanche* to cross-examine the witness or object to any question put to him. This, of course, is a function which must be left to counsel for the parties only and no other counsel is entitled to intervene unless, of course, the fundamental rights of a witness are denied or would otherwise remain unprotected, in which case the *Canadian Bill of Rights* may come into play. This, however, should occur in exceptional cases only and only when such fundamental rights are infringed and, in my view, does not entitle a witness to the services or the right of counsel at all times. If such a practice were allowed to develop, the adversary system, which is the basis of all trials before our courts, would rapidly deteriorate and the beneficial effect of cross-examination in bringing out the facts, would be diminished and even in some cases be entirely lost². I do not believe that Parliament, when passing the *Canadian Bill of Rights* intended to cut down or do away with this effective means of sifting facts. The *Canadian Bill of Rights*, in my view, deals with the protection of fundamental rights and its sections, including section 2(d), must be read with this in mind. If a witness, by his evidence, may place himself in a position where he may

que l'on peut poser ou ne pas poser. Il a terminé en disant qu'il n'était pas convaincu que l'avocat de l'un quelconque des défendeurs puisse convenablement représenter ses intérêts et a affirmé en particulier que s'il n'était pas représenté par M^e Barrigar ou l'un des avocats de son choix lors du contre-interrogatoire portant sur son affidavit, ceci pourrait nuire à ses droits et à ses intérêts.

A l'audience, l'avocat de la demanderesse a exprimé l'avis que seules les parties à une action intentée devant la Cour pouvaient se faire représenter par un avocat, mais non les témoins. Il s'est cependant incliné lorsque la Cour a fait valoir la règle d'après laquelle les procès doivent se dérouler publiquement à moins que, pour une raison particulière, la Cour ne décide d'entendre la cause à huis clos. En l'espèce, les débats sont publics, aucune ordonnance de la Cour n'étant venue autoriser l'audition de la cause à huis clos. Cela ne signifie pas cependant que le fait d'assister au contre-interrogatoire, en tant qu'officier de la Cour aux termes de l'article 11(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* ou simplement comme spectateur, donne à l'avocat carte blanche pour contre-interroger le témoin ou s'opposer à toute question qui lui serait posée. Il s'agit là, évidemment, d'une fonction ne relevant que de l'avocat des parties; aucun autre avocat n'a le droit d'intervenir à moins, évidemment, que l'on ne refuse de reconnaître ou de sauvegarder les droits fondamentaux du témoin, auquel cas la *Déclaration canadienne des droits* pourrait s'appliquer. Ceci, cependant, ne devrait se produire que dans des cas exceptionnels, seulement en cas de violation de ces droits fondamentaux et, à mon avis, ne donne pas automatiquement au témoin le droit de s'entourer des services d'un avocat. Si l'on permettait à une telle pratique de se développer, le principe de la procédure contradictoire, base de tous les procès devant nos tribunaux, se détériorerait rapidement et l'effet bénéfique du contre-interrogatoire révélateur des faits serait amoindri et même dans certains cas, complètement perdu². Je ne pense pas que le Parlement, en adoptant la *Déclaration canadienne des droits*, entendait supprimer ou écarter ce moyen efficace de dégager les faits. A mon avis, la *Déclaration canadienne des droits* vise à protéger les droits fondamentaux; c'est

self-criminate himself and be denied the constitutional safeguards which give him the protection afforded by sections 4(1) and 5 of the *Canada Evidence Act* whereby no answer given by him may criminate him if he requests such protection and other constitutional safeguards, which do not apply to the present case such as, for instance, the presumption of innocence and the benefit of doubt, he may then be in need of the assistance or help (the French text uses the word *secours*) of counsel. When, on the other hand, he is merely testifying on matters which do not involve any incrimination, or other constitutional safeguards, he must answer the questions he is asked and no counsel should intervene on his behalf.

It follows, I believe, that counsel for the witness may attend the cross-examination of his client on his affidavit and assist him by his counsel. He may not, however, intervene in the proceedings unless his client's personal fundamental rights or interests under the *Canadian Bill of Rights* may be affected which, I take it to mean here, his right not to criminate himself (*la protection contre son propre témoignage*) by the evidence he may be called upon to give or his right to whatever constitutional safeguards (*toute garantie d'ordre constitutionnel*) he is entitled to. This should not, however, be construed as allowing counsel for the witness to obstruct or to interfere unduly in the very important process of cross-examination of the witness. Should counsel conduct himself in such a manner, the Court, upon a proper motion will have no alternative but to deny such counsel the right to appear with, however, the liberty to the witness to procure the services of other counsel.

Counsel for the C.N.R. also appeared on this motion and stated that he was in the same position as counsel for the witness in that a number of employees of the C.N.R. would be called to testify. In such an event, the rights of counsel to attend will be similar to those of

ce qu'il faut garder à l'esprit en lisant ses articles, notamment l'article 2*d*). Lorsqu'un témoin se place par son témoignage dans une situation où il peut fournir des preuves contre lui-même et se voir refuser les garanties constitutionnelles des articles 4(1) et 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui prévoit qu'aucune réponse de sa part ne peut faire preuve contre lui-même s'il requiert une telle protection et l'application des autres garanties constitutionnelles, telles que, par exemple, la présomption d'innocence et le bénéfice du doute, qui ne s'appliquent pas en l'espèce présente, il peut alors avoir besoin de l'aide ou de l'assistance d'un avocat (le texte français utilise le terme *secours*). Lorsque, d'autre part, il est simplement appelé à témoigner sur des matières n'impliquant aucune incrimination ou ne mettant en cause aucune autre garantie constitutionnelle, il doit répondre aux questions qui lui sont posées et aucun avocat ne doit intervenir en sa faveur.

Il s'ensuit, à mon avis, que l'avocat du témoin peut assister au contre-interrogatoire de son client sur son affidavit et l'aider de ses conseils. Il ne peut cependant intervenir au procès, à moins qu'il ne soit porté atteinte aux droits ou aux intérêts personnels fondamentaux que son client tient de la *Déclaration canadienne des droits*, ce qui en l'espèce signifie à mon avis le droit de ne pas fournir de preuves contre lui-même, (*la protection contre son propre témoignage*) par le témoignage qu'il peut être appelé à donner ou son droit aux garanties constitutionnelles qui lui sont reconnues (*toute garantie d'ordre constitutionnel*). Ceci, cependant, ne doit pas s'interpréter comme autorisant l'avocat du témoin à empêcher ou à entraver indûment l'important processus du contre-interrogatoire du témoin. Si l'avocat venait à se conduire ainsi, la Cour, sur requête, se verrait dans l'obligation de refuser à cet avocat le droit de se présenter, tout en laissant cependant au témoin la liberté de s'entourer des services d'un autre avocat.

L'avocat du Canadian National, qui s'est également présenté sur la requête, a déclaré qu'il était dans la même situation que l'avocat du témoin du fait qu'un certain nombre d'employés de cette compagnie seraient appelés à témoigner. En pareil cas, les droits de l'avocat d'assister à l'instance seront semblables à ceux de

counsel of the present witness and shall be limited in the same manner.

The above motion is dismissed. Costs shall be in the cause.

¹ [In Montreal—Ed.]

² The manner in which witnesses may testify is set down in articles 306 *et seq.* and particularly article 314 of the Quebec Code of Civil Procedure which says that

314. When a party has ceased examining a witness he has produced, any other party with opposing interests may cross-examine such witness on all the facts in issue and may also establish in any manner whatever grounds he may have for objecting to such witness.

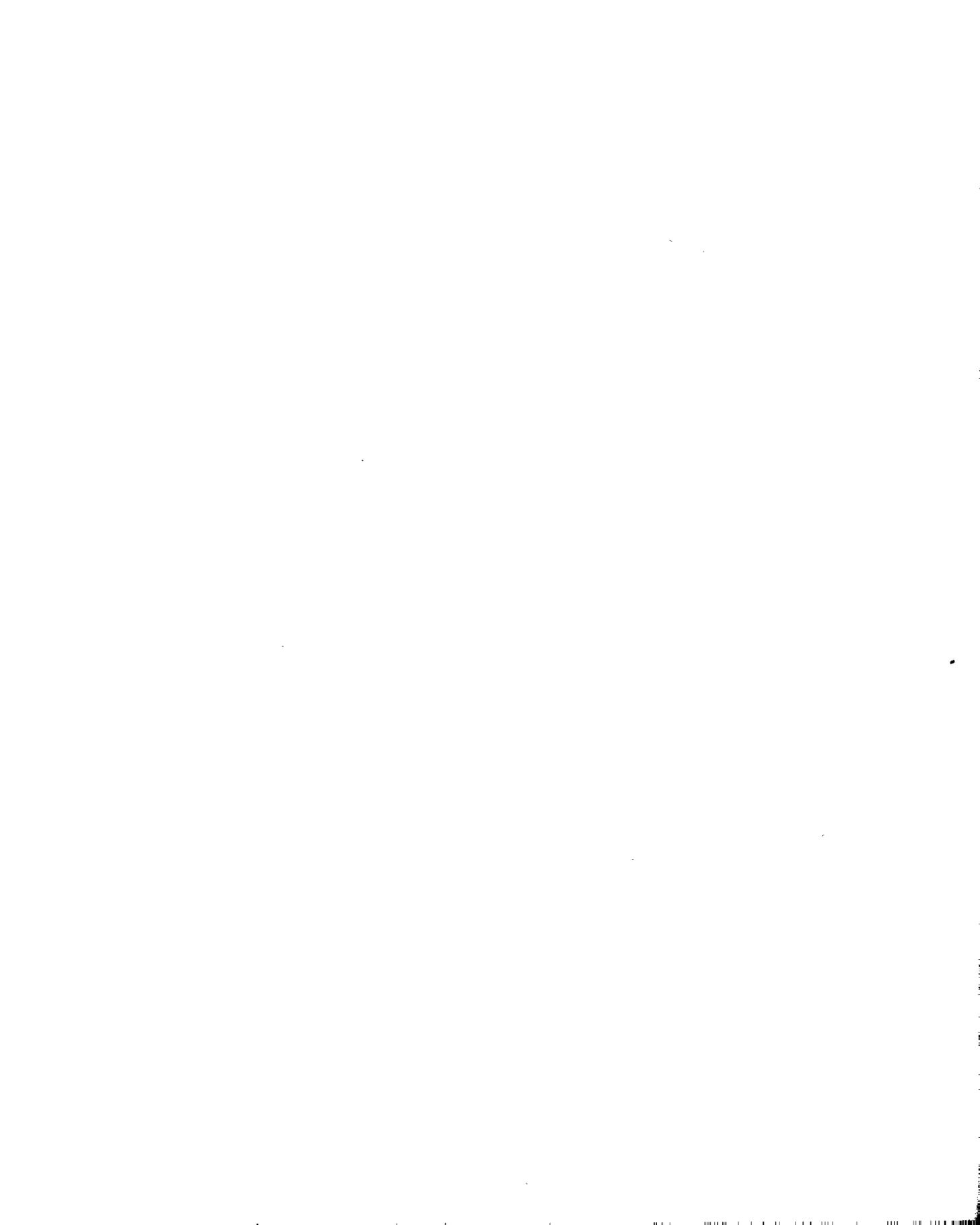
l'avocat du présent témoin et seront pareillement limités.

La requête ci-dessus est rejetée. Dépens à suivre la cause.

¹ [A Montréal—Éd.]

² La façon dont les témoins peuvent déposer en justice est exposée aux articles 306 et suivants, et plus particulièrement à l'article 314 du Code de procédure civile du Québec qui précise:

314. Lorsque la partie a terminé l'interrogatoire du témoin qu'elle a produit, toute autre partie ayant des intérêts opposés peut le contre-interroger sur tous les faits du litige et établir de toutes manières les causes de reproche contre lui.



Falconbridge Nickel Mines Limited (Appellant)

v.

Minister of National Revenue (Respondent)

Trial Division, Cameron D.J.—Ottawa, June 25, November 8, 1971.

Income Tax—“Income derived from operation of mine”—Exemption for 36 months—Profit from sale of ore extracted before exempt period—Whether exempt—Income Tax Act, s. 83(5).

Ore extracted from appellant's mine was smelted and refined, and the resultant nickel sold approximately four months after the extraction of the ore. Section 83(5) of the *Income Tax Act* provides: “Subject to prescribed conditions, there shall not be included in computing the income of a corporation income derived from the operation of a mine during the period of 36 months commencing with the day on which the mine came into production”.

Held, in computing the income of appellant derived from the operation of its mine during the 36 months period, the Minister properly included the income arising or accruing from sales during those months of metal from ore extracted prior thereto (*viz.*, \$214,317) and properly excluded the income arising or accruing from sales after those months of metal extracted during those months (*viz.*, \$682,620).

INCOME tax appeal.

Allen Findlay, Q.C. and B. W. Earle for appellant.

George Ainslie, Q.C. and John R. Power for respondent.

CAMERON D.J.—This is an appeal from a re-assessment to income dated May 29, 1969, with respect to the appellant's 1958 taxation year. Prior to the hearing the parties had agreed upon and filed a stated case and question agreed to between the parties, which reads as follows:

1. The Appellant was incorporated in 1928 under the laws of Ontario and since its incorporation has carried on the business of exploring for, mining and processing minerals. The Appellant's fiscal year is the calendar year.

Falconbridge Nickel Mines Limited (Appelante)

c.

Le ministre du Revenu national (Intimé)

Division de première instance, le juge suppléant Cameron—Ottawa, les 25 juin et 8 novembre 1971.

Impôt sur le revenu—«Revenu provenant de l'exploitation d'une mine»—Période d'exemption de 36 mois—Bénéfices découlant de la vente du minerai extrait avant la période d'exemption—Y a-t-il exemption?—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 83(5).

Le nickel obtenu à la suite du traitement et du raffinement du minerai extrait de la mine de l'appelante a été vendu approximativement quatre mois après l'extraction de ce minerai. L'article 83(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dispose: «Sous réserve des conditions prescrites, il ne faut pas inclure, dans le calcul du revenu d'une corporation, le revenu provenant de l'exploitation d'une mine au cours de la période de 36 mois commençant le jour où la mine est entrée en production».

Arrêt: dans le calcul du revenu de l'appelante provenant de l'exploitation de sa mine, au cours de la période de 36 mois, le Ministre a inclus à bon droit le revenu découlant ou dérivant des ventes qui ont eu lieu au cours de cette période et qui concernaient les métaux provenant du minerai extrait antérieurement à ladite période (*à savoir*: \$214,317) et a exclu à bon droit le revenu découlant ou dérivant des ventes qui ont eu lieu après cette période et qui concernaient les métaux extraits au cours de ladite période (*à savoir*: \$682,620).

APPEL de l'impôt sur le revenu.

Allen Findlay, c.r. et B. W. Earle pour l'appelante.

George Ainslie, c.r. et John R. Power pour l'intimé.

LE JUGE SUPPLÉANT CAMERON—Par les présentes, l'appelante a interjeté appel d'une nouvelle cotisation d'impôt, datée du 29 mai 1969, relative à son année d'imposition 1958. Avant l'audience, les parties avaient accepté et produit un exposé conjoint des faits et questions dont voici le texte:

[TRADUCTION] 1. L'appelante a été constituée en corporation en 1928 en vertu des lois de l'Ontario et a exercé depuis le commerce d'une entreprise de recherche, d'exploitation et de traitement du minerai. L'année financière de l'appelante correspond à l'année civile.

2. The only outstanding issue in the appeal from the income tax assessment for the taxation year 1958 is as to the method of computing the income of the Appellant which was exempt from tax under section 83(5) of the Act (hereinafter referred to as the "new mine income issue"). The issue as to whether certain legal expenses were deductible in computing the income of the Appellant (hereinafter referred to as the "legal expenses issue") has been settled. "Income" as used in this Stated Case and Question means "income" as defined in section 4 of the Act.

3. During the years 1951 to 1956, inclusive, the Appellant brought into production five nickel-copper mines in the Sudbury District of Ontario (hereinafter referred to as the "new mines"). Income derived from the operation of each of the new mines during "the period of 36 months commencing with the day on which the mine came into production" (hereinafter referred to as the "36 months' period") was certified as being exempt from tax under section 83(5) of the Act.

4. The ore extracted from each of the new mines was treated in concentrators and the smelter of the Appellant in the Sudbury District and the resultant nickel-copper matte was shipped by rail and water to Norway where it was refined in the refinery of the Appellant. The metals from the ore were then sold by the Appellant. The sale of the metals took place approximately four months after the ore containing the metals had been extracted from the new mines.

5. In the case of each of the new mines, because of the lapse of time between the extraction of the ore and the sale of the metals from such ore, sales were made during the 36 months' period of metals from ore which had been extracted from the new mine during approximately four months immediately prior to the 36 months' period, and sales were made during approximately four months immediately subsequent to the 36 months' period of metals from ore which had been extracted from the new mine during the 36 months' period. The amount of ore extracted from each of the new mines during the four months immediately prior to the 36 months' period and sold during such period was substantially less than the amount of ore extracted from each during the last four months of the 36 months' period and sold subsequent to such period.

6. In computing under section 83(5) of the Act the income of the Appellant derived from the operation of each of the new mines during its 36 months' period, the Respondent included the income arising or accruing from all sales made during the 36 months' period of metals from ore which had been extracted from the mine (including sales of metals from ore which had been extracted from the mine prior to the commencement of the 36 months' period) but excluded the income arising or accruing from sales made after the 36 months' period of metals from ore which had been extracted from the mine during the 36 months' period.

2. La seule question en suspens dans l'appel de la cotisation d'impôt sur le revenu pour l'année d'imposition 1958 porte sur la méthode de calcul du revenu de l'appelante qui fut exonéré de l'impôt en vertu de l'article 83(5) de la Loi (ci-après désignée la «question du revenu d'une nouvelle mine»). La question de savoir si certains frais juridiques pouvaient être déduits du revenu de l'appelante, lors de son calcul (ci-après désignée la «question des frais juridiques») a été réglée. Le mot «revenu» utilisé dans cet exposé des faits et questions a le sens de «revenu» tel qu'il est défini à l'article 4 de la Loi.

3. Au cours des années 1951 à 1956 incluse, l'appelante a fait entrer en production cinq mines de cuivre et nickel dans la région de Sudbury en Ontario (ci-après désignées les «nouvelles mines»). Le revenu provenant de l'exploitation de chacune des nouvelles mines au cours de «la période de 36 mois commençant le jour où la mine est entrée en production» (ci-après désignée la «période de 36 mois») a été déclaré exonéré de l'impôt en vertu de l'article 83(5) de la Loi.

4. Le minerai extrait de chacune des nouvelles mines était traité dans des concentrateurs et à la fonderie que l'appelante possède dans la région de Sudbury et la matte de nickel et cuivre obtenue était expédiée par chemin de fer et par voie maritime en Norvège où elle était raffinée à la raffinerie de l'appelante. L'appelante vendait alors les métaux extraits du minerai. Cette vente avait lieu environ quatre mois après l'extraction des nouvelles mines du minerai contenant les métaux.

5. Dans le cas de chacune des nouvelles mines, vu qu'un certain laps de temps s'écoulait entre l'extraction du minerai et la vente des métaux obtenus de ce minerai, il y a eu, au cours de la période de 36 mois, des ventes de métaux provenant du minerai extrait de la nouvelle mine pendant les quatre mois environ qui ont précédé la période de 36 mois et il y a eu, pendant les quatre mois environ qui ont suivi immédiatement la période de 36 mois, des ventes de métaux provenant du minerai extrait de la nouvelle mine au cours de la période de 36 mois. La quantité de minerai extraite de chacune des nouvelles mines pendant les 4 mois qui ont précédé immédiatement la période de 36 mois et vendue au cours de cette période était nettement moins importante que celle extraite de chacune des nouvelles mines au cours des 4 derniers mois de la période de 36 mois et vendue postérieurement à cette période.

6. Dans le calcul, prévu par l'article 83(5) de la Loi, du revenu de l'appelante provenant de l'exploitation de chacune des nouvelles mines au cours de la période de 36 mois, l'intimé a inclus le revenu découlant ou dérivant de toutes les ventes qui ont eu lieu au cours de la période de 36 mois et qui concernaient les métaux provenant du minerai extrait de la mine (notamment les ventes de métaux provenant du minerai qui avait été extrait de la mine avant le début de la période de 36 mois); toutefois, il a exclu le revenu découlant ou dérivant des ventes qui ont eu lieu après la période de 36 mois et qui concernaient les métaux provenant du

The Appellant, on the other hand, included the income arising or accruing from sales of metals from all ore which had been extracted from the mine during the 36 months' period (including sales of metals from such ore made subsequent to the 36 months' period) but excluded the income arising or accruing from sales made during the 36 months' period of metals from ore which had been extracted from the mine prior to the commencement of the 36 months' period. Both the Respondent and the Appellant, in computing the income derived from the operation of each of the new mines, assumed that the metals from the first ore extracted from the new mine were the first metals sold.

7. The effect of applying the different methods adopted by the Respondent and the Appellant of computing the new mine income entitled to exemption from tax under section 83(5) may be illustrated by reference to one of the new mines, the East Mine, for which the 36 months' period was from November 1, 1954, to October 31, 1957:

minerai qui avait été extrait de la mine au cours de la période de 36 mois. Par ailleurs, l'appelante a inclus le revenu découlant ou dérivant de la vente des métaux provenant de la totalité du minerai qui avait été extrait de la mine au cours de la période de 36 mois (notamment les ventes de métaux provenant de ces minerais qui ont eu lieu postérieurement à la période de 36 mois); toutefois, elle a exclu le revenu découlant ou dérivant des ventes qui ont eu lieu au cours de la période de 36 mois et qui concernaient les métaux provenant du minerai qui avait été extrait de la mine avant le début de la période de 36 mois. Dans le calcul du revenu provenant de l'exploitation de chacune des nouvelles mines, l'intimé et l'appelante présument que les métaux provenant du minerai qui a été extrait le premier de la nouvelle mine ont été vendus les premiers.

7. Il est possible d'illustrer l'effet de l'application des différentes méthodes que l'intimé et l'appelante ont adoptées pour calculer le revenu des nouvelles mines qui ont droit d'être exemptées de l'impôt en vertu de l'article 83(5) en se référant à l'une de ces nouvelles mines, la mine de l'Est, dont la période de 36 mois a commencé le premier novembre 1954 et s'est terminée le 31 octobre 1957:

	<u>Exempt Income as computed by the Respondent</u>	<u>Exempt Income as computed by the Appellant</u>	<u>Calcul du re- venu exonéré par l'intimé</u>	<u>Calcul du re- venu exonéré par l'appelante</u>
<p>Income from sales made <i>during</i> the 36 months' period of metals from ore extracted from the mine in the four months <i>prior to</i> the 36 months' period—</p>	<p>Included (\$214,317.28)</p>	<p>Excluded</p>	<p>Inclus (\$214,317.28)</p>	<p>Exclu</p>
<p>Income from sales made <i>during</i> the 36 months' period of metals from ore extracted from the mine <i>during</i> the 36 months' period—</p>	<p>Included</p>	<p>Included</p>	<p>Inclus</p>	<p>Inclus</p>
			<p>Revenu provenant des ventes qui ont eu lieu <i>au cours de</i> la période de 36 mois et qui concernaient les métaux provenant du minerai extrait de la mine dans les quatre mois <i>qui ont précédé</i> la période de 36 mois—</p>	
			<p>Revenu provenant des ventes qui ont eu lieu <i>au cours de</i> la période de 36 mois et qui concernaient les métaux provenant du minerai extrait de la mine <i>au cours de</i> la période de 36 mois—</p>	

	<u>Exempt Income as computed by the Respondent</u>	<u>Exempt Income as computed by the Appellant</u>	<u>Calcul du re- venu exonéré par l'intimé</u>	<u>Calcul du re- venu exonéré par l'appelante</u>
Income from sales made in the four months <i>subsequent</i> to the 36 months' period from ore extracted from the mine <i>during</i> the 36 months' period—	Excluded	Included (\$682,620.26)	Exclu	Inclus (\$682,620.26)
			Revenu provenant des ventes qui ont eu lieu dans les quatre mois <i>postérieurs</i> à la période de 36 mois et qui concernaient les métaux provenant du minerai extrait de la mine <i>au cours</i> de la période de 36 mois—	

Amount by which the total exempt income derived from the East Mine, as computed by the Appellant, was reduced on assessment by the Respondent: \$468,302.98.

Montant de la réduction du revenu global exonéré provenant de la mine de l'Est d'après les calculs de l'appelante lors de l'imposition par l'intimé: \$468,302.98.

8. The question in issue is whether in computing under section 83(5) of the Act the income of the Appellant derived from the operation of each of its new mines during the 36 months' period

8. La question en litige est de savoir si, dans le calcul, prévu par l'article 83(5) de la Loi, du revenu de l'appelante provenant de l'exploitation de chacune de ses nouvelles mines au cours de la période de 36 mois,

- (i) there is to be included income arising or accruing from sales made during the 36 months' period of metals from ore which had been extracted from the mine prior to the 36 months' period; and
- (ii) there is to be excluded income arising or accruing from sales made subsequent to the 36 months' period of metals from ore which had been extracted from the mine during the 36 months' period.

- (i) il faut inclure le revenu découlant ou dérivant des ventes qui ont eu lieu au cours de la période de 36 mois et qui concernaient les métaux provenant du minerai qui avait été extrait de la mine avant la période de 36 mois; et
- (ii) il faut exclure le revenu découlant ou dérivant des ventes qui ont eu lieu postérieurement à la période de 36 mois et qui concernaient les métaux provenant du minerai qui avait été extrait de la mine au cours de la période de 36 mois.

9. The parties agree that if the above question is answered in the affirmative, the appeal in respect of the new mine income issue is to be dismissed with costs and the assessment referred back to the Respondent for re-assessment to give effect to the settlement of the legal expenses issue; and that if the question is answered in the negative, the appeal in respect of the new mine income issue is to be allowed with costs and the assessment referred back to the Respondent for re-assessment in accordance with such answer and to give effect to the settlement of the legal expenses issue.

9. Les parties sont d'accord pour dire que, si la question précédente reçoit une réponse affirmative, l'appel concernant la question du revenu d'une nouvelle mine doit être rejeté avec dépens et la cotisation doit être déferée à l'intimé pour qu'il établisse une nouvelle cotisation donnant effet au règlement de la question des frais juridiques. Si la question reçoit une réponse négative, l'appel concernant la question du revenu d'une nouvelle mine doit être accueilli avec dépens et la cotisation doit être déferée à l'intimé pour qu'il établisse une nouvelle cotisation conformément à cette réponse donnant effet au règlement de la question des frais juridiques.

The hearing of the appeal was therefore limited to argument on the question in issue as above stated in paragraph 8 based on the facts set out in the stated case. As the answer to the question so raised is dependent on the interpretation to be placed on section 83(5) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 as amended, I shall set out at once the provisions of that subsection and of subsection (6) as well as section 1900 of Part XIX of the Regulations (as they were in 1958).

L'audience de l'appel s'est donc limitée à la discussion de la question en litige, exposée précédemment à l'alinéa 8, qui s'appuie sur les faits énoncés dans l'exposé des faits. Comme la réponse à la question ainsi posée dépend de l'interprétation qu'on donne à l'article 83(5) modifié de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, je vais dès maintenant énoncer les dispositions de ce paragraphe et celles du paragraphe (6) ainsi que l'article 1900

83. (5) Subject to prescribed conditions, there shall not be included in computing the income of a corporation income derived from the operation of a mine during the period of 36 months commencing with the day on which the mine came into production.

83. (6) In subsection (5),

(a) "mine" does not include an oil well, gas well, brine well, sand pit, gravel pit, clay pit, shale pit or stone quarry (other than a deposit of oil shale or bituminous sand); and

(b) "production" means production in reasonable commercial quantities.

1900. For the purpose of subsection (5) of section 83 of the Act, the following conditions are hereby prescribed:

(a) the corporation shall maintain separate accounting records in respect of the mine

(i) for the period beginning with the commencement of operation of the mine by the corporation and ending with the day before the day on which the mine came into production, and

(ii) for each taxation year of the corporation which includes a part of the 36 months beginning with the day on which the mine came into production;

(b) if the operation of the mine was the only business carried on by the corporation on the day before the day on which the mine came into production, the corporation shall end its taxation year and close its books of account as of that day;

(c) if paragraph (b) does not apply, the corporation shall close its accounting records in respect of the mine on the day that is 36 months after the day on which the mine came into production; and

(d) the corporation shall file a return in triplicate in prescribed form with the Minister.

A short summary of the agreed facts will be helpful at this point. The issue is regarding the method to be used in computing the income of the appellant which was exempt from tax under section 83(5) for "new mine income". During the years 1951 to 1956 inclusive, the appellant brought into production five nickel-copper mines in the Sudbury District and paragraph 6 of the stated case indicates the methods respectively used by the respondent and the appellant in computing the income of the appellant therefrom "during the period of 36 months commencing with the day on which the mines came into production", the word "production" being defined in section 83(6)(b) as "production in reasonable commercial quantities". The ore

de la partie XIX des Règlements (dans leur rédaction de 1958).

83. (5) Sous réserve des conditions prescrites, il ne faut pas inclure, dans le calcul du revenu d'une corporation, le revenu provenant de l'exploitation d'une mine au cours de la période de 36 mois commençant le jour où la mine est entrée en production.

83. (6) Dans le paragraphe (5)

a) «mine» ne comprend pas un puits de pétrole, un puits de gaz, un puits de mine de sel, une carrière de sable, une gravière, une carrière d'argile, une carrière de schiste ou une carrière de pierre (autre qu'un dépôt de schiste bitumeux ou de sable bitumeux); et

b) «production» signifie la production en quantités commerciales raisonnables.

1900. Pour l'application du paragraphe (5) de l'article 83 de la Loi, les conditions suivantes sont par les présentes prescrites:

a) la corporation doit tenir des écritures comptables distinctes à l'égard de la mine

(i) pour la période commençant au début de l'exploitation de la mine par la corporation et se terminant le jour précédant celui où la mine est entrée en production, et

(ii) pour chaque année d'imposition de la corporation qui comprend une partie des trente-six mois commençant le jour où la mine est entrée en production;

b) si l'exploitation de la mine était la seule entreprise exercée par la corporation le jour précédant celui où la mine est entrée en production, la corporation doit clore son année d'imposition et arrêter ses livres de comptes audit jour;

c) si l'alinéa b) ne s'applique pas, la corporation doit arrêter ses écritures comptables à l'égard de la mine le jour qui tombe 36 mois après le jour où la mine est entrée en production, et

d) la corporation doit transmettre au Ministre une déclaration en triplicate en la forme prescrite.

Un court exposé des faits exposés conjointement serait utile à ce stade. Le litige porte sur la méthode à utiliser pour calculer le revenu de l'appelante qui était exonéré de l'impôt en vertu de l'article 83(5) à titre de «revenu d'une nouvelle mine». Des années 1951 à 1956 incluse, l'appelante a fait entrer en production cinq mines de cuivre et nickel dans la région de Sudbury et l'alinéa 6 de l'exposé des faits indique les méthodes que l'intimé et l'appelante ont respectivement utilisées pour calculer le revenu de l'appelante en découlant «au cours de la période de 36 mois commençant le jour où les mines sont entrées en production», le mot «production» étant défini ainsi à l'article 83(6)(b): la «production en quantités commerciales raison-

extracted from the new mine was treated in concentrators and a smelter of the appellant in the Sudbury district and the resultant nickel-copper matte was shipped to Norway where it was refined in the appellant's refinery there, and the metals from the ore were then sold. Normally there was a delay of 4 months between the date of extraction of the ore and the date of sale of the metals obtained therefrom; as will be seen later, it is this delay which has resulted in the present dispute as to the proper interpretation of section 83(5).

By way of illustrating the effect of applying the methods used respectively by the respondent and the appellant in computing the exempt income, the East Mine is taken as an example, the resulting figures being shown in para. 7. Counsel for the appellant admitted that for each of the five "new mines" the appellant had received the usual certificates from the respondent giving the dates of commencement and termination of "the period of 36 months" commencing with the day on which each new mine came into production in reasonable commercial quantities, such period in respect of the East Mine being from November 1, 1954, to October 31, 1957; he also agreed that the appellant in respect of each new mine had complied with the prescribed conditions set out in Regulation 1900 (*supra*).

It will be noted from paragraph 7:

(a) that both parties in computing the exempt income for that period included therein the income arising or accruing from sales made during that period of 36 months of metals from ore extracted *during* the said period of 36 months;

(b) that the respondent in so computing the exempt income of the appellant included income arising or accruing from sales made during the period of 36 months of metals from ore extracted from the mine in the 4 months *prior* to the period of 36 months, whereas the appellant excluded that income of \$214,317.28 from its claim for exemption; and

(c) that in respect of income arising or accruing from sales of metals made in the 4 months *subsequent* to the period of 36 months from ore extracted from the mine *during* the period of 36 months (\$682,620.26) the appellant included that amount in computing its exempt income, whereas the respondent disallowed that claimed exemption *in toto*.

nables». Le minerai extrait de la nouvelle mine était traité dans des concentrateurs et à une fonderie que l'appelante possède dans la région de Sudbury, puis la matte de cuivre et nickel obtenue était expédiée en Norvège où elle était raffinée à une raffinerie de l'appelante, enfin les métaux extraits du minerai étaient alors vendus. Normalement il s'écoulait une période de quatre mois entre la date d'extraction du minerai et la date de vente des métaux qu'on en retirait; comme nous le verrons par la suite, c'est ce laps de temps qui est à l'origine du présent litige sur l'interprétation correcte de l'article 83(5).

A titre d'illustration de l'effet obtenu par l'application des méthodes que l'intimé et l'appelante ont respectivement utilisées pour calculer le revenu exonéré, la mine de l'Est a servi d'exemple et les chiffres obtenus figurent à l'alinéa 7. L'avocat de l'appelante a reconnu que, pour chacune des cinq «nouvelles mines», celle-ci avait reçu de l'intimé les certificats habituels donnant les dates de début et de fin de «la période de 36 mois» qui a commencé le jour où chaque nouvelle mine est entrée en production en quantités commerciales raisonnables; en ce qui concerne la mine de l'Est, cette période est allée du 1^{er} novembre 1954 au 31 octobre 1957. Il a également reconnu que l'appelante, pour chaque nouvelle mine, avait satisfait aux conditions requises énoncées par le Règlement 1900 (précité).

Il convient de remarquer à l'alinéa 7 que:

a) les deux parties ont inclus dans le calcul du revenu exonéré pour cette période, le revenu découlant ou dérivant des ventes qui ont eu lieu au cours de cette période de 36 mois et qui concernaient les métaux provenant du minerai extrait *au cours* de ladite période de 36 mois;

b) l'intimé, en calculant de cette façon le revenu exonéré de l'appelante, y a inclus le revenu découlant ou dérivant des ventes qui ont eu lieu au cours de la période de 36 mois et qui concernaient les métaux provenant du minerai extrait de la mine pendant les 4 mois *antérieurs* à la période de 36 mois, tandis que l'appelante a exclu ce revenu, qui s'élevait à \$214,317,28, de sa demande d'exemption; et

c) en ce qui concerne le revenu découlant ou dérivant des ventes qui ont eu lieu pendant les 4 mois *postérieurs* à la période de 36 mois et qui concernaient les métaux provenant du minerai extrait de la mine *au cours* de la période de 36 mois (\$682,620.26), l'appelante a inclus ce montant dans le calcul de son revenu exonéré, tandis que l'intimé a *entièrement* rejeté cette demande d'exemption.

It is common ground that income was not realized by the appellant corporation until the metals produced from the ores extracted were actually sold. In this connection reference may be made to section 4 of the *Income Tax Act* which reads:

Subject to the other provisions of this Part, income for a taxation year from a business or property is the profit therefrom for the year.

Put shortly, the problem before me is to endeavour to construe the provisions of section 83(5) so as to determine whether or not the phrase "during the period of 36 months" refers to "income derived", as submitted by the respondent; or whether the phrase refers to the immediately preceding words "the operation of a mine", as submitted by the appellant. If the appellant's contention is correct, namely that the intention of Parliament was to grant an exemption from income tax in respect of all production of ore from a new mine during the period of 36 months, and whether the metals produced from the ore were sold and income derived in or after that period of 36 months, then the questions submitted will be answered in the negative and the appeal allowed. If on the other hand the Minister's contention that the phrase "during the period of 36 months" refers to "income derived" and that Parliament intended not to exempt from income tax all ore produced during that period but rather only income arising or accruing in the exempting period of 36 months from production of the new mine, then the questions submitted must be answered affirmatively and the appeal would be dismissed.

It will be convenient to refer generally to the phrase "during the period of 36 months" as "the exemption period".

The onus is on the taxpayer to establish the existence of facts or law showing an error in relation to the taxation imposed (see *Johnston v. M.N.R.* [1948] S.C.R. 486). It must also be kept in mind that section 83(5) is an exempting section and must therefore be strictly construed. Reference may be made to the statement of Sir W. J. Ritchie C.J., of the Supreme

Il est bien établi que la corporation appelante n'obtenait aucun revenu tant qu'elle n'avait pas réellement vendu les métaux produits à partir du minerai. A cet égard, l'on peut se référer à l'article 4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dont voici le texte:

Sous réserve des autres dispositions de la présente Partie, le revenu provenant, pour une année d'imposition, d'une entreprise ou de biens est le bénéfice en découlant pour l'année.

En bref, le problème qui m'est posé consiste à tenter d'interpréter les dispositions de l'article 83(5) pour établir si l'expression «au cours de la période de 36 mois» se rapporte aux mots «revenu provenant», comme le prétend l'intimé, ou si elle se rapporte aux mots qui la précèdent immédiatement, à savoir: «l'exploitation d'une mine», comme le prétend l'appelante. Si la prétention de l'appelante est correcte, à savoir que l'intention du législateur était d'accorder une exemption de l'impôt sur le revenu au regard de la production globale de minerai d'une nouvelle mine au cours de la période de 36 mois, si les métaux produits à partir du minerai ont été vendus et si un revenu a été tiré de cette opération pendant ou après cette période de 36 mois, alors les questions posées recevront une réponse négative et l'appel sera accueilli. Si, par contre, la prétention du Ministre selon laquelle l'expression «au cours de la période de 36 mois» se rapporte aux mots «revenu provenant» et si le législateur a eu l'intention non pas d'exonérer de l'impôt sur le revenu tout le minerai produit au cours de cette période mais plutôt le seul revenu découlant ou dérivant, au cours de la période d'exemption de 36 mois, de la production de la nouvelle mine, alors il y a lieu de répondre par l'affirmative aux questions posées et de rejeter l'appel.

Pour des raisons de commodité, on parlera de «la période d'exemption» pour se référer à l'expression «au cours de la période de 36 mois».

Le fardeau d'établir l'existence des faits ou du droit prouvant une erreur dans l'imposition incombe au contribuable (voir l'affaire *Johnston c. M.R.N.* [1948] R.C.S. 486). Il convient également d'avoir présent à l'esprit que l'article 83(5) vise une exemption et doit en conséquence être interprété strictement. On peut citer Sir W. J. Ritchie, juge en chef de la Cour suprême du

Court of Canada in *Wylie v. Montreal* (1885) 12 S.C.R. 384 at p. 386, where he said:

I am quite willing to admit that the intention to exempt must be expressed in clear unambiguous language; that taxation is the rule and exemption the exception, and therefore to be strictly construed.

In this connection see also the decision of Thorson P., in the Exchequer Court of Canada, in *Lumbers v. M.N.R.* [1943] Ex.C.R. 202, which was affirmed by the Supreme Court of Canada [1944] S.C.R. 167, and also a further decision by Thorson P. in *W. A. Sheaffer Pen Co. v. M.N.R.* [1953] Ex.C.R. 251, in which he said at p. 255:

Then I put the rule of construction of an exempting provision of the Income War Tax Act as follows:

Just as receipts of money in the hands of a taxpayer are not taxable income unless the Income War Tax Act has clearly made them such, so also, in respect of what would otherwise be taxable income in his hands a taxpayer cannot succeed in claiming an exemption from income tax unless his claim comes clearly within the provisions of some exempting section of the Income War Tax Act: he must show that every constituent element necessary to the exemption is present in his case and that every condition required by the exempting section has been complied with.

A similar rule of construction should be applied in the case of a statutory right of deduction such as that conferred by section 5(p) from which it follows that if a taxpayer cannot clearly bring his claim for deduction within the express terms of the provision conferring the right of deduction he is not entitled to it.

The precise point here in issue has not previously been raised so far as I am aware, except in one case before the Tax Appeal Board in *Newfoundland Minerals Ltd. v. M.N.R.* [1969] Tax A.B.C. 436. The decision of the Board was stated in the headnote as follows:

Held: What was exempted by section 83(5) was the income expressed in dollars and cents during the 36-month period in respect of the mine. It follows that the profit realized subsequently from ore mined during that period was taxable. Appeal dismissed.

An appeal was taken by the taxpayer to the Exchequer Court of Canada and, according to the material before me, the Minister at the

Canada, qui dans l'affaire *Wylie c. Montréal* (1885) 12 R.C.S. 384 à la p. 386, a déclaré:

[TRADUCTION] Je suis tout disposé à admettre qu'il faut exprimer l'intention d'accorder une exemption dans un langage clair et précis et que l'imposition est la règle et l'exemption l'exception qui doit en conséquence être interprété strictement.

A ce propos, il convient de voir également la décision du juge Thorson, président de la Cour de l'Échiquier du Canada, dans l'affaire *Lumbers c. M.R.N.* [1943] R.C.É. 202, confirmée par la Cour suprême du Canada [1944] R.C.S. 167, ainsi qu'une autre décision du président Thorson dans l'affaire *W. A. Sheaffer Pen Co. c. M.R.N.* [1953] R.C.É. 251, dans laquelle il a déclaré à la p. 255:

[TRADUCTION] Je conçois donc la règle d'interprétation d'une disposition d'exemption prévue par la Loi de l'impôt de guerre sur le revenu de la façon suivante:

De même que les sommes reçues par un contribuable ne constituent pas un revenu imposable tant que la Loi de l'impôt de guerre sur le revenu ne le prévoit pas clairement, de même, au regard de ce qui constituerait autrement un revenu imposable dans les mains d'un contribuable, ce dernier ne peut faire accueillir une demande d'exemption d'impôt sur le revenu tant que cette demande n'est pas clairement établie dans les dispositions de quelque article de la Loi de l'impôt de guerre sur le revenu prévoyant une exemption: il doit prouver que son affaire contient tous les éléments constitutifs nécessaires à l'exemption et que chaque condition exigée par l'article visant l'exemption a été remplie.

Il y aurait lieu d'appliquer la même règle d'interprétation dans le cas d'un droit statutaire de déduction semblable à celui que confère l'article 5p). D'après cette règle, si la demande de déduction d'un contribuable ne relève pas clairement des termes exprès de la disposition en accordant le droit, le contribuable ne peut se prévaloir de ce droit.

A ma connaissance, la question précise, objet du litige en l'espèce, n'a pas encore été soulevée, sauf une fois devant la Commission d'appel de l'impôt dans l'affaire *Newfoundland Minerals Ltd. c. M.R.N.* [1969] Tax A.B.C. 436. Le sommaire de la décision de la Commission est rédigé de la façon suivante:

[TRADUCTION] *Arrêt:* Ce que l'article 83(5) a exempté, c'était le revenu, énoncé en dollars et en cents, gagné au cours de la période de 36 mois, au regard de la mine. Il s'ensuit que les bénéfices, provenant du minerai exploité au cours de cette période, réalisés par la suite étaient imposables. L'appel est rejeté.

Le contribuable avait fait appel devant la Cour de l'Échiquier du Canada et, selon les documents en ma possession, le Ministre, à

hearing moved to strike out the Notices of Appeal on the ground, *inter alia*, that neither the Appeal Board nor the Exchequer Court had jurisdiction to hear an appeal from a "notification" that no tax was payable, and that the Minister had not either re-assessed or confirmed the assessment of October 6, 1965, but had, pursuant to section 58(3), vacated the assessment. In the result, the motion by the Minister was granted, the endorsement by the Court on the record being stated:

Order to go striking out the Notices of Appeal herein on the grounds that there is no right of appeal because the notice from the Minister dated 14 September, 1966, was a notice of the Minister's vacation of his 1963 assessment of the taxpayer for tax.

Subsection 83(5) was considered in *Hollinger North Shore Exploration Co. v. M.N.R.* [1960] Ex.C.R. 325, but on another point. In that case, Thurlow J. came to the conclusion that the word "derived" as used in the subsection was equivalent to "arising or accruing", stating at p. 332:

I can see no distinction for the present purpose between the meaning of the expression "income derived from mining," which was considered in the *Gilhooly* case [1945] Ex.C.R. 141, and that of "income derived from the operation of a mine." In each case, I think the word "derived" is broader than "received" and is equivalent to "arising or accruing" (*vide Commissioner of Inland Revenue v. Kirk* [1900] A.C. 588), but in neither case is the expression limited to income arising or accruing from the operation of a mine by the particular taxpayer.

The appeal in that case was with respect to the taxpayer's income for 1956, and at p. 328 of the judgment it states: "It is not disputed that the whole of the year 1956 was within the period of 36 months after the mine came into production". An appeal from that judgment was dismissed by the Supreme Court of Canada [1963] S.C.R. 131, the Court stating at p. 134:

I share the view expressed by the learned trial judge that the ordinary meaning of the words "derived from the operation of a mine" is broader than that contended for by appellant, that the word "derived" in this context is broader than "received" and is equivalent to "arising or accruing" (*vide Commissioner of Taxation v. Kirk* [1900] A.C. 588 at 592) and that the expression is not limited to income arising or accruing from the operation of a mine by a particular taxpayer.

l'audience, a proposé de faire radier les avis d'appel au motif, entre autres, que ni la Commission d'appel ni la Cour de l'Échiquier n'avaient juridiction pour entendre l'appel d'une «notification» selon laquelle aucun impôt n'était payable et que le Ministre n'avait pas établi de nouvelle cotisation ou confirmé la cotisation du 6 octobre 1965, mais qu'il avait, conformément à l'article 58(3), annulé la cotisation. Finalement, la requête du Ministre a été accordée et la Cour a mentionné dans le dossier:

[TRADUCTION] Ordonnance de radiation des avis d'appel en l'espèce au motif qu'il n'y a aucun droit d'appel parce que l'avis du Ministre, daté du 14 septembre 1966, était un avis de l'annulation par le Ministre de la cotisation du contribuable pour 1963.

Le paragraphe 83(5) a été étudié dans l'affaire *Hollinger North Shore Exploration Co. c. M.R.N.* [1960] R.C.É. 325, mais sur un autre point. Dans cette affaire, le juge Thurlow est arrivé à la conclusion que le mot «provenant» utilisé dans ce paragraphe était l'équivalent de l'expression «découlant ou dérivant» et il a déclaré à la p. 332:

[TRADUCTION] Je ne peux faire de distinction à cet effet entre le sens de l'expression «revenu provenant de l'exploitation minière,» examiné dans l'affaire *Gilhooly* [1945] R.C.É. 141, et celle de «revenu provenant de l'exploitation d'une mine.» Dans chaque cas, je crois que le mot «provenant» est plus large que le mot «reçu» et équivaut à l'expression «découlant ou dérivant» (voir l'affaire *Commissioner of Inland Revenue c. Kirk* [1900] A.C. 588), mais en aucun cas, l'expression ne se limite au revenu découlant ou dérivant de l'exploitation d'une mine par un contribuable particulier.

L'appel en l'espèce portait sur le revenu du contribuable pour 1956 et, à la p. 328 du jugement, il est écrit: [TRADUCTION] «Il n'est pas contesté que l'année 1956 toute entière entrait dans la période de 36 mois postérieure à l'entrée en production de la mine». La Cour suprême du Canada a rejeté l'appel de ce jugement [1963] R.C.S. 131, et a déclaré à la p. 134:

[TRADUCTION] Je souscris à l'opinion formulée par le savant juge du fond selon laquelle le sens ordinaire des mots «provenant de l'exploitation d'une mine» est plus large que ce que prétend l'appelante, que le mot «provenant» dans ce contexte est plus large que le mot «reçu» et équivaut à l'expression «découlant ou dérivant» (voir l'affaire *Commissioner of Taxation c. Kirk* [1900] A.C. 588 à la p. 592) et que cette expression ne se limite pas au revenu découlant ou dérivant de l'exploitation d'une mine par un contribuable particulier.

In Craies on Statute Law 6th ed., p. 66, it states:

The cardinal rule for the construction of Acts of Parliament is that they should be construed according to the intention expressed in the Acts themselves. "The tribunal that has to construe an Act of a legislature, or indeed any other document, has to determine the intention as expressed by the words used. And in order to understand these words it is natural to inquire what is the subject-matter with respect to which they are used and the object in view." In *Barnes v. Jarvis* Lord Goddard C.J. said: "A certain amount of common sense must be applied in construing statutes. The object of the Act has to be considered." If the words of the statute are themselves precise and unambiguous, then no more can be necessary than to expound those words in their ordinary and natural sense. The words themselves alone do in such a case best declare the intention of the lawgiver.

Where the language of an Act is clear and explicit, we must give effect to it, whatever may be the consequences, for in that case the words of the statute speak the intention of the legislature.

The rule now under review is expressed in various terms by different judges. The epithets "natural," "ordinary," "literal," "grammatical" and "popular" are employed almost interchangeably, but their indiscriminate use leads to some confusion, and probably the term "primary" is preferable to any of them, if it be remembered that the primary meaning of a word varies with its setting or context and with the subject-matter to which it is applied; for reference to the abstract meaning of words, if there be any such thing, is of little value in interpreting statutes.

Section 83(5) is part of the *Income Tax Act* and the subject matter is the computation of the income of certain corporations. The object in view in enacting this subsection was clearly to provide an incentive to bring new mines into production by permitting a corporation to exclude from the computation of its income tax income derived (arising or accruing) from the operation of a mine during the period of exemption—*i.e.* 36 months—commencing with the day on which the mine came into production in reasonable commercial quantities. All this is clear from the language of the subsection itself and I recall no argument by either party at the hearing which would suggest otherwise.

Now if the subsection had to be read in isolation, assisted only by the findings which I have made as to its subject matter and the object in view of Parliament in enacting it, there might possibly be uncertainty as to whether "the exemption period" referred to "income

Dans l'ouvrage Statute Law de M. Craies 6^{ième} éd., p. 66, il est écrit:

[TRADUCTION] La règle fondamentale d'interprétation des lois du Parlement est qu'elles devraient être interprétées en conformité avec l'intention qui y a été exprimée. «Le tribunal qui doit interpréter une loi adoptée par le législateur, ou même tout autre document, doit établir l'intention qu'expriment les mots utilisés. Afin de comprendre ces mots, il est naturel de rechercher l'objet pour lequel ils sont utilisés ainsi que le but visé.» Dans l'affaire *Barnes c. Jarvis*, Lord Goddard, juge en chef, a déclaré: [TRADUCTION] «il convient de faire preuve d'une certaine dose de bon sens pour interpréter les lois. Le but de la loi doit être pris en considération.» Si les mots de la loi sont eux-mêmes précis et clairs, il peut alors suffire d'exposer ces mots dans leur sens ordinaire et naturel. Dans ce cas, les mots seuls par eux-mêmes énoncent le mieux l'intention du législateur.

Lorsque le texte d'une loi est clair et explicite, nous devons lui donner effet, quelles que puissent en être les conséquences, car, dans ce cas, les termes de la loi traduisent l'intention du législateur.

La règle que nous examinons maintenant est formulée en des termes divers par différents juges. Les épithètes «naturel», «ordinaire», «littéral», «grammatical» et «populaire» sont employés de façon presque interchangeable, mais leur usage aveugle conduit à une certaine confusion et il est probable que le terme «premier» est préférable à chacun d'entre eux, si on se souvient que le sens premier d'un mot change avec sa place ou le contexte et avec l'objet pour lequel il est utilisé; car la référence au sens abstrait des mots, si cela peut exister, est de peu d'utilité pour l'interprétation des lois.

L'article 83(5) fait partie de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et a pour objet le calcul de l'impôt de certaines corporations. Il est clair que le but visé en promulguant ce paragraphe était de stimuler l'entrée en production de nouvelles mines en permettant à une corporation d'exclure du calcul de son impôt sur le revenu le revenu provenant (découlant ou dérivant) de l'exploitation d'une mine au cours de la période d'exemption, c'est-à-dire 36 mois, commençant le jour où la mine est entrée en production en quantités commerciales raisonnables. Tout cela ressort clairement à la lecture du paragraphe lui-même et je ne me souviens pas que l'une des parties ait soutenu à l'audience une thèse qui aurait laissé entendre autre chose.

S'il fallait lire le paragraphe seul, uniquement à la lumière des conclusions que j'ai formulées quant à son objet et au but visé par le législateur lorsqu'il l'a promulgué, il pourrait peut-être exister une incertitude quant au fait de savoir si «la période d'exemption» se rapporte à l'expres-

derived” or to the words “the operation of a mine”. In my view, however, the task of interpreting the meaning of the subsection is not limited to a consideration of the words of the subsection itself, but regard may be had to the terms of the statute.

In Maxwell on Interpretation of Statutes 12th ed., at pp. 58 and 62, it is said under the heading: “An Act is to be regarded as a whole”, on page 58:

Passing from the external aspects of the statute to its contents, it is an elementary rule that construction is to be made of all the parts together, and not of one part only by itself. It has been said that one of the safest guides to the construction of sweeping general words which are hard to apply in their full literal sense is to examine other words of like import in the same instrument, and to see what limitations must be imposed on them; and if it is found that a number of such expressions have to be subjected to limitations and qualifications, and that such limitations and qualifications are of the same nature, that circumstance forms a strong argument for subjecting the expression in dispute to a like limitation and qualification.

And on page 62:

(iii) Lastly, the meaning of a section may be determined, not so much by reference to other individual provisions of the statute, as by the scheme of the Act regarded in general.

The scheme of the *Income Tax Act*, at least in part, may be ascertained from a reading of the following sections, all of which are well known to those having to deal with income tax matters.

2. (1) Residents. An income tax shall be paid as hereinafter required upon the taxable income for each taxation year of every person resident in Canada at any time in the year.

(3) Taxable income. The taxable income of a taxpayer for a taxation year is his income for the year minus the deductions permitted by Division C.

3. World income. The income of a taxpayer for a taxation year for the purposes of this Part is his income for the year from all sources inside or outside Canada and, without restricting the generality of the foregoing, includes income for the year from all

- (a) businesses,
- (b) property, and
- (c) offices and employments.

sion «revenu provenant» ou aux termes «l'exploitation d'une mine». Toutefois, il me semble que la tâche consistant à interpréter le sens du paragraphe ne se limite pas à un examen des termes qu'il contient, mais il convient aussi de prendre en considération les termes de la loi.

Dans l'ouvrage *Interpretation of Statutes* de M. Maxwell 12^e éd., aux pp. 58 et 62, on lit, à la page 58, sous le titre: «La loi doit être considérée comme un tout»:

[TRADUCTION] Si nous passons de la forme de la loi à son contenu, une règle élémentaire s'impose selon laquelle il faut interpréter toutes les parties de la loi ensemble et non une seule partie prise isolément. On a dit que l'un des principes les plus sûrs d'interprétation des mots, qui ont une portée générale étendue et qu'il est difficile d'utiliser dans leur plein sens littéral, consiste à étudier d'autres mots de même portée qui se trouvent dans le même document et à voir quelles restrictions il y a lieu de leur imposer. Si on découvre qu'un certain nombre de ces expressions doit être soumis à des restrictions et à des réserves et que ces restrictions et réserves sont de même nature, ce fait constitue un puissant argument pour soumettre l'expression en litige à une même restriction et réserve.

Et à la page 62:

[TRADUCTION] (iii) Enfin, on peut déterminer le sens d'un article non pas tant en se référant à d'autres dispositions particulières de la loi qu'en examinant de façon générale l'objet projeté de la loi.

Il est possible de déterminer, au moins en partie, l'objet projeté de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à la lecture des articles suivants qui sont tous bien connus de ceux qui ont à traiter de questions d'impôt sur le revenu.

2. (1) Résidents. Un impôt sur le revenu doit être payé, ainsi qu'il est prévu ci-après, sur le revenu imposable, pour chaque année d'imposition, de toute personne résidant au Canada à quelque époque de l'année.

(3) Revenu imposable. Le revenu imposable d'un contribuable pour une année d'imposition est son revenu pour l'année moins les déductions permises par la section C.

3. Revenu de toutes provenances. Le revenu d'un contribuable pour une année d'imposition, aux fins de la présente Partie, est son revenu pour l'année de toutes provenances à l'intérieur ou à l'extérieur du Canada et, sans restreindre la généralité de ce qui précède, comprend le revenu pour l'année provenant

- a) d'entreprises
- b) de biens, et
- c) de charges et d'emplois.

4. Income from business or property. Subject to the other provisions of this Part, income for a taxation year from a business or property is the profit therefrom for the year.

It seems clear to me therefore that the Act contemplates that each taxpayer (since the definition of "person" in section 139(1)(ac) includes a body corporate) shall in each of its taxation years pay an income tax upon its taxable income for such taxation year. Were it not for the provisions of s. 83(5) the income arising or accruing from the operation of a mine would form part of the computation of the corporation in determining its taxable income in each year. By s. 4, income for a taxation year from a business or property (which would include mining) is the profit therefrom for the year—subject, of course, to the provisions of Part I.

In s. 83(5) the word "income" is used twice and I see no reason why its meaning should not be the same on each occasion. I think also that as income is not defined in the Interpretation section 139, it should here have the same meaning as that contained in s. 4 inasmuch as section 83(5) is dealing (1) with a computation of the income of a corporation (which would normally comprise all its profits for the year, subject to any permitted deductions) and (2) the income derived from the operation of a mine during a period of 36 months commencing with the day on which the mine came into production in reasonable commercial quantities.

Applying these basic principles and the meaning of "derived" as "arising or accruing" (as stated in the case of *Hollinger North Shore Exploration Co. v. M.N.R.* (*supra*) section 83(5) would then be read as following:

83. (5) Subject to prescribed conditions, there shall not be included in computing the profit of a corporation from its business or property for the year the profit from its business or property for the same year arising or accruing from the operation of a mine during the period of 36 months commencing with the day on which the mine came into production in reasonable commercial quantities.

4. Revenu provenant d'entreprises ou de biens. Sous réserve des autres dispositions de la présente Partie, le revenu provenant, pour une année d'imposition, d'une entreprise ou de biens est le bénéfice en découlant pour l'année.

Il me semble donc clair que la loi prévoit que chaque contribuable (puisque, d'après la définition de l'article 139(1)ac), le mot «personne» comprend un corps constitué) devra, pour chacune de ses années d'imposition, payer l'impôt sur son revenu imposable pour cette année d'imposition. Sans les dispositions de l'art. 83(5), le revenu découlant ou dérivant de l'exploitation d'une mine compterait dans le calcul servant à déterminer le revenu imposable de la corporation de chaque année. Selon l'art. 4, le revenu d'une année d'imposition provenant d'une entreprise ou de biens (ce qui comprendrait l'exploitation minière) est le bénéfice en découlant pour l'année, sous réserve, naturellement, des dispositions de la Partie I.

A l'art. 83(5), le mot «revenu» est utilisé à deux reprises et je ne vois pas pourquoi il n'aurait pas le même sens dans les deux cas. Je pense également que, puisque le mot revenu n'est pas défini à l'article d'interprétation 139, il devrait avoir dans cet article le même sens que celui qu'il a à l'art. 4, dans la mesure où l'article 83(5) traite (1) du calcul du revenu d'une corporation (qui normalement engloberait tous ses profits pour l'année, sous réserve des déductions autorisées) et (2) du revenu provenant de l'exploitation d'une mine au cours d'une période de 36 mois commençant le jour où la mine est entrée en production en quantités commerciales raisonnables.

Si on appliquait ces principes fondamentaux et le sens de «découlant ou dérivant» au mot «provenant» (comme l'a décidé l'affaire précitée *Hollinger North Shore Exploration Co. c. M.N.R.*), l'article 83(5) se lirait alors de la façon suivante:

[TRADUCTION] 83. (5) Sous réserve des conditions prescrites, il ne faut pas inclure, dans le calcul du bénéfice d'une corporation provenant de son entreprise ou de ses biens pour l'année, le bénéfice découlant de son entreprise ou de ses biens pour la même année et découlant ou dérivant de l'exploitation d'une mine au cours de la période de 36 mois commençant le jour où la mine est entrée en production en quantités commerciales raisonnables.

I think it may be said that section 83(5) relates primarily to the computation of the profit of the corporation for a taxation year which, by the very terms of the subsection, does not include the profit from what may be called "a new mine". But the exemption is clearly not intended to be a permanent exemption. Since the first computation of the corporation to ascertain its profit must be for its taxation year, it is inconceivable that the subsection could possibly bear the meaning that there should not be included in that computation income or profit arising or accruing at any time after the expiry of the period of exemption.

I should state that when I first examined the subsection, it seemed to me that its meaning was clear and unambiguous, namely that the exemption applied to all income (or profit) arising or accruing by sales of minerals within the 36-month period of exemption—as submitted by the respondent, and further consideration strengthens that opinion. The provision for exemption requires a separate computation of profit derived from the new mine by the taxpayer and, to determine profit, means to ascertain on generally accepted accounting principles the profits for the taxation year after deducting expenses of that taxation year.

If the contention of the appellant were accepted that the exemption relates to all production of the mine during the 36-month period of exemption, whenever the mine be sold, a number of questions and problems would arise:

(1) There is nothing in the section which in clear terms exempts production of a mine from tax. The only use of the word "production" is in the phrase "commencing with the day on which the mine came into production";

(2) Such an interpretation would mean that the corporation could possibly mine all or a very substantial quantity of the ore during a period of exemption, stock-pile it and sell it at any time thereafter, possibly 5, 10, 20 years or more after the end of the exemption period, and thus avoid payment of all income

A mon sens, on peut dire que l'article 83(5) vise principalement le calcul du bénéfice de la corporation pour une année d'imposition qui, en raison des termes même du paragraphe, ne comprend pas le bénéfice de ce qui peut être appelé «une nouvelle mine». Toutefois, il est clair que l'exemption n'était pas destinée à être permanente. Puisque le premier calcul effectué par la corporation pour établir son bénéfice doit correspondre à son année d'imposition, il est inconcevable que le paragraphe puisse éventuellement vouloir dire qu'on ne devrait pas inclure dans ce calcul le revenu ou le bénéfice découlant ou dérivant de l'exploitation d'une mine, à tout moment après l'expiration de la période d'exemption.

J'ajouterais que, la première fois que j'ai lu ce paragraphe, il m'a semblé avoir un sens clair et sans ambiguïté, à savoir que l'exemption s'appliquait à tout revenu (ou bénéfice) découlant ou dérivant des ventes de minerai effectuées pendant la période d'exemption de 36 mois, comme l'intimé le soutient, et un examen plus approfondi renforce cette opinion. La disposition prévoyant l'exemption exige que le contribuable tiennne une comptabilité séparée du bénéfice provenant de la nouvelle mine et qu'afin de le déterminer, il établisse, d'après les principes comptables généralement acceptés, les bénéfices pour l'année d'imposition, après déduction des dépenses de cette année d'imposition.

Si on accueillait la prétention de l'appelante selon laquelle l'exemption s'applique à toute la production de la mine au cours de la période d'exemption de 36 mois, quel que soit le moment de la vente du minerai, un certain nombre de questions et problèmes surgiraient:

(1) Rien dans l'article n'exonère, en termes clairs, la production d'une mine de l'impôt. Le mot «production» est utilisé uniquement dans l'expression: «commençant le jour où la mine est entrée en production»;

(2) Une telle interprétation signifierait que la corporation pourrait éventuellement exploiter la totalité ou une quantité très importante du minerai au cours d'une période d'exemption, le stocker et le vendre à n'importe quel moment par la suite, éventuellement 5, 10, 20 ans ou plus après la fin de la période d'e-

tax on income arising from such sales. If that had been the intention of Parliament it could have used apt words to produce such a result.

In my view, the essential condition of the subsection is that there should be a realization of income during the 36-month period, regardless of the time when the ore was extracted. There is no realization of income or profit therefrom except by sale.

The interpretation of the section advanced by the appellant is not in harmony with the general scheme of the Act, and in particular with the requirements that call for an annual tax return showing income (or profits) for the year, which can only be arrived at by deducting from income the cost of production and other deductions for that year.

Had I come to the conclusion that the meaning of s. 83(5) was uncertain and ambiguous and permitted the two interpretations advanced on behalf of the parties, I would have had to consider the opening words of the section, namely "Subject to prescribed conditions" and the regulation passed thereunder, namely 1900 of the Regulations, *supra*. The general authority for the making of regulations by the Governor in Council is found in s. 117 which reads in part as follows:

117. (1) The Governor in Council may make regulations

(a) prescribing anything that, by this Act, is to be prescribed or is to be determined or regulated by regulation,

In Craies on Statute Law, 6th ed., it is stated at p. 157:

8. REFERENCE TO STATUTORY RULES MADE UNDER THE ACT

Where the language of an Act is ambiguous and difficult to construe the court may for assistance in its construction refer to rules made under the provisions of the Act, especially where such rules are by the statute authorising them directed to be read as part of the Act.

For not only is every part of the statute itself to be taken into consideration in order to ascertain the meaning of any obscure expression, but "recourse may [also] be had to rules which have been made under the authority of the Act, if the construction of the Act is ambiguous and doubtful on any point; and if we find that in the rules any particular

xemption et éviter ainsi le paiement de tout impôt sur le revenu découlant de ces ventes. Si telle avait été l'intention du législateur, il aurait pu utiliser des mots permettant de donner un tel résultat.

Selon moi, ce paragraphe énonce comme condition essentielle qu'un revenu soit réalisé au cours de la période de 36 mois, sans tenir compte de l'époque à laquelle le minerai a été extrait. Il n'y a aucune réalisation de revenu ou de profit en découlant, sauf par vente.

L'interprétation de l'article soutenue par l'appelante ne s'harmonise pas avec l'objet projeté de la Loi et, en particulier, avec l'exigence d'une déclaration annuelle, indiquant le revenu (ou les bénéfices) de l'année, qui ne peut être satisfaite qu'en déduisant du revenu les coûts de production et en faisant d'autres déductions pour l'année en question.

Si j'avais conclu que le sens de l'art. 83(5) était incertain et ambigu et permettait les deux interprétations soutenues au nom des parties, il m'aurait fallu prendre en considération les premiers mots de l'article, à savoir: «sous réserve des conditions prescrites» ainsi que le règlement adopté par la suite, à savoir l'article 1900 précité des règlements. La compétence générale, permettant au gouverneur en conseil d'établir des règlements, lui est accordée par l'art. 117 qui se lit comme suit:

117. (1) Le gouverneur en conseil peut établir des règlements

a) prescrivant tout ce qui, en vertu de la présente loi, doit être prescrit, ou doit être décidé ou réglé par règlement,

Dans l'ouvrage Statute Law de M. Craies, 6^e éd., il est écrit à la p. 157:

[TRADUCTION] 8. RÉFÉRENCE AUX RÈGLES STATUTAIRES ADOPTÉES EN VERTU DE LA LOI

Lorsque les termes d'une loi sont ambigus et difficiles à interpréter, le tribunal peut, en vue de faciliter leur interprétation, se référer aux règles adoptées en vertu des dispositions de la loi, surtout lorsque la loi autorisant ces règles prévoit qu'elles feront partie de la loi.

En effet, non seulement il convient de prendre en considération toutes les parties de la loi elle-même en vue d'établir le sens de toute expression obscure, mais «il est [également] possible de recourir aux règles qui ont été adoptées en vertu de la loi, si l'interprétation de celle-ci est ambiguë et discutable sur quelque point et, si nous découvrons que,

construction has been put on the Act, it is our duty to adopt and follow that construction.” (*Per James and Mellish L.J. in Ex p. Wier* (1871) L.R. 6 Ch. App. 875, 879. *Cf. Re Andrew* (1875) 1 Ch.D. 358; *Att.-Gen. v. De Keyser's Royal Hotel* [1920] A.C. 508, 551, Lord Moulton.

It is not necessary to repeat the provisions of Regulation 1900. Its scope is limited to section 83(5) and it prescribes the “conditions” authorized by the opening words of that subsection. It requires the corporation to maintain separate accounting records in respect of the mine; these must be filed in triplicate in prescribed form with the Minister, doubtless for the purpose of checking their contents to determine whether the exemptions of income so claimed are correct. These returns must be made for each taxation year of the corporation which includes a part of the 36 months beginning with the day on which the mine came into production; and if the new mine was not the only business carried on by the corporation on the day before the day on which the mine came into production (as it is in the instant case), the corporation is required to close its accounting records in respect of the new mine on the day that is 36 months after the day on which the mine came into production.

It is clear therefore that the requirement that the corporation must maintain separate accounting records in respect to the mine does not extend beyond the termination of the 36-month period of exemption, namely in the case of the East Mine, on October 31, 1957. It unquestionably follows from the regulation (and the appellant admits having complied with its conditions) that the 36-month period of exemption ending on October 31, 1957, is the only period when income arising or accruing from the operation of a mine was exempt from inclusion in the total income of the corporation. No provision is made in the Regulations requiring the corporation to maintain “accounting records” after the expiry of the day that is 36 months after the day on which the mine came into production. It may be noted also that in Regulation 1900 it is provided by paragraph (a) thereof that the corporation shall maintain separate accounting records in respect of the mine for the period beginning with the commencement of the operation of the mine by the corporation and ending with the day before the day

dans les règles, une interprétation particulière a été donnée à la loi, il est de notre devoir de l'adopter et de la suivre.» (Les juges James et Mellish dans l'affaire *Ex p. Wier* (1871) L.R. 6 Ch. App. 875, à la p. 879. Voir *Re Andrew* (1875) 1 Ch.D. 358 et *Le procureur général c. De Keyser's Royal Hotel* [1920] A.C. 508, Lord Moulton à la p. 551.

Il n'est pas nécessaire de reprendre les dispositions du Règlement 1900. Sa portée se limite à l'article 83(5) et il établit les «conditions» prévues par les premiers mots de ce paragraphe. Il impose à la corporation de tenir des écritures comptables distinctes à l'égard de la mine qui doivent être transmises au Ministre en triplicate en la forme prescrite, sans doute pour procéder à une vérification de leur contenu afin de déterminer si les exemptions de revenu réclamées sont justifiées. Ces déclarations doivent être faites pour chaque année d'imposition de la corporation qui comprend une partie des 36 mois commençant le jour où la mine est entrée en production. Si la nouvelle mine n'est pas la seule entreprise de la corporation le jour précédant celui où la mine est entrée en production (comme en l'espèce), la corporation doit arrêter ses écritures comptables à l'égard de la nouvelle mine le jour qui tombe 36 mois après le jour où cette mine est entrée en production.

Il est donc clair que l'exigence de la tenue par la corporation d'écritures comptables séparées à l'égard de la mine, cesse à l'expiration de la période d'exemption de 36 mois, soit dans le cas de la mine de l'Est le 31 octobre 1957. Il découle incontestablement du règlement (et l'appellante admet avoir satisfait à ses conditions) que la période d'exemption de 36 mois se terminant le 31 octobre 1957 constitue la seule période au cours de laquelle le revenu découlant ou dérivant de l'exploitation d'une mine ne doit pas être inclus dans le revenu global de la corporation. Il n'y a aucune disposition dans les règlements qui impose à la corporation de tenir «des écritures comptables» après l'expiration du jour qui tombe 36 mois après le jour où la mine est entrée en production. On peut également remarquer que l'alinéa a) du Règlement 1900 prévoit que la corporation doit tenir des écritures comptables distinctes à l'égard de la mine pour la période commençant au début de l'exploitation de la mine par la corporation et se terminant le jour précédant celui où la mine est entrée en production. A mon avis, cette disposi-

on which the mine came into production. In my view, this provision makes it clear that any income earned in the period of exemption from ore produced prior thereto is not exempt from taxation.

In my opinion the terms of Regulation 1900 establish also that the phrase "during the period of 36 months" refers to "income derived" and not to "the operation of a mine".

It is of some importance to note that Regulation 1900 in the form earlier set out herein, was enacted many years ago and has remained unchanged.

For the reasons stated, I have come to the conclusion that the re-assessment dated May 29, 1969, with respect to the appellant's 1958 taxation year, in so far as it relates to the new mine income issue and applicable to all 5 mines brought into production during the years 1951 to 1956 (as set out in para. 3 of the Stated Case) must be affirmed.

Accordingly I answer the two questions set out in para. 8 of the Stated Case in the affirmative and, consequently, as provided in para. 9 thereof, the appeals in respect of the new mine income issue will be dismissed with costs.

However, as provided in para. 9, the re-assessment will be referred back to the respondent for a further re-assessment to give effect to the settlement of the "legal expenses issue". Minutes of settlement on that issue were filed as exhibit 1 at the hearing and provided:

- (a) that the appeal of the appellant in regard to legal expenses be allowed;
- (b) that in respect to the issue the Minister will re-assess the appellant for its 1958 taxation year allowing the appellant to deduct one-half of the legal expenses of \$18,930.12; and
- (c) that there will be no order as to costs with respect to that issue.

tion établit clairement que tout revenu gagné au cours de la période d'exemption et provenant du minerai produit antérieurement à celle-ci n'est pas exonéré de l'imposition.

D'après moi, les termes du Règlement 1900 établissent également que l'expression «au cours de la période de 36 mois» se rapporte aux mots «revenu provenant» et non aux mots «l'exploitation d'une mine».

Il est assez important de remarquer que le Règlement 1900 a été promulgué en la forme énoncée précédemment il y a plusieurs années et n'a pas été modifié.

Pour les motifs exposés, je suis arrivé à la conclusion que la nouvelle cotisation du 29 mai 1969 relative à l'année d'imposition de l'appelante 1958, dans la mesure où elle concerne la question du revenu d'une nouvelle mine et s'applique à l'ensemble des cinq mines entrées en production au cours des années 1951 à 1956 (comme l'indique l'alinéa 3 de l'exposé des faits) doit être confirmée.

Je réponds donc par l'affirmative aux deux questions posées à l'alinéa 8 de l'exposé des faits et, en conséquence, comme le prévoyait l'alinéa 9, les appels concernant la question du revenu d'une nouvelle mine sont rejetés avec dépens.

Toutefois, conformément à l'alinéa 9, la nouvelle cotisation sera déferée à l'intimé pour qu'il établisse une autre cotisation en vue de donner effet au règlement de la «question des frais juridiques». Le procès-verbal du règlement de cette question, produit dans la cote n° 1 à l'audience, dispose que:

- a) l'appel interjeté par l'appelante au sujet des frais juridiques doit être accueilli,
- b) en ce qui concerne cette question, le Ministre doit, pour son année d'imposition 1958, cotiser de nouveau, l'appelante qui pourra déduire la moitié de ses frais juridiques soit \$18,930.12; et
- c) il n'y aura pas d'ordonnance relative aux dépens sur cette question.

Demetries Karamanlis et al. (Plaintiffs)

v.

The Norsland (Defendant)

Trial Division, Pratte J.—Montreal, August 16 and September 21; Ottawa, December 1, 1971

Maritime law—Jurisdiction—Seamen's claims for wages and repatriation against ship—Action in rem for wrongful dismissal, jurisdiction—Maritime lien, whether seamen entitled to for wrongful dismissal.

Following its arrival at Montreal the *Norsland* was arrested on June 11, 1971, by *S*, who later desisted from the proceeding. On August 6 the master and crew brought action against the ship for wages, repatriation costs, etc. No defence was entered and plaintiffs moved for judgment by default. Their employment contracts provided for payment of three months' wages if the owners broke the contract.

Held: (1) The master and crew did not lose their right to wages on the arrest of the ship by *S* on June 11. *The Carolina* 3 Asp. M.L.C. 141, distinguished; *The Fairport* 2 [1966] 2 Lloyd's Rep. 7, referred to.

(2) This Court has jurisdiction to entertain a claim *in rem* by a seaman for compensation for wrongful dismissal, *viz.*, the three months' wages which were payable as liquidated damages under the contracts of employment for the owners' breach of contract.

(3) Plaintiffs were not entitled to a maritime lien for the three months' damages for wrongful dismissal, at any rate in the absence of proof that they had actually sustained such damages. *The British Trade* [1924] P. 104, 18 Lloyd's Rep. 65; *The Sara* (1889) 14 App. Cas. 209, discussed.

MOTIONS for default judgment (Montreal, August 16, 1971) and respecting distribution of proceeds of sale of vessel (Montreal, September 21, 1971).

August 16, 1971.

Michael Davis for plaintiffs.

S. Hyndman for a mortgagee.

September 21, 1971.

Edouard Baudry, David Marler, Vincent Prajer, Luc Mousseau, Colin Gravenor for claimants.

Demetries Karamanlis et al. (Demandeurs)

c.

Le Norsland (Défendeur)

Division de première instance, le juge Pratte—Montréal, le 16 août et le 21 septembre; Ottawa, le 1^{er} décembre 1971.

Droit maritime—Compétence—Demandes, introduites par les marins contre le navire, de paiement de salaires et de frais de rapatriement—Action in rem pour licenciement abusif, compétence—Privilège maritime, les marins y ont-ils droit dans le cas d'un licenciement abusif.

Après son arrivée à Montréal, le *Norsland* fut saisi, le 11 juin 1971, par *S* qui renonça, plus tard, à son action. Le 6 août, le capitaine et l'équipage introduisirent une action contre le navire, en paiement de leurs gages, des frais de rapatriement, etc. Aucune défense n'étant déposée, les demandeurs firent une demande de jugement par défaut. Leurs contrats de travail prévoyaient le paiement de trois mois de salaire en cas de rupture du contrat du fait des propriétaires.

Arrêt: (1) La saisie du navire effectuée le 11 juin par *S* n'a pas entraîné la perte du droit au salaire qu'avaient le capitaine et l'équipage. Distinction à faire avec l'arrêt *The Carolina* 3 Asp. M.L.C. 141; arrêt mentionné: *The Fairport* 2 [1966] 2 Lloyd's Rep. 7.

(2) Cette Cour est compétente pour connaître d'une demande *in rem*, introduite par un marin dans le but d'obtenir une indemnité de licenciement abusif, savoir, les trois mois de salaire qui devaient être versés, conformément aux contrats de travail, à titre de dommages-intérêts en cas de rupture de contrat du fait des propriétaires.

(3) Les demandeurs n'ont pas droit au privilège maritime pour les dommages-intérêts de trois mois encourus par suite de leur licenciement abusif, du moins certainement pas en l'absence de preuves démontrant qu'ils ont effectivement subi des dommages. Arrêts analysés: *The British Trade* [1924] P. 104, 18 Lloyd's Rep. 65; *The Sara* (1889) 14 App. Cas. 209.

REQUÊTES de jugement par défaut (Montréal, le 16 août 1971) et demandant la répartition du produit de la vente du navire (Montréal, le 21 septembre 1971).

Le 16 août 1971.

Michael Davis pour les demandeurs.

S. Hyndman pour un débiteur hypothécaire.

Le 21 septembre 1971.

Edouard Baudry, David Marler, Vincent Prajer, Luc Mousseau, Colin Gravenor pour les requérants.

PRATTE J.—This is an application for default judgment in an action *in rem* taken by the master and the crew of the ship *Norsland*.

The *Norsland* reached the port of Montreal on June 7, 1971. She had just been discharged when, on June 11, she was arrested by Sivaco Wire and Nail Company Ltd. in another case. As Sivaco did not proceed with its action and as, at the end of July, it appeared that the ship had been abandoned by its owners, the captain and the crew, who had remained on board and had kept on maintaining the ship despite the fact that they had not been paid since the beginning of May, took the present action and arrested the ship. By this action, which was commenced on August 6, the captain and the crew claim, in addition to wages, repatriation costs, damages and the reimbursement of disbursements and liabilities allegedly made or incurred on account of the ship.

The whole crew remained on board till August 18. On this date, eleven members of the crew were repatriated; the captain, a third engineer, an oiler and two A.B.'s stayed on board and maintained the ship till September 15, 1971, the date on which she was sold before judgment pursuant to an order of this Court dated August 18, 1971.

On September 13, the plaintiffs made two motions: the first one being the motion for default judgment with which I am now concerned, and the second one (which was certainly premature since, at that time, the ship had not yet been sold) being an application to be paid immediately by preference out of the proceeds of the sale of the ship. These motions were adjourned to September 21 and plaintiffs' solicitors were directed to notify all creditors of this adjournment.

The two motions were therefore heard on September 21 in the presence of all interested creditors. All counsel then acknowledged that the plaintiffs were entitled to their repatriation costs and to their wages (excluding overtime) up to June 11, 1971, the date on which the ship

LE JUGE PRATTE—Il s'agit en l'espèce d'une requête pour jugement par défaut dans une action *in rem* intentée par le capitaine et l'équipage du navire *Norsland*.

Le 7 juin 1971, le *Norsland* atteignait le port de Montréal. Le déchargement à peine achevé, le 11 juin, le navire était saisi par la Sivaco Wire and Nail Company Ltd. dans le cadre d'une autre affaire. Comme la Sivaco ne poursuivit pas son action et qu'il s'avéra que fin juillet, le navire avait été abandonné par ses propriétaires, le capitaine et l'équipage, qui étaient restés à bord et s'étaient occupés de l'entretien du navire bien qu'ils n'aient pas été payés depuis le début mai, intentèrent la présente action et saisirent le navire. Par cette action qui fut introduite le 6 août, le capitaine et l'équipage réclament, outre leurs gages, des frais de rapatriement, des dommages-intérêts et le remboursement des débours et dettes qu'ils ont prétendument faits ou contractés pour le compte du navire.

Jusqu'au 18 août, l'équipage tout entier resta à bord. A cette date, on rapatria onze membres de l'équipage; le capitaine, le troisième mécanicien, un graisseur et deux matelots restèrent à bord pour entretenir le navire jusqu'au 15 septembre 1971, date à laquelle il fut vendu avant jugement conformément à une ordonnance de cette Cour datée du 18 août 1971.

Le 13 septembre, les demandeurs présentèrent deux requêtes: par la première ils demandaient que jugement soit prononcé par défaut et, par la deuxième (qui était certainement prématurée puisqu'à ce moment-là, le navire n'avait pas encore été vendu), ils demandaient que les sommes qui leur étaient dues leur soient payées immédiatement et par préférence à même le produit de la vente du navire. Ces requêtes furent ajournées au 21 septembre et les procureurs des demandeurs reçurent l'ordre de notifier tous les créanciers de cet ajournement.

En conséquence, les deux requêtes furent entendues le 21 septembre en présence de tous les créanciers intéressés. Tous les avocats reconnurent alors que les demandeurs avaient droit à leurs frais de rapatriement et à leurs gages (hormis les heures supplémentaires) jus-

had first been arrested by Sivaco. As counsel also agreed that, to this extent, the plaintiffs' claim was secured by a maritime lien, they consented to the issuance of an order granting in part the motion for immediate payment and ordering that the sum of \$10,460.75 be paid immediately to the plaintiffs out of the proceeds of the sale of the ship.

As to the motion for default judgment, it must be said that, while all counsel obviously agreed that it should be granted, they could not reach an agreement as to the amount to which the plaintiffs were entitled. At the hearing, the master of the ship was heard as a witness and was cross-examined by solicitors for the other creditors. Then, plaintiffs' counsel and counsel for The First Pennsylvania Banking and Trust Company (which, allegedly, held a mortgage on the ship) asked for and were granted leave to argue this motion in writing. Plaintiffs' counsel filed his written argument on October 13, 1971, while counsel for The First Pennsylvania Banking and Trust Company filed his on November 2.

As counsel, in their written submissions, discussed at length the question whether or not the plaintiffs' claims were secured by a maritime lien, it is not superfluous to point out that this question is not in issue here. The owners of the arrested ship did not file a statement of defence; the plaintiffs are therefore entitled to get judgment for any amount which, according to the evidence, would be owed to them, whether or not the debt be secured by a maritime lien, provided that their claims be of such a nature that they can be enforced by an action *in rem*.

It is admitted that the plaintiffs are entitled to the costs of their repatriation and to their monthly wages up to June 11, 1971, the date on which the *Norsland* was first arrested. As a matter of fact these costs and wages have already been paid pursuant to the consent order that I made on September 21, 1971. Moreover, counsel for The First Pennsylvania Banking and Trust Company has conceded that the members of the skeleton crew who maintained the ship

qu'au 11 juin 1971 date à laquelle le navire fut saisi, pour la première fois, par la Sivaco. Les avocats ayant aussi admis que cette partie de la créance des demandeurs était garantie par un privilège maritime, ils consentirent à ce qu'une ordonnance soit prononcée accueillant en partie la requête pour paiement immédiat et ordonnant qu'on verse immédiatement aux demandeurs la somme de \$10,460.75 à même le produit de la vente du navire.

Quant à la requête pour jugement par défaut, il faut dire que, bien que tous les avocats aient évidemment admis qu'elle devait être accueillie, ils ne purent s'entendre sur le montant auquel les demandeurs avaient droit. A l'audience, le capitaine du navire fut entendu comme témoin et les procureurs des autres créanciers procédèrent à son contre-interrogatoire. Puis, l'avocat des demandeurs et celui de la First Pennsylvania Banking and Trust Company (qui prétendument, détenait une hypothèque sur le navire) demandèrent et obtinrent la permission de plaider cette affaire par écrit. Le 13 octobre 1971, l'avocat des demandeurs déposa sa plaidoirie écrite tandis que l'avocat de la First Pennsylvania Banking and Trust Company déposa la sienne le 2 novembre.

Étant donné que les avocats, dans les mémoires qu'ils ont soumis, ont discuté longuement la question de savoir si les requêtes des demandeurs étaient garanties par un privilège maritime, il n'est pas inutile de souligner que la question ne se pose pas à ce stade-ci. Les propriétaires du navire saisi n'ont pas produit de défense; les demandeurs donc ont le droit d'obtenir jugement pour tout montant qui, selon la preuve, leur est dû, que leurs créances soient ou non garanties par un privilège maritime, pourvu qu'il s'agisse de créances qui puissent être exercées par action *in rem*.

Il a été admis que les demandeurs ont droit aux frais de leur rapatriement et à leur salaire mensuel jusqu'au 11 juin 1971, date à laquelle le *Norsland* fut saisi pour la première fois. En fait, ces frais et salaires leur ont déjà été payés conformément à l'ordonnance que j'ai rendue le 21 septembre 1971. En outre, l'avocat de la First Pennsylvania Banking and Trust Company a admis que le reste des membres de l'équipage qui entretenaient le navire jusqu'à sa vente, le 15

till she was sold on September 15, should, in addition, be awarded their regular monthly wages from the day of the first arrest of the ship up to September 15. It is clear, therefore, that the plaintiffs should get judgment at least for these amounts.

The questions which remain to be answered are the following:

1. Are the members of the crew which were repatriated on August 18 entitled to their regular wages for the period extending from June 11, 1971 (the date of the first arrest) to the date of their repatriation?
2. Are the captain and members of the crew entitled to compensation for wrongful dismissal?
3. Are the nine members of the crew who allegedly worked overtime entitled to the additional remuneration that they claim in this respect?
4. Is the master entitled to the sum of \$1872 that he claims for "port expenses"?

5. Is the master entitled to recover the various amounts claimed as disbursements and liabilities made or incurred on account of the ship?

These questions will now be considered in the order they have just been put.

1. The regular wages of the members of the crew who were repatriated on August 18, 1971, for the period extending from June 11 to the date of the repatriation.

It was argued that these members of the crew ceased to be entitled to their wages when the ship was first arrested by Sivaco Wire and Nail Company Ltd., on June 11, 1971. In support of this contention, apart from American authorities that need not be discussed here, I was referred to two precedents, *Horlock v. Beal* [1916] 1 A.C. 486 and *The Carolina* 3 Asp. M.L.C. 141, which, in my opinion, have no application here.

In *Horlock v. Beal* (*supra*), the House of Lords simply held that the contracts of service of a seaman is terminated when, without any

septembre, devraient, en outre, recevoir leur salaire mensuel normal à compter du jour de la première saisie du navire jusqu'au 15 septembre. En conséquence, il est clair que l'action des demandeurs doit être accueillie au moins pour ces montants.

Voici les problèmes qu'il reste encore à résoudre:

1. Les membres de l'équipage qui ont été rapatriés le 18 août, ont-ils droit à leur salaire ordinaire pour la période allant du 11 juin 1971 (date de la première saisie) à la date de leur rapatriement?
2. Le capitaine et les membres de l'équipage ont-ils droit à une indemnité pour licenciement abusif?
3. Les neuf membres de l'équipage qui ont prétendument fait des heures supplémentaires de travail auront-ils droit à la rémunération additionnelle qu'ils réclament à cet égard?
4. Le capitaine a-t-il droit de recouvrer la somme de \$1872 qu'il réclame à titre d'allocation pour ses dépenses pendant le temps durant lequel le navire est demeuré dans un port?
5. Le capitaine a-t-il droit de recouvrer les différents montants qu'il réclame à titre de déboursés faits et de dettes contractées pour le compte du navire?

Je vais étudier ces questions dans l'ordre de leur énoncé.

1. Les salaires ordinaires des membres de l'équipage rapatriés le 18 août 1971, pour la période allant du 11 juin à la date du rapatriement.

On a soutenu que, dès l'instant où le navire fut saisi par la Sivaco Wire and Nail Company Ltd., le 11 juin 1971, ces membres de l'équipage n'avaient plus droit à leur salaire. A l'appui de cette prétention, outre certaines décisions américaines qu'il est inutile d'analyser ici, on m'a mentionné deux précédents, *Horlock c. Beal* [1916] 1 A.C. 486 et *The Carolina* 3 Asp. M.L.C. 141, qui, à mon avis, ne s'appliquent pas en l'espèce.

Dans l'affaire *Horlock c. Beal* (précitée) la Chambre des Lords a simplement jugé que le contrat de travail d'un marin prend fin lorsque,

fault of the contracting parties, its further performance becomes impossible. It seems obvious that this rule applies only when the further performance of the contract has become impossible and when this impossibility arises from a cause that cannot be imputed to the owners of the ship. If I now revert to the case under consideration, I must say that the first arrest of the ship did not, in itself, create an impossibility of performance of the contracts of service of the crew since it was always possible for the owners to make arrangements for the release of the arrested ship; moreover, in my view, when the further performance of the contracts of service of the crew became impossible due to the owners' decision to abandon the ship, this impossibility of performance proceeded from a cause that could be imputed to the owners.

The judgment of Sir Robert Phillimore in *The Carolina* (*supra*), which was also quoted by counsel for The First Pennsylvania Banking and Trust Company, is no authority for the proposition that the seamen cease to be entitled to their wages the moment their ship is arrested. In that case, which has since been overruled (*The Fairport* (No. 2) [1966] 2 Lloyd's Rep. 7), it was decided that when a seaman institutes a suit for wages he ceases to have any claim for subsequent wages; it was not decided that a seaman ceases to be entitled to his wages when the ship is arrested by a third party and, actually, the plaintiffs in that case, who had remained on board *The Carolina* after she had been arrested in a cause of necessities and who had later sued for their wages, were allowed their wages up to the time of commencement of their suit.

It appears, therefore, that the crew of the *Norland* did not cease to be entitled to their wages on June 11, for the sole reason that the ship was then arrested. In my view, those members of the crew who remained on board till August 18 are entitled to their wages up to that date provided that their contracts of service did not terminate earlier.

When did the contracts of service of these seamen come to an end? In order to answer this question, the following facts must be borne in mind:

sans faute des parties contractantes, son exécution devient impossible. Il semble clair que cette règle s'applique seulement si l'exécution du contrat est devenue impossible et que si la cause de cette impossibilité n'est pas imputable aux propriétaires du navire. Si je reviens maintenant à l'affaire qui m'est soumise, je dois dire que la première saisie du navire n'a pas, en elle-même, rendu impossible l'exécution des contrats de travail de l'équipage puisque les propriétaires avaient toujours la possibilité de prendre des dispositions pour obtenir mainlevée de la saisie; en outre, lorsque, par suite de la décision des propriétaires d'abandonner leur navire l'exécution des contrats de travail des marins devint impossible, il s'agissait d'une impossibilité d'exécution qui, à mon sens, était imputable aux propriétaires.

La décision de Sir Robert Phillimore dans l'affaire *The Carolina* (précitée), que l'avocat de la First Pennsylvania Banking and Trust Company a aussi citée, n'est pas un précédent à l'effet que les marins cessent d'avoir droit à leur salaire dès la saisie de leur navire, mais bien plutôt (et, sur ce point, cette décision ne fait plus aujourd'hui autorité: *The Fairport* (n° 2) [1966] 2 Lloyd's Rep. 7, à l'effet qu'un marin ne peut réclamer de salaire pour une période subséquente au jour où il a intenté une action en réclamation de ses gages. Non seulement n'a-t-il pas été décidé qu'un marin cesse d'avoir droit à son salaire lorsqu'un tiers saisit le navire mais, dans cette affaire-là, où les demandeurs étaient demeurés à bord du *Carolina* après qu'il eut été saisi par un tiers et avaient par la suite réclamé leurs salaires, on les leur accorda jusqu'à la date où ils avaient intenté leur action.

En conséquence, il semble que l'équipage du *Norland* n'a pas perdu son droit au salaire le 11 juin, uniquement en raison de la saisie du navire. A mon avis, les membres de l'équipage qui restèrent à bord jusqu'au 18 août ont donc droit à leur salaire jusqu'à cette date pourvu que leur contrat de travail ne se soit pas terminé auparavant.

A quel moment les contrats de travail de ces marins ont-ils pris fin? Pour répondre à cette question, il faut se rappeler les faits suivants:

(a) The master and all members of the crew had been hired for a fixed period of twelve months under written contracts which, in each case, contained the following clauses:

If discharged on my own request before expiration of this contract, I agree to pay my own repatriation.

In case owners or any other reason broken this contract, I must receive my wages, plus overtime if any, plus three months wages as vacation, and repatriation.

(b) The master expected that, upon arrival in Montreal, all wages due to him and to the crew would be paid by the local agent of the owners, Lillis Marine Agencies Ltd. When he realized that the agent could not pay these wages, he telephoned the owners who gave him the assurance that the money would soon be forthcoming and that the necessary arrangements would be made to secure the release of the ship; he was therefore told to keep the crew and to maintain the ship. However, at the end of July, more precisely on July 23 or 24, the master, who kept telephoning the owners, was told that they were unable to raise any money and had decided to abandon the ship.

(c) From June 11, to August 18, the whole crew remained on board the ship and did some maintenance work.

In my opinion, when the master was notified, on July 24, that the owners had decided to abandon the ship, it became clear that his contract of service as well as those of the crew had been "broken"; consequently, under the above-quoted clauses of their contracts of service, the plaintiffs were then entitled to their "wages, plus overtime if any, plus three months wages as vacation, and repatriation". Even if the members of the crew chose to remain on board after the owner had repudiated their contracts of service, they nevertheless were no longer entitled to any wages since their contracts of service had then been terminated.

For these reasons, I am of the opinion that those of the plaintiffs who were repatriated on

a) Le capitaine et tous les membres de l'équipage avaient été embauchés pour une période déterminée de 12 mois suivant des contrats écrits qui, dans chaque cas, contenaient les clauses suivantes:

[TRADUCTION] Si, à ma propre demande, je suis libéré de ce contrat avant son expiration, j'accepte de payer mon propre rapatriement.

Au cas où les propriétaires ou toute autre cause provoqueraient la rupture de ce contrat, je dois recevoir mon salaire, plus les heures supplémentaires le cas échéant, plus trois mois de salaire à titre de vacances et le rapatriement.

b) Le capitaine s'attendait à ce qu'à son arrivée à Montréal, l'agent local des propriétaires, Lillis Marine Agencies Ltd., lui paie son salaire et celui de l'équipage. Quand il comprit que l'agent ne pouvait pas payer, il téléphona aux propriétaires qui lui donnèrent l'assurance qu'ils trouveraient bientôt l'argent nécessaire et qu'ils prendraient les dispositions pour obtenir mainlevée de la saisie; en conséquence, on lui demanda de garder l'équipage et d'entretenir le navire. Cependant, fin juillet, plus précisément le 23 ou le 24 juillet, le capitaine apprit, après plusieurs coups de téléphone aux propriétaires, qu'ils ne pouvaient se procurer d'argent et avaient décidé d'abandonner le navire.

c) Du 11 juin au 18 août, l'équipage tout entier resta à bord du navire effectuant quelques travaux d'entretien.

A mon avis, lorsque, le 24 juillet, on informa le capitaine que les propriétaires avaient décidé d'abandonner le navire, il devenait clair qu'il y avait «rupture» de son contrat de travail ainsi que de ceux de l'équipage; en conséquence, conformément aux stipulations de leurs contrats d'engagement, les demandeurs avaient droit à leur «salaire, plus les heures supplémentaires le cas échéant, plus trois mois de salaire à titre de vacances et le rapatriement». Même si les membres de l'équipage choisirent de rester à bord après que les propriétaires aient résilié leurs contrats de travail, ils n'avaient désormais plus droit à leurs salaires puisque leurs contrats de travail avaient pris fin.

Pour ces motifs, j'estime que les demandeurs qui furent rapatriés le 18 août ont droit à leur salaire jusqu'au 24 juillet 1971.

August 18 are entitled to their wages up to July 24, 1971.

2. The compensation for wrongful dismissal.

The plaintiffs, apart from their regular wages, also claim the additional "three months wages" to which they were entitled by virtue of the above-quoted stipulations of their contracts of service.

It is clear that these additional wages are, in fact, liquidated damages. It is also clear that there was a breach of the contracts of service on the part of the owners. Consequently, under the terms of their contracts of service, the master and the crew are entitled to the indemnity that had been agreed upon. The sole issue to be determined in this connection is whether this claim could be enforced by an action *in rem*.

I believe that this Court has jurisdiction to entertain a claim *in rem* by a seaman for compensation for wrongful discharge (*The Great Eastern* (1867) L.R. 1A. & E. 384; *The Blessing* (1873) 3 P.D. 35; *The British Trade* [1924] P. 104; *Federal Court Act* S.C. 1970, c. 1, secs. 22 and 43). I therefore conclude that this part of the plaintiffs' claim should be allowed. I point out, however, that I do not mean to say that the plaintiffs' rights to these liquidated damages are secured by maritime liens; this is an altogether different question that need not be determined here.

[The judgment is not reported on the three remaining questions mentioned by the learned Judge, which involved no questions of law. In result, His Lordship gave judgment against defendant for \$32,325.17 apportioned in specified amounts among the twelve plaintiffs, in addition to their costs.—Ed.]

* * *

On September 15, 1971, pursuant to an order of the Court dated August 18, 1971, the defendant ship was sold for the price of \$111,000. As this amount was insufficient to meet all the claims made against the ship, all claimants appeared before me on September 21st to discuss the way in which it should be distributed. All interested parties then agreed that the fol-

2. Indemnité de congédiement abusif.

Outre leurs salaires ordinaires, les demandeurs réclament aussi les «trois mois de salaire» additionnel auxquels ils ont droit en vertu des dispositions sus-mentionnées de leurs contrats de travail.

Il est clair que ces salaires additionnels sont en fait des dommages-intérêts liquidés. Il est également certain que les propriétaires ont rompu les contrats de travail. En conséquence, en vertu des stipulations de leurs contrats de travail, le capitaine et l'équipage ont droit à l'indemnité convenue. La seule question à trancher à cet égard est de savoir s'ils pouvaient faire valoir cette demande par une action *in rem*.

Je pense que cette Cour a le pouvoir d'accueillir une action *in rem* introduite par un marin en vue d'obtenir une indemnité de congédiement (*The Great Eastern* (1867) L.R. 1A. & E. 384; *The Blessing* (1873) 3 P.D. 35; *The British Trade* [1924] P. 104; *Loi sur la Cour fédérale* S.C. 1970, c. 1, art. 22 et 43). En conséquence, je conclus que cette partie de la réclamation des demandeurs doit être accueillie. Cependant, je souligne que je ne me prononce pas sur le point de savoir si le droit des demandeurs à ces dommages-intérêts liquidés est garanti par un privilège maritime; il s'agit là d'une tout autre question qu'il n'est pas nécessaire de trancher ici.

[Les trois autres questions mentionnées par le savant juge n'impliquant pas de questions de droit, la partie de la décision en traitant ne sera pas publiée. En définitive, monsieur le juge Pratte condamna le défendeur à verser, en plus des dépens, la somme de \$32,325.17, répartie de manière précise entre les douze demandeurs.—Éd.]

* * *

Le 15 septembre 1971, en vertu d'une ordonnance de la Cour prononcée le 18 août 1971, le navire défendeur a été vendu au prix de \$111,000. Vu que ce montant ne suffisait pas pour satisfaire les réclamations de tous ceux qui prétendent avoir le droit de participer à sa distribution, tous les réclamants comparurent devant moi le 21 septembre pour discuter de la manière

lowing categories of claims were secured by a maritime lien and should be paid by preference in the following order:

- 1) Registrar and Marshal's fees and expenses re: the arrest and bringing the funds into Court;
- 2) Costs of the arrest by the plaintiffs and bringing the funds into Court;
- 3) Costs of the first arrest of the ship by Sivaco Wire and Nail Company Ltd. in case No. T-2118-71;
- 4) Wages of seamen with party costs with respect to the proof of the lien for wages of seamen;
- 5) Wages of captain with costs of proof;
- 6) The claim of the National Harbours Board.

Concerning these six classes of claims it was agreed (and ordered) that the parties contending to have a claim falling within the first three classes should have their bills of costs taxed in the usual manner. Counsel also told me that the amount of the claim of the National Harbours Board was not contested and it appears from affidavits filed since then that this claim amounts to \$195.32. As to the amount of the claims of the seamen and master of the ship, however, which fall within the 4th and 5th above-mentioned classes, the parties could not agree. After the parties had adduced all evidence they deemed relevant, I ordered that this issue be argued in writing.

As to the other claims, I was told that the only difficulty to be solved arose from the fact that one of the creditors, The First Pennsylvania Banking and Trust Company (hereinafter called "The Bank") which allegedly had a mortgage on the ship for an amount of \$110,000, claimed to be paid before other claimants. For this reason, further to a suggestion made by all interested parties, I ordered this issue to be also argued in writing. On October 13, 1971, however, I granted a motion made on behalf of the

dont il serait distribué. Toutes les parties intéressées ont alors convenu qu'un privilège maritime garantit les catégories de créance suivantes et qu'elles doivent être payées par préférence dans l'ordre ci-après:

- 1) les frais et indemnités du registraire et du prévôt re: la saisie et le dépôt des fonds à la Cour;
- 2) les frais de saisie des demandeurs et le dépôt des fonds à la Cour;
- 3) les frais de la première saisie du navire par la Sivaco Wire and Nail Company Ltd., dans la cause portant le numéro T-2118-71;
- 4) les salaires des marins ainsi que les frais des parties afférents à la preuve du privilège que comportent les salaires des marins;
- 5) le salaire du capitaine avec les frais de la preuve;
- 6) la demande du Conseil des ports nationaux.

Pour ce qui est de ces six catégories de réclamation, il fut convenu (et ordonné) que les mémoires de frais des parties soutenant qu'elles avaient une réclamation tombant dans l'une ou l'autre des trois premières catégories seraient taxés de la manière habituelle. Les avocats m'exposèrent aussi qu'ils ne contestaient pas le montant de la réclamation du Conseil des ports nationaux et il ressort des affidavits déposés depuis lors que cette réclamation s'élève à \$195.32. Toutefois, en ce qui concerne le montant des réclamations des marins et du capitaine du navire, qui tombent sous les quatrième et cinquième chefs susmentionnés, les parties ne purent s'accorder. Après que les parties eurent produit les preuves qu'elles estimaient pertinentes, j'ai ordonné que cette question soit débattue par écrit.

Quant aux autres réclamations, on m'a dit que la seule difficulté à résoudre provenait du fait que l'un des créanciers, la First Pennsylvania Banking and Trust Company (ci-après appelée «la Banque»), qui prétendait avoir une hypothèque sur le bateau d'un montant de \$110,000, exigeait d'être payé avant les autres requérants. Pour ce motif et faisant suite à une suggestion de toutes les parties intéressées, j'ai ordonné que cette question soit aussi débattue par écrit. Toutefois, le 13 octobre 1971, j'accordais une

plaintiffs and rescinded this order because it had then become obvious that the rank of The Bank's claim could not be discussed in the abstract before The Bank had established the validity of its mortgage.

I intend to indicate here the amounts of the claims of the captain and of the crew which I propose to consider as secured by a maritime lien and as ranking immediately before the claim of the National Harbours Board.

By a judgment dated the 1st day of December 1971, I granted the motion for default judgment made by the captain and the crew (the plaintiffs herein) and ordered the defendant ship to pay them a sum of \$32,325.17. This sum comprised:

1. The wages (regular and overtime) of the skeleton crew which maintained the ship till she was sold on September 15th.

This part of the plaintiffs' claim is, in my view, secured by the maritime liens of the master and of the seamen.

2. The wages (regular and overtime) of the remaining members of the crew up to July 24, 1971.

This part of the plaintiffs' claim is also, in my opinion, covered by the maritime lien of the seamen.

3. The repatriation costs of the captain and of the crew.

All interested parties agreed that this part of the plaintiffs' claim was secured by their maritime liens.

4. An indemnity equal to the three months wages, for wrongful dismissal.

I am of the opinion that the full amount of this indemnity is not covered by the maritime liens of the seamen and of the master. In my view, if the maritime lien of seamen extends to damages for wrongful dismissal, whether or not they were hired under "the ordinary mariner's contract", it only extends to the compensation of damages that have actually been sustained by the seamen. In this case, we do not know

requête faite au nom des demandeurs et annulai cette ordonnance parce qu'il était devenu évident qu'il était inutile de discuter en théorie du rang de la créance de la Banque avant qu'elle n'ait démontré la validité de son hypothèque.

Envisageant maintenant les réclamations du capitaine et de l'équipage, je veux indiquer ici dans quelle mesure, à mon sens, elles sont garanties par un privilège maritime prenant rang immédiatement avant la créance du Conseil des ports nationaux.

Par jugement prononcé le 1^{er} décembre 1971, j'ai accordé la requête pour jugement par défaut présentée par le capitaine et l'équipage (les demandeurs aux présentes) et j'ai ordonné que le navire défendeur leur verse la somme de \$32,325.17. Cette somme incluait:

1. Les salaires (ordinaires et heures supplémentaires) de l'équipage réduit qui entretint le navire jusqu'à ce qu'il soit vendu le 15 septembre.

A mon avis, cette partie de la réclamation des demandeurs est garantie par les privilèges maritimes du capitaine et des marins.

2. Les salaires (ordinaires et heures supplémentaires) des autres membres de l'équipage jusqu'au 24 juillet 1971.

A mon sens, le privilège maritime des marins garantit aussi cette partie de la réclamation des demandeurs.

3. Les frais de rapatriement du capitaine et de l'équipage.

Toutes les parties intéressées ont admis que cette partie de la réclamation des demandeurs était garantie par leur privilège maritime.

4. Une indemnité équivalant à trois mois de salaire à titre de licenciement abusif.

J'estime que le montant total de cette indemnité n'est pas couvert par les privilèges maritimes des marins et du capitaine. A mon avis, si le privilège maritime des marins s'étend aux dommages-intérêts pour licenciement illicite, qu'ils aient ou non été engagés par «the ordinary mariner's contract», il ne s'applique qu'à la compensation des dommages réellement subis par les marins. Ici, nous ne savons pas si les mem-

whether or not the members of the crew who maintained the vessel till September 15th (and to whom I awarded their wages up to that date) did suffer damages in consequence of their dismissal; for this reason I would say that the compensation that I awarded them in this respect is not secured by their maritime lien. As to the other members of the crew, who stayed on board till August 18th and to whom I awarded their wages (and overtime) only up to July 24th, their situation is different. Indeed, it cannot be denied that they lost, in consequence of their dismissal, an amount equivalent to the amount of their wages (plus overtime) for the period extending from July 24th to August 18, 1971. Consequently, I consider that the compensation that I awarded them is, to this extent, secured by their maritime lien.

In short, I propose to decide that the maritime liens of the master and of the crew cover, in addition to the repatriation costs, an amount equivalent to the amount of the wages (and overtime) that they claimed.

In his written argument, counsel for The Bank put forward two propositions:

1. No maritime lien can be created once a vessel is arrested.
2. The maritime lien for wages does not include compensation for unlawful dismissal unless the suit is brought (and this is not the case here) upon the "ordinary mariner's contract".

As one may gather from what I already said, I consider these two contentions to be ill-founded. However, it is perhaps not useless for me to state briefly the reasons which lead me to this conclusion.

Of the first proposition, I need not say more than that it is not supported by any authority.

As to the second proposition, it is founded on the authority of the judgment of Sir Henry Duke in *The British Trade* [1924] P. 104; (1924) 18 Lloyd's Rep. 65, which, itself, was based on the decision of the House of Lords in *The Sara* (1889) 14 A.C. 209. It was indeed decided in

bres de l'équipage qui entretenirent le navire jusqu'au 15 septembre (et à qui j'ai accordé le salaire jusqu'à cette date) ont subi des dommages par suite de leur licenciement; pour ce motif, j'estime que l'indemnité que je leur ai accordée à ce titre n'est pas garantie par leur privilège maritime. La situation des autres membres de l'équipage, qui restèrent à bord jusqu'au 18 août et à qui je n'ai accordé de salaire (et d'heures supplémentaires) que jusqu'au 24 juillet, est différente. En effet, on ne peut pas nier qu'ils aient perdu par suite de leur licenciement un montant équivalent au montant de leur salaire (plus les heures supplémentaires) pour la période allant du 24 juillet au 18 août 1971. En conséquence, j'estime que l'indemnité que je leur ai accordée, est, dans cette mesure, garantie par leur privilège maritime.

En bref, je me propose de juger que les privilèges maritimes du capitaine et de l'équipage couvrent, outre les frais de rapatriement, un montant équivalent au montant des salaires (et des heures supplémentaires) qu'ils réclamaient.

Dans sa plaidoirie écrite, l'avocat de la Banque a fait valoir deux arguments:

1. On ne peut pas créer de privilège maritime une fois qu'un navire est saisi.
2. Le privilège maritime afférent aux salaires ne comprend pas l'indemnité de licenciement illicite à moins que l'action (et ce n'est pas le cas en l'espèce) ne soit fondée sur le «ordinary mariner's contract».

Comme on peut le déduire de ce que j'ai déjà dit, j'estime que ces deux prétentions sont mal fondées. Toutefois, il n'est peut-être pas inutile que j'expose brièvement les motifs qui m'ont conduit à cette conclusion.

Quant à la première proposition, il me suffit de dire qu'aucun précédent ne l'appuie.

Quant à la deuxième proposition, elle est fondée sur l'autorité de la décision de Sir Henry Duke dans l'affaire *The British Trade* [1924] P. 104; (1924) 18 Lloyd's Rep. 65, qui s'appuyait elle-même sur la décision de la Chambre des Lords dans l'affaire *The Sara* (1889) 14 A.C.

The British Trade that the maritime lien for wages of a seaman does not include compensation for unlawful dismissal unless the suit is brought upon the "ordinary mariner's contract". But if Sir Henry Duke felt bound to reach this decision it was for the sole reason that he considered that it had been held in *The Sara* that "section 10 of the *Admiralty Court Act*, 1861, did not create any maritime lien which had not existed before that Act, but merely conferred upon the Court of Admiralty jurisdiction in cases where previously it had not jurisdiction". Now, one need only to read the decision of the House of Lords in *The Sara* to realize that it was misinterpreted by Sir Henry Duke. For this reason, I think that *The British Trade* was wrongly decided. And even if it were not so I would hesitate to follow a precedent which makes the rights of seamen dependent on their having been hired at conditions which were perhaps ordinary in the 18th century but which are certainly not common now (See *The Arosa Star* [1959] 2 Lloyd's Rep. 396 at p. 403; *The Sara* (1889) *supra* at p. 215).

If I revert now to the problem raised by the contention of The First Pennsylvania Banking and Trust Company that it is entitled to be paid before all claimants who do not have maritime liens, I think that the proper procedure to be followed would be for The Bank to prove its claim, its mortgage and all factual elements on which its contention rests. If, within fifteen days, counsel for The Bank has not, in agreement with counsel for the other interested creditors, made the necessary arrangements with the Registry to determine a date on which he will make this proof and submit all relevant legal arguments, any other interested party will be at liberty to make a motion to have this Court determine a date on which The Bank will be enjoined to prove its claim.

209. Bien sûr, dans l'affaire *The British Trade*, il fut jugé que le privilège maritime du salaire d'un marin ne comprend pas l'indemnité de licenciement illicite à moins d'intenter une poursuite portant sur le «ordinary mariner's contract». Mais, si Sir Henry Duke se sentit obligé de décider ainsi, c'était au seul motif qu'il estimait qu'il avait été jugé dans l'affaire *The Sara* que [TRADUCTION] «l'article 10 de la *Admiralty Court Act* (1861) ne créait aucun privilège maritime nouveau qui n'aurait pas existé avant cette loi, mais donnait simplement compétence à la Cour d'amirauté dans les affaires pour lesquelles elle n'était pas compétente auparavant». En fait, il suffit simplement de lire la décision de la Chambre des Lords dans l'affaire *The Sara* pour se rendre compte que Sir Henry Duke l'a mal interprétée. Pour ce motif, j'estime que l'affaire *The British Trade* fut mal jugée. Et même s'il n'en était pas ainsi, j'hésiterais à suivre un précédent qui fait dépendre les droits des marins de conditions d'embauche qui étaient peut-être habituelles au 18^e siècle mais qui ne le sont certainement plus à l'heure actuelle (Voir *The Arosa Star* [1959] 2 Lloyd's Rep. 396 à la p. 403; *The Sara* (1889) précité à la p. 215).

Pour en revenir maintenant au problème soulevé par la prétention de la First Pennsylvania Banking and Trust Company selon laquelle elle a le droit d'être payée avant les autres réclameurs qui n'ont pas de privilèges maritimes, je pense que la procédure appropriée à suivre serait que la Banque prouve sa réclamation, son hypothèque, et tous les éléments de fait sur lesquels s'appuie sa prétention. Si dans les quinze jours à venir l'avocat de la Banque n'a pas, en accord avec les avocats des autres créanciers intéressés, pris les dispositions nécessaires avec le greffe pour fixer la date à laquelle il établira cette preuve et fera valoir tous les arguments juridiques pertinents, il sera loisible à toute autre partie intéressée de présenter une requête pour que cette Cour fixe une date à laquelle la Banque devra prouver sa réclamation.

National Indian Brotherhood, Indian-Eskimo Association, Union of Ontario Indians and Canadian-Indian Centre of Toronto (Applicants)

v.

Pierre Juneau, H. J. Boyle, Mrs. P. Pearce, Hal Dornan, R. Therrien, and the Canadian Radio-Television Commission (Respondents)

No. 3

Trial Division, Walsh J.—Toronto, June 14; Ottawa, December 3, 1971.

Judicial Review—Certiorari—Mandamus—Broadcasting—CRTC—Refusal to order public inquiry of complaint against proposed telecast—Whether reviewable by Court—Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, s. 19(2)(c).

On May 26, 1971, the Executive Committee of the CRTC passed a resolution that it was not satisfied it was in the public interest to hold a public hearing on applicants' complaint that a film proposed to be telecast by the CTV network was defamatory of Indians. Applicants applied to this Court for *certiorari* to review the proceedings of the CRTC concerning their complaint and for *mandamus* to compel the CRTC to hold a public hearing on their complaint.

Held, dismissing the application, the CRTC's decision not to hold a public hearing into applicants' complaint was not reviewable by the Court on an application for *certiorari* or *mandamus*. A decision by the CRTC under s. 19(2)(c) of the *Broadcasting Act*, R.S.C. 1970, c. B-11, as to whether it is in the public interest to hold a public hearing on a complaint is entirely within the discretion of the CRTC.

Pure Spring Co. v. M.N.R. [1946] Ex.C.R. 471; *Gamache v. Jones* [1968] 1 Ex.C.R. 345, distinguished.

J. Karswick for applicants.

Claude Thompson and J. D. Hylton for respondents.

WALSH J.—This matter came on for hearing before me in Toronto on June 14, 1971 on a motion asking

(a) For an Order by way of *Mandamus* directed to Pierre Juneau, H. J. Boyle, Mrs. P. Pearce, Hal Dornan, R. Therrien, all the members of the Executive Committee of the Canadian Radio-Television Commission, to decide, declare or state whether they are satisfied that it would be in the public interest to hold a public hearing into the complaint filed by the Applicants with respect to the film "The Taming of the Canadian West",

National Indian Brotherhood, Indian-Eskimo Association, Union of Ontario Indians et Canadian-Indian Centre of Toronto (Requérants)

c.

Pierre Juneau, H. J. Boyle, Dame P. Pearce, Hal Dornan, R. Therrien et le Conseil de la Radio-Télévision canadienne (Intimés)

N° 3

Division de première instance, le juge Walsh—Toronto, le 14 juin; Ottawa, le 3 décembre 1971.

Examen judiciaire—Certiorari—Mandamus—Diffusion—CRTC—Refus d'ordonner une enquête publique sur une plainte concernant une émission prévue—La Cour peut-elle l'examiner—Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, c. B-11, art. 19(2)c.

Le 26 mai 1971, le Comité de direction du CRTC adopta une résolution dans laquelle il déclarait n'être pas convaincu qu'il serait de l'intérêt public de tenir une audition publique au sujet de la plainte des requérants, qui portait que le film, que le réseau CTV avait l'intention de télédiffuser, était diffamatoire envers les Indiens. Les requérants déposèrent une requête devant cette Cour demandant un bref de *certiorari* pour l'examen de la procédure du CRTC au sujet de leur plainte et un bref de *mandamus* pour obliger le CRTC à tenir une audition publique à ce sujet.

Arrêt: rejet de la requête; sur requête visant à obtenir un *certiorari* ou un *mandamus* la Cour ne peut examiner la décision du CRTC de ne pas tenir d'audition publique au sujet de la plainte des requérants. Une décision que le CRTC prend en vertu de l'art. 19(2)c) de la *Loi sur la radiodiffusion* (S.R.C. 1970, c. B-11) sur le point de savoir s'il serait de l'intérêt public de tenir une audition publique est entièrement laissée à sa discrétion.

Distinction faite avec les arrêts: *Pure Spring Co. c. M.N.R.* [1946] R.C.É. 471; *Gamache c. Jones* [1968] 1 R.C.É. 345.

J. Karswick pour les requérants.

Claude Thompson et J. D. Hylton pour les intimés.

LE JUGE WALSH—Le 14 juin 1971, cette affaire vint en audience devant moi à Toronto, sur requête demandant

a) qu'une ordonnance soit rendue par voie de *mandamus* contre Pierre Juneau, H. J. Boyle, Dame P. Pearce, Hal Dornan, R. Therrien, tous membres du Comité de direction du Conseil de la Radio-Télévision canadienne pour juger, déclarer, ou décider s'ils sont convaincus qu'il serait de l'intérêt du public de tenir une audition publique au sujet de la plainte déposée par les requérants en ce qui concerne le film «The Taming of the Canadian West»,

And further, to decide, declare or state the basis for such declaration or statement,

(b) In the alternative, for an Order for the issuance of a Writ of *Certiorari* directing the Secretary of the Canadian Radio-Television Commission, its members, officers and directors to forthwith transmit to the office of the Registrar of the Federal Court of Canada all letters, memos, papers, certificates, records and all proceedings had or taken concerning the complaint filed with respect to "The Taming of the Canadian West",

And further, for an Order by way of *Mandamus* directing the Canadian Radio-Television Commission to hold and conduct a public inquiry into the complaint filed by the Applicants with respect to the film, "The Taming of the Canadian West".

(c) For such further and other Order as may seem just.

In my judgment dated June 18, 1971 [see page 66], I dealt with certain of the objections raised by respondents to the proceedings but withheld a decision on the merits as the applicants had also elected to proceed under the provisions of section 28 of the *Federal Court Act* before the Court of Appeal for an order to set aside the decision of the Executive Committee of respondents of May 26, 1971 that it would not be in the public interest to hold a public hearing on the complaint filed, and the hearing of an application for directions under the provisions of Rule 1403 in connection with this application had been fixed for June 21, 1971 at Toronto. While I expressed doubt as to whether the Court of Appeal could or would accept jurisdiction under the provisions of the said section 28(1) of the Act, especially in view of the provisions of section 61(1) of the Act, which reads as follows:

61. (1) Where this Act creates a right of appeal to the Court of Appeal or a right to apply to the Court of Appeal under section 28 to have a decision or order reviewed and set aside, such right applies, to the exclusion of any other right of appeal, in respect of a judgment, decision or order given or made after this Act comes into force, unless, in the case of a right of appeal, there was at that time a right of appeal to the Exchequer Court of Canada.

it is clear that, according to section 28(3) of the Act, which reads as follows:

28. (3) Where the Court of Appeal has jurisdiction under this section to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, the Trial Division has no jurisdiction to entertain any proceeding in respect of that decision or order.

Et en outre, de juger, déclarer ou décider sur le fondement de cette déclaration ou de ce rapport,

b) Subsidiairement, une ordonnance aux fins de décerner d'un bref de *certiorari* enjoignant au secrétaire du Conseil de la Radio-Télévision canadienne, à ses membres, dirigeants et administrateurs de transmettre immédiatement au bureau du greffe de la Cour fédérale du Canada toutes lettres, mémoires, documents, certificats, rapports et tous les documents des procédures intentées ou engagées en ce qui concerne la plainte déposée au sujet de «The Taming of the Canadian West»,

Et en outre, une ordonnance par voie de *mandamus* enjoignant au Conseil de la Radio-Télévision canadienne de tenir et mener une enquête publique sur la plainte déposée par les requérants au sujet du film «The Taming of the Canadian West».

c) Toutes autres ordonnances ultérieures qui peuvent sembler justifiées.

Dans mon jugement du 18 juin 1971 [voir page 66], j'ai traité certaines objections soulevées par les intimés contre les poursuites, mais j'ai différé ma décision sur le fond, puisque les requérants avaient aussi choisi d'entamer des poursuites, devant la Cour d'appel, en vertu des dispositions de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, pour obtenir une ordonnance infirmant la décision prise par le Comité de direction des intimés le 26 mai 1971, selon laquelle il ne serait pas de l'intérêt public de tenir une audition publique au sujet de la plainte déposée, et parce que l'audition d'une demande de directives en vertu des dispositions de la Règle 1403 et au sujet de cette demande avait été fixée au 21 juin 1971 à Toronto. J'ai dit qu'il me semblait douteux que la Cour d'appel puisse ou veuille se reconnaître compétente en vertu des dispositions dudit article 28(1) de la Loi, en particulier en raison des dispositions de l'article 61(1) de la Loi que voici:

61. (1) Lorsque la présente loi crée un droit d'appel devant la Cour d'appel ou le droit de demander à la Cour d'appel, en vertu de l'article 28, d'examiner et rejeter une décision ou ordonnance, ce droit s'applique, à l'exclusion de tout autre droit d'appel, à un jugement, une décision ou une ordonnance rendus ou établis après l'entrée en vigueur de la présente loi, à moins que, dans le cas d'un droit d'appel, il n'y ait eu à ce moment un droit d'appel devant la Cour de l'Échiquier du Canada.

or, il est clair que, conformément à l'article 28(3) de la Loi, que voici:

28. (3) Lorsque, en vertu du présent article, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, la Division de première instance est sans compétence pour

the Trial Division would have no jurisdiction in the event that the Court of Appeal should decide to hear and determine an application to review and set aside the said decision. I therefore indicated that as the Court of Appeal would itself be deciding at an early date whether or not it had jurisdiction, I would defer my decision on the merits pending the outcome of its findings.

On the hearing of the application for directions by Jackett C.J. in Toronto on June 21, 1971, he rendered judgment from the Bench [see page 73], considering the question of jurisdiction and indicating his opinion that, in view of the provisions of section 61(1) of the *Federal Court Act* and that the decision was made on May 28, 1971¹, the Court of Appeal is precluded from having jurisdiction in the matter. His judgment expressed the hope that, unless the application was withdrawn, either the respondents or the Deputy Attorney General of Canada would make a motion to quash under Rule 1100(1) so as to raise the matter of jurisdiction, and stated that if no such motion was made within ten days and the application was not withdrawn, it was anticipated that the Court, consisting of three judges, would then issue a direction under Rule 1100(2) giving the parties an opportunity to be heard on the jurisdiction question². After a brief discussion of what type of decision or order may be brought within the meaning of "a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis" within the meaning of section 28(1) of the *Federal Court Act*, and raising, but expressing no opinion on, the question of whether section 19 of the *Broadcasting Act* does not make the question as to whether a particular complaint should be dealt with by "public hearing" or some other way that complies with basic principles one of absolute, unconditional discretion for the Executive Committee, the judgment goes on to state that in his view a judge of the Trial Division should not feel any reluctance to decide a question concerning the jurisdiction of the Court of Appeal when that question is incidental to determining the jurisdiction of the Trial Division as he has just as much right to decide

connaître de toute procédure relative à cette décision ou ordonnance.

la Division de première instance ne serait pas compétente au cas où la Cour d'appel déciderait d'entendre et de juger une demande d'examen et d'annulation de ladite décision. J'ai donc indiqué que, comme la Cour d'appel va décider elle-même de sa compétence à une date prochaine, j'ajournais ma décision sur le fond jusqu'à ce qu'elle fasse connaître ses conclusions.

A l'audition de la demande de directives qui s'est tenue à Toronto le 21 juin 1971, le juge en chef Jackett a rendu en audience son jugement [voir page 73], dans lequel, après avoir étudié la question de compétence et indiqué qu'à son avis, en raison des dispositions de l'article 61(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* et du fait que la décision avait été rendue le 28 mai 1971¹, la Cour d'appel n'était pas compétente en la matière. Dans son jugement, il exprimait l'espoir que, à moins que la requête ne soit retirée, soit les intimés, soit le sous-procureur général du Canada, présenteraient une requête en vertu de la Règle 1100(1) pour mettre fin aux procédures, de façon à soulever la question de compétence et déclarait que si cette requête n'était pas présentée dans un délai de 10 jours et si la requête n'était pas retirée, on pouvait prévoir que la Cour, composée de 3 juges, émettrait alors une directive en vertu de la Règle 1100(2), donnant aux parties la possibilité de se faire entendre sur la question de compétence². Après une brève étude du genre de décision ou d'ordonnance que l'on peut prendre dans le cadre d'«une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi-judiciaire» au sens de l'article 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, et, sans toutefois donner son avis, il souleva le point de savoir si l'article 19 de la *Loi sur la radiodiffusion* ne fait pas de la question de savoir si une plainte particulière doit être traitée «en audition publique» ou d'une autre façon conforme aux principes fondamentaux, une question laissée à la discrétion absolue du Comité de direction; dans la suite du jugement, il expose son point de vue selon lequel un juge de la Division de première instance ne doit pas se sentir embarrassé pour trancher une question relative à la compétence de la Cour d'appel

such a question when it arises before him as the Court of Appeal has when it arises in that Court.

Subsequently, an application for an injunction was made by applicants herein against the CTV Television Network Limited seeking to restrain it from re-broadcasting the film complained of "The Taming of the Canadian West" which was heard in Toronto on July 16, 1971 and judgment rendered from the Bench by Kerr J. [see page 127], who, after expressing doubt that in the *Broadcasting Act* Parliament intended to give to the Federal Court of Canada, Trial Division, jurisdiction to enjoin the CTV from broadcasting a particular programme, as the Court would then, in effect, be exercising functions of regulation and supervision of the Canadian broadcasting system that Parliament has seen fit to entrust to the CRTC, refused to grant the injunction. I understand that the programme was then re-broadcast. Subsequently, no further steps have been taken by either party in the proceedings before the Court of Appeal, whether by way of withdrawing the application or by a motion to quash same for want of jurisdiction, nor has the Court issued a direction under Rule 1100(2) giving the parties an opportunity to be heard on the jurisdiction question. As several months have elapsed it now appears unlikely that any further action will be taken with respect to those proceedings. In view of the re-broadcast of the offending programme, despite all efforts taken by applicants to prevent same, the decision to be rendered on the matter before me may now be merely of academic interest, but as the right to a public hearing, which applicants seek to force the CRTC to hold with respect to the said programme, does not depend on whether or not it was in fact re-broadcast, and since the question of whether the decision of the CRTC not to hold such a public hearing is subject to review by the Court is one of considerable importance with respect to possible future actions of a similar nature, I believe it is now incumbent upon me to render a judgment on the merits of the motion before me.

lorsque cette question est accessoire à la détermination de la compétence de la Division de première instance, étant donné qu'il a tout autant le droit de trancher une telle question lorsqu'elle se présente à lui que la Cour d'appel lorsqu'elle lui est présentée.

Par la suite, les requérants en l'espèce déposèrent une demande visant à obtenir une injonction contre le réseau de télévision CTV et à lui interdire de diffuser à nouveau le film litigieux, «The Taming of the Canadian West»; l'audition s'est tenue à Toronto le 16 juillet 1971 et le jugement fut rendu en audience par le juge Kerr [voir page 127], qui rejeta la demande d'injonction après avoir exprimé le doute que, dans la *Loi sur la radiodiffusion*, le Parlement ait voulu donner à la Division de première instance de la Cour fédérale du Canada compétence pour interdire au réseau CTV de diffuser une émission déterminée, car, en fait, la Cour exercerait alors des fonctions de réglementation et de surveillance du réseau de radiodiffusion canadienne, rôle que le Parlement a cru bon de confier au CRTC. Je crois comprendre que le programme a été diffusé à nouveau. Par la suite, aucune des parties n'a poursuivi les procédures devant la Cour d'appel, soit par voie de retrait de la demande, soit au moyen d'une demande visant à mettre fin aux procédures, faute de compétence, et la Cour n'a pas émis, conformément à la Règle 1100(2), de directives accordant aux parties intéressées la possibilité de se faire entendre sur la question de compétence. Étant donné que plusieurs mois se sont écoulés depuis lors, il semble maintenant peu probable que les parties donneront suite à ces procédures. Pour ce qui est de la nouvelle diffusion de l'émission incriminée, malgré tous les efforts déployés par les requérants pour l'empêcher, la décision que je peux actuellement rendre sur la question pourrait n'avoir qu'un intérêt théorique; mais, étant donné que le droit à une audition publique, que les requérants veulent obliger le CRTC à tenir au sujet de ladite émission, ne dépend pas de la question de savoir si elle a été en fait diffusée à nouveau, et puisque la question de savoir si la Cour est compétente pour examiner la décision du CRTC de ne pas tenir une telle audition publique prend une importance considérable si l'on envisage la possibilité de futures actions de nature semblable, je crois

In view of the provisions of section 61(1) of the *Federal Court Act* and the fact that the decision not to hold a public hearing was made on May 26, 1971, that is to say before the provisions of that Act came into effect on June 1, 1971, I have reached the conclusion that the Court of Appeal does not have jurisdiction under section 28(1) of the Act to review the decision of respondents. Having reached this conclusion it is unnecessary for me to deal with the second question of whether it would, in any event, lack jurisdiction because the decision or order was of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis. It follows that sitting as a judge of the Trial Division I have jurisdiction to determine the merits of the motion before me for a writ of *mandamus* and *certiorari*.

In order to do so it is necessary to go to some extent into the factual background of the dispute. Some time in March 1970 the CTV Network screened the film entitled "The Taming of the Canadian West" which, according to the applicants, is blatantly racist, historically inaccurate, and slanderous to the Indian race and culture. Applicants first communicated with the Ontario Human Rights Commission which arranged a private screening of the film but was unable to arrange a meeting between representatives of the CTV Network and the Indians to discuss the areas of complaint and could not compel any action by the CTV as this was a matter within federal jurisdiction. A brief was then prepared and supported by applicants' consultants, Dr. E. S. Rogers, Curator of Ethnology, Royal Ontario Museum, and Mrs. Norma Sluman, an historical consultant, pointing out the misinformation and historical inaccuracies in the film and this brief was filed with the Canadian Radio-Television Commission on June 22, 1970. Despite repeated letters from applicants' attorneys requesting the CRTC to conduct a formal investigation, it was not until September 24, 1970 that the General Counsel of respondents wrote indicating that the production had been reviewed by the Programmes Branch and that a report to the Commission had been prepared. On October 14, 1970, appli-

qu'il m'incombe de rendre une décision sur le fond de la présente requête.

Étant donné les dispositions de l'article 61(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* et le fait que la décision de ne pas tenir une audition publique a été prise le 26 mai 1971, c'est-à-dire avant que les dispositions de cette Loi n'entrent en vigueur le 1^{er} juin 1971, j'en conclus que la Cour d'appel n'est pas compétente pour examiner la décision des intimés en vertu de l'article 28(1) de la Loi. Ayant conclu ainsi, je n'ai pas besoin de traiter la seconde question de savoir si, le cas échéant, elle ne serait pas compétente parce que la décision ou l'ordonnance était de nature administrative, non soumise en droit à un processus judiciaire ou quasi-judiciaire. Il s'ensuit que, siégeant en qualité de juge de la Division de première instance, je suis compétent pour juger au fond la présente requête visant à obtenir un bref de *mandamus* et de *certiorari*.

Pour ce faire, il est nécessaire de revoir une partie des faits à l'origine du litige. En mars 1970, le réseau CTV diffusa le film intitulé «The Taming of the Canadian West» qui, selon les requérants, est violemment raciste, historiquement inexact et diffamatoire envers la race et la culture indiennes. Tout d'abord, les requérants se mirent en rapport avec la Commission des droits de l'homme de l'Ontario qui organisa une projection privée du film, mais ne réussit pas à ménager une réunion entre les représentants du réseau CTV et les Indiens pour discuter des points litigieux; elle ne pouvait pas non plus obliger le CTV à agir puisque cette question est de la compétence fédérale. Les conseillers des requérants, le Dr E. S. Rogers, conservateur du département d'ethnologie du Royal Ontario Museum, et M^{me} Norma Sluman, conseiller en histoire, rédigèrent alors et appuyèrent un document soulignant les renseignements erronés et les inexactitudes historiques du film, document qui fut déposé au Conseil de la Radio-Télévision canadienne le 22 juin 1970. Bien que les avocats des requérants aient envoyé de nombreuses lettres pour demander au CRTC de mener une enquête officielle, ce n'est que le 24 septembre 1970 que le chef du contentieux du CRTC leur fit savoir par écrit que la Direction de la programmation avait examiné le film et avait rédigé un rapport pour le

cants' attorneys, having learned that a written rebuttal to the brief had been prepared by Mr. Frank Rasky, who had written the book on which the programme was based, requested a copy of this rebuttal and by letter dated October 27, 1970 this was refused on the basis that it was part of the Commission's material and not in the public records of the Commission. When applicants' attorneys pointed out to respondents that at their request they had sent the CTV a copy of their complaints, and that therefore they could not understand why the same courtesy and consideration was not extended to them in connection with the reply, they were then sent on November 17, 1970 what purported to be a copy of Mr. Rasky's reply, allegedly with the consent of Mr. Rasky for its release. This was a four page document and it was not until May of 1971 that applicants received from the CTV a complete copy of Mr. Rasky's rebuttal which consisted of thirty pages.

It was not until February 2, 1971 that applicants' attorneys received a letter from J. H. McKernin, Acting Director of the Broadcast Programmes Branch of respondents, indicating that an examination of the matters surrounding the programme had been concluded by the Commission and that while it did raise certain problems, it was not felt that it warranted further examination. The letter went on to recommend that applicants meet with representatives of the CTV Network to discuss the problems and through negotiations to reach an agreement as to whether some editing would resolve further difficulties. In reply to this, by letter dated March 3, 1971, applicants' attorneys again requested a formal investigation into the matter, and meanwhile requested that the CRTC arrange a meeting between the CTV and representatives of the Indian Group and the officers of the CRTC to discuss the specific complaints. Nearly one month later, on April 2, 1971, following a telephone call from applicants' attorneys, Mr. McKernin reiterated his suggestion of a meeting between applicants and CTV representatives, which meeting a representative of the CRTC would attend as applicants' attorneys insisted. Applicants then arranged a meeting for May 6, 1971 and advised Mr. Arthur Weinthal, Director of the CTV Televi-

Conseil. Le 14 octobre 1970, les avocats des requérants, ayant appris que M. Frank Rasky, auteur du livre sur lequel l'émission était basée, avait rédigé une réfutation écrite de leurs conclusions, demandèrent une copie de cette réfutation; par lettre du 27 octobre 1970, on la leur refusa sous prétexte qu'elle faisait partie des documents du Conseil et non de ses rapports publics. Les avocats des requérants firent remarquer aux intimés que, lorsque le CTV avait demandé une copie de leurs réclamations, on la lui avait communiquée, et qu'en conséquence, ils ne voyaient pas pourquoi on ne pouvait pas leur rendre la politesse au sujet de cette réponse. Ils reçurent alors, le 17 novembre 1970, un document présenté comme étant une copie de la réponse de M. Rasky, qui en avait prétendument autorisé la publication. Il s'agissait d'un document de quatre pages et ce n'est qu'en mai 1971 que le CTV envoya aux requérants une copie complète de la réfutation de M. Rasky, qui comptait trente pages.

Ce ne fut que le 2 février 1971 que les avocats des requérants reçurent une lettre de M. J. H. McKernin, directeur intérimaire à la Direction de la programmation des intimés, indiquant que le Conseil avait achevé l'examen des questions connexes à l'émission et que, bien que celle-ci soulevât certains problèmes, il n'estimait pas qu'elle justifiait un plus ample examen. La suite de la lettre recommandait aux requérants de rencontrer des représentants du réseau CTV pour discuter ces problèmes et, grâce à des négociations, se mettre d'accord sur le point de savoir si certaines modifications de détail résoudraient les autres difficultés. En réponse, par une lettre du 3 mars 1971, les avocats des requérants demandèrent à nouveau la tenue d'une enquête officielle sur la question et demandèrent aussi qu'en attendant, le CRTC organise une réunion entre le CTV, les représentants des Indiens et les dirigeants du CRTC pour examiner chaque plainte en particulier. Près d'un mois plus tard, le 2 avril 1971, à la suite d'un appel téléphonique des avocats des requérants, M. McKernin renouvela sa proposition de réunion entre les requérants et les représentants du CTV, réunion à laquelle un représentant du CRTC assisterait, selon le désir exprès des avocats des requérants. Les requérants organisèrent alors une réunion pour le 6

sion Network of this by letter dated April 26 and on April 27 wrote respondents requesting them to have a representative at the meeting. On April 30, however, Mr. Weinthal wrote them, enclosing a copy of Mr. Rasky's reply to the complaint and indicating that since applicants had not reviewed Mr. Rasky's comments, it seemed to him unnecessary to plan a meeting until they had had an opportunity to make this review. On May 3, applicants' attorneys replied indicating the urgency of the meeting in view of the expressed intention to telecast the movie again in July, and again requested Mr. Weinthal to attend the meeting on May 6. This was followed by a telegram dated May 4, 1971 from the CRTC to applicants' attorneys stating that they were not attending the meeting on May 6, since as Mr. Weinthal had stated in his letter of April 30 that it seemed unnecessary to plan a meeting until applicants had had an opportunity of reviewing Mr. Rasky's comments, apparently both parties were not ready to meet to resolve the problem on May 6. On May 5 applicants' attorneys sent a special delivery letter to the CRTC expressing shock at this telegram, confirming that they had studied Mr. Rasky's reply and were prepared to outline their areas of differences with the CTV at the meeting and that they objected strongly to the meeting being cancelled by the CTV or by the CRTC and again reiterating their intention of holding the meeting. A copy of this was sent to Mr. Weinthal of the CTV. Neither the CTV nor the CRTC attended the meeting.

By letter dated May 7, 1971, applicants' attorneys communicated with the Honourable Gérard Pelletier, sending copies to the CRTC and CTV, asking for his direction and guidance and advising that they would have no alternative but to commence court action against the CRTC to compel them to discharge their statutory duties by conducting an inquiry against the CTV and to ask for an injunction to stop the re-screening of this movie if no response was received within two weeks. Finally, on May 21, 1971, applicants' attorneys sent a letter to Pierre Juneau, Chairman of the CRTC, confirm-

mai 1971, en avertirent M. Arthur Weinthal, directeur du réseau de télévision CTV, par lettre du 26 avril et, le 27 avril, écrivirent aux intimés en leur demandant d'envoyer un représentant à la réunion. Toutefois, M. Weinthal leur écrivit le 30 avril, joignant à sa lettre une copie de la réponse de M. Rasky à la plainte et indiquant que, puisque les requérants n'avaient pas examiné les observations de M. Rasky, il lui semblait inutile de prévoir une réunion avant qu'ils aient eu la possibilité de procéder à cet examen. Dans leur réponse du 3 mai, les avocats des requérants soulignèrent l'urgence de la réunion, étant donné l'intention manifeste de télédiffuser à nouveau le film en juillet, et demandèrent une fois de plus à M. Weinthal d'assister à la réunion du 6 mai. Vint ensuite un télégramme du 4 mai 1971, envoyé par le CRTC aux avocats des requérants, qui exposait qu'il ne serait pas représenté à la réunion du 6 mai puisque, comme M. Weinthal l'avait exposé dans sa lettre du 30 avril, il semblait inutile de prévoir une réunion avant que les requérants n'aient eu la possibilité d'examiner les observations de M. Rasky; apparemment, les deux parties n'étaient pas prêtes à se rencontrer le 6 mai pour résoudre le problème. Le 5 mai, les avocats des requérants envoyèrent une lettre exprès au CRTC, exprimant leur consternation à la suite du télégramme, et confirmant qu'ils avaient étudié la réponse de M. Rasky, qu'ils étaient prêts à exposer à la réunion les points de désaccord avec le CTV et qu'ils s'opposaient vigoureusement à ce que le CTV ou le CRTC annule la réunion, tout en réaffirmant leur intention de la tenir. Ils communiquèrent une copie de cette lettre à M. Weinthal du CTV. Ni le CTV ni le CRTC n'assistèrent à la réunion.

Les avocats des requérants envoyèrent le 7 mai 1971 une lettre à l'honorable Gérard Pelletier, dont ils adressèrent copie au CRTC et au CTV, lui demandant des directives et des conseils et lui faisant savoir que s'ils ne recevaient pas de réponse dans les deux semaines, ils n'auraient pas d'autre choix que d'entamer une action judiciaire contre le CRTC pour l'obliger à s'acquitter de ses devoirs statutaires en tenant une enquête sur le CTV, et de demander une injonction pour arrêter toute nouvelle diffusion du film. Finalement, le 21 mai 1971, les avocats des requérants envoyèrent une lettre à M.

ing their intention of instituting proceedings and asking for advice in the terms of section 19 of the *Broadcasting Act* as to whether the Executive Committee was satisfied that it would be in the public interest to hold a public hearing. In this letter it was indicated that if no reply was received within three days it would confirm their impression that the CRTC was avoiding making the decision.

Presumably, as a result of this letter, the Executive Committee of the CRTC met on May 26, 1971 and under the heading "Other Matters" the Minutes of the Meeting state as follows:

Letter received on May 26, 1971 from Mr. James Karswick representing the Indian Group who has requested a public inquiry on the programme "The Taming of the Canadian West". It was resolved that the Executive Committee is not satisfied that it would be in the public interest to hold a public hearing on the complaints filed by Mr. Karswick's client and asked the Chairman to send a telegram to Mr. Karswick expressing the opinion of the Executive Committee.

This decision was communicated to applicants' attorneys by telegram dated May 28, 1971, reading as follows:

ACCORDING TO WELL ESTABLISHED PRACTICE AND TRADITION IN BROADCASTING IN CANADA, THE LICENSEE OF A BROADCASTING UNDERTAKING IS RESPONSIBLE FOR THE PROGRAMMES HE BROADCASTS. THIS POLICY IS REITERATED IN SECTION 2 OF THE 1968 BROADCASTING ACT.

THE COMMISSION FIRMLY BELIEVES THAT THIS POLICY IS OF VITAL IMPORTANCE TO THE MAINTENANCE OF THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION IN THE CANADIAN BROADCASTING SYSTEM. A DECISION TO SUSPEND THE BROADCAST OF A PROGRAMME OR TO CONDUCT AN INVESTIGATION INTO A SINGLE PROGRAMME SUCH AS THE TAMING OF THE CANADIAN WEST IS A MOST SERIOUS ONE.

YOUR LETTER OF MAY 21, 1971 IS THE FIRST NOTICE TO THE CRTC THAT YOU WISH THE COMPLAINTS OF YOUR CLIENTS TO BE CONSIDERED UNDER SECTION 19 OF THE BROADCASTING ACT AT A PUBLIC HEARING. IN LIGHT OF THE MATTERS RAISED ABOVE, AND THE WILLINGNESS EXPRESSED BY CTV TO MEET TO DISCUSS THE PROGRAMME, THE EXECUTIVE COMMITTEE IS NOT SATISFIED THAT IT WOULD BE IN THE PUBLIC INTEREST TO HOLD A HEARING ON YOUR CLIENTS' COMPLAINT. THE COMMISSION HOPES THAT YOUR CLIENTS AND THE CTV WILL PURSUE

Pierre Juneau, président du CRTC, confirmant leur intention d'entamer une action et demandant son avis, conformément à l'article 19 de la *Loi sur la radiodiffusion*, à savoir si le Comité de direction était convaincu qu'il serait de l'intérêt du public de tenir une audition publique. Il était indiqué dans cette lettre que le défaut de répondre dans les trois jours confirmerait leur impression que le CRTC se refusait à prendre cette décision.

Vraisemblablement à la suite de cette lettre, le Comité de direction du CRTC se réunit le 26 mai 1971, et sous le titre «autres questions», le procès-verbal de la réunion déclare ce qui suit:

[TRADUCTION] Nous avons reçu le 26 mai 1971 une lettre envoyée par M. James Karswick, représentant les Indiens qui ont demandé une enquête publique au sujet de l'émission «The Taming of the Canadian West». Le Comité de direction ayant décidé qu'il n'était pas convaincu qu'il serait de l'intérêt du public de tenir une audition publique au sujet des plaintes déposées par les clients de M. Karswick, le Président est chargé d'envoyer un télégramme à M. Karswick, exposant l'avis du Comité de direction.

Cette décision fut communiquée aux avocats des requérants par télégramme du 28 mai 1971, ainsi rédigé:

[TRADUCTION] SUIVANT UNE PRATIQUE ET UNE COUTUME BIEN ÉTABLIES DE LA RADIODIFFUSION CANADIENNE, LE TITULAIRE D'UNE LICENCE D'ENTREPRISE DE RADIODIFFUSION EST RESPONSABLE DES ÉMISSIONS QU'IL DIFFUSE. CETTE POLITIQUE EST RÉPÉTÉE À L'ARTICLE 2 DE LA LOI SUR LA RADIODIFFUSION DE 1968.

LE CONSEIL CROIT FERMEMENT QUE CETTE POLITIQUE EST D'IMPORTANCE VITALE POUR LE MAINTIEN DU DROIT À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DANS LE SYSTÈME DE RADIODIFFUSION CANADIENNE. UNE DÉCISION DE SUSPENDRE LA DIFFUSION D'UNE ÉMISSION OU DE MENER UNE ENQUÊTE SUR UNE SEULE ÉMISSION COMME «THE TAMING OF THE CANADIAN WEST» EST UNE DÉCISION DES PLUS SÉRIEUSES.

VOTRE LETTRE DU 21 MAI 1971 EST LE PREMIER AVIS AU CRTC DE VOTRE DÉSIR DE VOIR LES PLAINTES DE VOS CLIENTS EXAMINÉES EN AUDITION PUBLIQUE EN VERTU DE L'ARTICLE 19 DE LA LOI SUR LA RADIODIFFUSION. À LA LUMIÈRE DES ÉLÉMENTS PRÉCITÉS ET DU DÉSIR EXPRIMÉ PAR LE RÉSEAU CTV DE PARTICIPER À UNE RÉUNION POUR DISCUTER DE L'ÉMISSION, LE COMITÉ DE DIRECTION N'EST PAS CONVAINCU QU'IL SERAIT DE L'INTÉRÊT PUBLIC DE TENIR UNE AUDITION PUBLIQUE SUR LA PLAINTÉ DE VOS CLIENTS. LE CONSEIL ESPÈRE QUE VOS CLIENTS

THIS MATTER AND THAT YOUR CLIENTS WILL AVAIL THEMSELVES OF THE OPPORTUNITY OFFERED TO THEM TO HAVE ANY INACCURACIES IN THE PROGRAMME CORRECTED OR SEEK OTHER SOLUTIONS WHICH COULD RESOLVE THE DIFFERENCES. COPY OF THIS TELEX SENT TO CTV.

PIERRE JUNEAU CRTC

I have gone at some length into the factual background of the present proceedings as it is particularly indicative of the positions and attitudes taken by the various parties concerned, and in my view justifies applicants' feelings of frustration at the manner in which their complaints were being dealt with. In the first place, although applicants' initial complaint was set forth in detail in a brief filed with the CRTC on June 22, 1970, it was not until eight months later, and only after repeated urging by applicants' attorneys, that the examination of the complaint was completed, as indicated by Mr. McKernin's letter of February 2, 1971. This letter merely expressed the hope that by meeting with representatives of the CTV Network and negotiations with them an agreement could be reached acceptable to all parties.

Secondly, although this reply was far from satisfactory to applicants, they nevertheless accepted the suggestion and endeavoured to arrange a meeting with the CTV representatives. It soon became apparent that the latter had no serious intention of meeting or negotiating the problems and certainly not of refraining from re-broadcasting the programme. The CRTC indicated by letter dated April 2, 1971 that it would have a representative attend the meeting since applicants insisted on this. On April 26 applicants arranged the meeting for May 6 but on April 30 Mr. Weinthal of CTV made it very clear that he considered the meeting unnecessary, relying on the excuse that he was only just sending a copy of Mr. Rasky's reply to the criticism levelled by applicants and that they would not have time to review it before May 6. This is, to say the least, an extraordinary position to take. Applicants wanted to hold a meeting urgently in view of the impending re-broadcast of the programme in July, and the CTV in effect tell them that they should not desire to hold it so soon because

ET LE RÉSEAU CTV DONNERONT SUITE À CETTE AFFAIRE ET QUE VOS CLIENTS SAISIRONT L'OC-CASION QUI LEUR EST OFFERTE DE FAIRE CORRIGER TOUTE INEXACTITUDE QUE POURRAIT COM-PORTER CETTE ÉMISSION OU DE RECHERCHER D'AUTRES SOLUTIONS POUVANT RÉGLER CE DIF-FÉREND. COPIE DU PRÉSENT TELEX EXPÉDIÉE AU RÉSEAU CTV.

PIERRE JUNEAU CRTC

J'ai repris assez longuement les faits de l'affaire en question puisqu'ils sont particulière-ment significatifs des positions et attitudes prises par les différentes parties en cause et qu'à mon avis, ils justifient le sentiment de frustration des requérants vis-à-vis la manière dont leurs plaintes ont été traitées. Tout d'a-bord, bien que les requérants aient exposé leur plainte initiale en détail dans un document déposé au CRTC le 22 juin 1970, ce n'est que huit mois plus tard, et seulement après les nom-breuses démarches des avocats des requérants, que l'examen de la plainte fut achevé, comme l'indique la lettre du 2 février 1971 de M. McKernin. Cette lettre exprimait seulement l'espoir qu'en se réunissant avec les représen-tants du réseau CTV et par des négociations avec ces derniers, ils pourraient conclure un accord acceptable par tous.

En second lieu, bien que cette réponse fût loin de satisfaire les requérants, ils acceptèrent néanmoins cette suggestion et essayèrent d'or-ganiser une réunion avec les représentants du CTV. Très vite, il devint évident que ces der-niers n'avaient pas vraiment l'intention de ren-contrer les requérants ni de discuter leurs pro-blèmes, et certainement pas celle d'empêcher une nouvelle diffusion de l'émission. Le CRTC indiqua par lettre du 2 avril 1971 qu'un de ses représentants assisterait à la réunion, puisque les requérants insistaient sur ce point. Le 26 avril, les requérants fixèrent une réunion au 6 mai, mais, le 30 avril, M. Weinthal du CTV fit nettement savoir qu'il estimait cette rencontre inutile, en s'appuyant sur l'excuse qu'il venait tout juste d'envoyer une copie de la réponse de M. Rasky aux critiques soulevées par les requé-rants qui n'auraient donc pas le temps de l'ana-lyser avant le 6 mai. C'est pour le moins une prise de position extraordinaire. Les requérants voulaient tenir rapidement une réunion étant donné qu'une nouvelle diffusion de l'émission était prévue pour juillet, donc imminente, et le

they have not had time to study material which the CTV are only then sending them. Surely applicants are the best judges of whether or not they would have time to review such material and if any postponement of the meeting were to be made as a result of such lack of time it should be they who would request it and not the CTV themselves. The fact that the CRTC had taken eight months to examine material sent to them and investigate the complaint does not justify an assumption that applicants were incapable of perusing and studying Mr. Rasky's thirty page submission in six days. Despite this obviously flimsy excuse by the CTV to avoid meeting with applicants, the respondent, CRTC, adopted Mr. Weinthal's views and in the telegram dated May 5, 1971 indicated that in view of Mr. Weinthal's letter apparently the parties are not ready to meet to solve the problem on May 6. Despite further letters from applicants' attorneys protesting vigorously against this postponement neither the CTV nor the CRTC attended the meeting. In fairness to the CRTC it must be pointed out that since they themselves had not arranged the meeting, and apparently were unwilling to do so or to bring any pressure on the CTV representatives to attend, it would obviously have been futile for them to have sent a representative knowing that Mr. Weinthal had no intention of attending the meeting on behalf of the CTV. However, their ready acquiescence to Mr. Weinthal's unilateral cancellation of the meeting certainly indicates that they had no intention of forcing him to meet with applicants' representatives, even though they had expressed the hope that such a meeting might prove useful.

Thirdly, although at the request of the CRTC applicants had sent a copy of their brief complaining about the programme to the CTV, the CRTC at first refused to give them a copy of Mr. Rasky's reply to it, and it was only when this discrepancy in the manner in which the two parties were being treated was called to their attention that they then released to applicants a truncated version of this reply. As a result, it was only in late May that applicants received

CTV, en fait, leur déclarait qu'ils ne devraient pas désirer la tenir si rapidement parce qu'ils n'avaient pas eu le temps d'étudier les documents qu'il venait tout juste de leur envoyer. Il va de soi que les requérants étaient le mieux à même de juger s'ils avaient suffisamment de temps pour examiner ces documents, et si un renvoi de la réunion devait avoir lieu par suite d'un manque de temps ce devait être à leur demande et non pas à celle du CTV. Le fait que le CRTC ait mis huit mois à étudier les documents qu'on lui avait envoyés et à examiner la plainte ne permet pas de supposer que les requérants étaient incapables de lire attentivement et d'étudier en six jours le document de trente pages de M. Rasky. Malgré cette excuse manifestement peu convaincante du CTV pour éviter de rencontrer les requérants, l'intimé, le CRTC, adopta le point de vue de M. Weinthal et, dans son télégramme du 5 mai 1971, indiqua que, compte tenu de la lettre de M. Weinthal, les parties n'étaient apparemment pas prêtes à se rencontrer le 6 mai pour résoudre le problème. Malgré plusieurs autres lettres dans lesquelles les avocats des requérants protestaient vigoureusement contre ce renvoi, ni le CTV ni le CRTC n'assistèrent à la réunion. En toute justice envers le CRTC, on doit souligner que, puisqu'il n'avait pas organisé la réunion lui-même, et qu'apparemment il ne voulait ni le faire ni exercer aucune pression pour que les représentants du CTV y assistent, il aurait été visiblement vain qu'il envoie un représentant, sachant que M. Weinthal n'avait aucune intention d'assister à la réunion au nom du CTV. Toutefois, sa prompte adhésion à l'annulation unilatérale de la réunion par M. Weinthal indique à coup sûr qu'il n'avait pas l'intention de le forcer à rencontrer les représentants des requérants, même s'il avait exprimé l'espoir qu'une telle réunion puisse s'avérer utile.

En troisième lieu, bien qu'à la requête du CRTC, les requérants aient envoyé une copie de leur document dans lequel ils se plaignaient de l'émission du CTV, le CRTC refusa tout d'abord de leur remettre une copie de la réponse que M. Rasky y fit; ce n'est que lorsqu'on souligna l'inégalité de traitement des deux parties qu'il remit aux requérants une version tronquée de cette réponse. Il s'ensuit que ce n'est qu'à la fin de mai que les requérants reçurent la

Mr. Rasky's full reply and the delay in furnishing this was then used by the CTV, with the approval of the CRTC, as an excuse for not attending the meeting which had been arranged.

Fourthly, the telegram from the CRTC to applicants' attorneys on May 28, 1971 advising them of the decision of the Executive Committee of May 26 not to hold a public hearing contains some extraordinary statements, to wit:

YOUR LETTER OF MAY 21, 1971 IS THE FIRST NOTICE TO THE CRTC THAT YOU WISH THE COMPLAINTS OF YOUR CLIENTS TO BE CONSIDERED UNDER SECTION 19 OF THE BROADCASTING ACT AT A PUBLIC HEARING.

While this may be technically true, certainly it is abundantly clear by the correspondence over a period of nearly a year that a hearing was precisely what applicants were seeking and which they felt they had not received. The telegram goes on to state:

... IN LIGHT OF THE MATTERS RAISED ABOVE, AND THE WILLINGNESS EXPRESSED BY CTV TO MEET TO DISCUSS THE PROGRAMME, THE EXECUTIVE COMMITTEE IS NOT SATISFIED THAT IT WOULD BE IN THE PUBLIC INTEREST TO HOLD A HEARING ON YOUR CLIENTS' COMPLAINT.

Again, it may be technically correct to say that the CTV had expressed willingness to meet to discuss the programme, but they had made it clear that they considered such a meeting futile, and it must certainly have been evident by this time to all parties that the CTV had no intention of voluntarily making any major changes in the programme or withholding it from being broadcast, unless compelled to do so.

It seems evident that the CRTC, while constantly expressing the hope that the parties could get together and adjust their differences so that the matters in dispute could be buried and forgotten, was unwilling to take any positive action whatsoever beyond agreeing on applicants' insistence to send a representative to such a meeting when and if same could be arranged, nor was it willing, or perhaps able, to bring any pressure whatsoever on the CTV Network to compel it to withdraw or make changes

version complète de la réponse de M. Rasky; le délai de remise fut alors utilisé par le CTV, avec l'approbation du CRTC, pour s'excuser de ne pas assister à la réunion prévue.

En quatrième lieu, le télégramme envoyé le 28 mai 1971 par le CRTC aux avocats des requérants, les avisant que, suivant la décision du Comité de direction prise le 26 mai, il ne tiendrait pas d'audition publique, contient quelques déclarations extraordinaires, à savoir:

[TRADUCTION] VOTRE LETTRE DU 21 MAI 1971 EST LE PREMIER AVIS AU CRTC DE VOTRE DÉSIR DE VOIR LES PLAINTES DE VOS CLIENTS EXAMINÉES EN AUDITION PUBLIQUE EN VERTU DE L'ARTICLE 19 DE LA LOI SUR LA RADIODIFFUSION.

Même si c'est exact d'un point de vue technique, il est absolument certain que la correspondance échangée pendant près d'un an établit amplement que les requérants désiraient précisément une audition et qu'ils estimaient qu'on les en avait privés. Voici la suite du télégramme:

[TRADUCTION] ... A LA LUMIÈRE DES ÉLÉMENTS PRÉCITÉS ET DU DÉSIR EXPRIMÉ PAR LE RÉSEAU CTV DE PARTICIPER À UNE RÉUNION POUR DISCUTER DE L'ÉMISSION, LE COMITÉ DE DIRECTION N'EST PAS CONVAINCU QU'IL SERAIT DE L'INTÉRÊT PUBLIC DE TENIR UNE AUDITION PUBLIQUE SUR LA PLAINTÉ DE VOS CLIENTS.

A nouveau, il est peut-être exact d'un point de vue technique de dire que le CTV avait exprimé le désir d'assister à une réunion pour examiner l'émission, mais il avait bien fait savoir qu'il estimait une telle réunion vaine; à ce moment-là, il a dû apparaître clairement à toutes les parties que le CTV n'avait pas l'intention d'apporter, de son propre gré, des modifications importantes à l'émission ou d'en empêcher une nouvelle diffusion, à moins qu'on ne l'y oblige.

Il semble évident que, bien que le CRTC ait continuellement exprimé l'espoir que les parties pourraient se réunir et régler leur différend de telle sorte que les questions en litige puissent être rapidement oubliées, il ne désirait pas entreprendre d'actions positives, quelles qu'elles soient, autres que de se plier à l'insistance des requérants en envoyant un représentant à cette réunion au moment où elle aurait lieu, si elle avait lieu; le CRTC ne désirait pas non plus, ou peut-être ne pouvait pas, exercer de pres-

in the said programme, or even to compel it to attend a meeting to discuss same. The CTV, for its part, having no doubt invested substantial sums in the said programme which had proved very controversial following its first broadcast, was eager to reap the fruits of the controversy which it had aroused and broadcast it again, and while willing, if obliged to, to make minor changes in questions of historical accuracy, it had no intention whatsoever of making major alterations or of withdrawing the film from further broadcast.

I am not of course dealing with the merits of the programme, which question is not before me, but merely with the attitude of the various parties to the dispute as revealed by their correspondence and other communications. Neither am I concluding that, merely because applicants appear to have been dealt with rather harshly, and their complaints, whether justified or not, only examined after long delays and frustrating obstructions, they necessarily have the right to the relief they now seek, which is a matter of law. It is now necessary therefore to examine the *Broadcasting Act* to determine just what powers it gives the CRTC to control the content of programmes being broadcast by the networks or individual stations.

Under the heading "*Broadcasting Policy for Canada*" the *Broadcasting Act* R.S.C. 1970, c. B-11 states in section 3(b) as follows:

(b) the Canadian broadcasting system should be effectively owned and controlled by Canadians so as to safeguard, enrich and strengthen the cultural, political, social and economic fabric of Canada;

Section 3(c) reads as follows:

(c) all persons licensed to carry on broadcasting undertakings have a responsibility for programs they broadcast but the right to freedom of expression and the right of persons to receive programs, subject only to generally applicable statutes and regulations, is unquestioned;

Section 3(g)(iv) reads as follows:

sions quelles qu'elles soient sur le réseau CTV pour l'obliger à retirer ladite émission ou à y apporter des changements, ni même l'obliger à assister à une réunion pour en discuter. Le CTV, pour sa part, ayant sans doute investi des sommes importantes dans ladite émission, qui avait été très controversée à la suite de sa première diffusion, était impatient de récolter les fruits de la controverse qu'elle avait soulevée, et de la diffuser à nouveau, et même si elle acceptait, y étant contrainte, d'apporter des changements mineurs sur des questions d'exactitude historique, elle n'avait aucunement l'intention en tout cas d'apporter d'importantes modifications ou d'empêcher de nouvelles diffusions du film.

Je ne traite évidemment pas de la valeur de l'émission, problème qui ne m'est pas posé, mais simplement de l'attitude des différentes parties au litige, telle que la révèlent leur correspondance et autres communications. Je ne conclus pas non plus que, simplement parce qu'il semble qu'on ait traité les requérants de manière assez cavalière et que leurs plaintes, justifiées ou non, ne furent examinées qu'après de longs attermolements et en surmontant des obstacles frustrants, ils ont nécessairement droit à la réparation qu'ils cherchent à obtenir maintenant, ce qui est une question de droit. Il est donc maintenant nécessaire d'examiner la *Loi sur la radiodiffusion* pour établir quels sont au juste les pouvoirs qu'elle accorde au CRTC pour contrôler le contenu des émissions diffusées par les réseaux ou par les stations privées.

Sous le titre «*Politique de la radiodiffusion pour le Canada*», l'article 3b) de la *Loi sur la radiodiffusion* S.R.C. 1970, c. B-11 est rédigé ainsi:

b) que le système de la radiodiffusion canadienne devrait être possédé et contrôlé effectivement par des Canadiens de façon à sauvegarder, enrichir et raffermir la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada;

l'article 3c) est rédigé ainsi:

c) que toutes les personnes autorisées à faire exploiter des entreprises de radiodiffusion sont responsables des émissions qu'elles diffusent, mais que le droit à la liberté d'expression et le droit des personnes de capter les émissions, sous la seule réserve des lois et règlements généralement applicables, est incontesté;

l'article 3g)(iv) est rédigé ainsi:

(g) the national broadcasting service should

...
 (iv) contribute to the development of national unity and provide for a continuing expression of Canadian identity;

Section 15, under the heading "*Objects of the Commission*" reads as follows:

15. Subject to this Act and the *Radio Act* and any directions to the Commission issued from time to time by the Governor in Council under the authority of this Act, the Commission shall regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system with a view to implementing the broadcasting policy enunciated in section 3 of this Act.

Under the heading "*Powers of the Commission*" we find in section 16 the following:

16. (1) In furtherance of its objects, the Commission, on the recommendation of the Executive Committee, may

...
 (b) make regulations applicable to all persons holding broadcasting licences, or to all persons holding broadcasting licences of one or more classes,

(i) respecting standards of programs and the allocation of broadcasting time for the purpose of giving effect to paragraph 3(d),

...
 (c) subject to this Part, revoke any broadcasting licence other than a broadcasting licence issued to the Corporation.

Section 3(d) reads as follows:

(d) the programming provided by the Canadian broadcasting system should be varied and comprehensive and should provide reasonable, balanced opportunity for the expression of differing views on matters of public concern, and the programming provided by each broadcaster should be of high standard, using predominantly Canadian creative and other resources;

Section 19 makes a public hearing mandatory in connection with the issue of a broadcasting licence or where the Commission or the Executive Committee has under consideration the revocation or suspension of a broadcasting licence, and also makes it mandatory in connection with the renewal of a broadcasting licence unless the Commission is satisfied that such a hearing is not required. Other uses of the public hearing procedure are not mandatory, however, and, in particular, section 19(2)(c) reads as follows:

g) que le service national de radiodiffusion devrait

...
 (iv) contribuer au développement de l'unité nationale et exprimer constamment la réalité canadienne;

Sous le titre «*Objets du Conseil*», l'article 15 est rédigé ainsi:

15. Sous réserve de la présente loi, de la *Loi sur la radio* et des instructions à l'intention du Conseil émises, à l'occasion, par le gouverneur en conseil sous l'autorité de la présente loi, le Conseil doit réglementer et surveiller tous les aspects du système de la radiodiffusion canadienne en vue de mettre en œuvre la politique de radiodiffusion énoncée dans l'article 3 de la présente loi.

Sous le titre «*Pouvoirs du Conseil*», nous trouvons à l'article 16 ce qui suit:

16. (1) Dans la poursuite de ses objets, le Conseil, sur la recommandation du comité de direction, peut

...
 b) établir des règlements applicables à toutes les personnes qui détiennent des licences de radiodiffusion ou aux personnes qui détiennent des licences d'une ou de plusieurs classes et

(i) concernant les normes des émissions et l'attribution du temps d'émission afin de donner effet à l'alinéa 3d),

...
 c) sous réserve de la présente Partie, annuler toute licence de radiodiffusion autre qu'une licence de radiodiffusion attribuée à la Société.

L'alinéa 3d) est rédigé ainsi:

d) que la programmation offerte par le système de la radiodiffusion canadienne devrait être variée et compréhensive et qu'elle devrait fournir la possibilité raisonnable et équilibrée d'exprimer des vues différentes sur des sujets qui préoccupent le public et que la programmation de chaque radiodiffuseur devait être de haute qualité et utiliser principalement des ressources canadiennes créatrices et autres;

L'article 19 rend obligatoire une audition publique en matière d'attribution d'une licence de radiodiffusion ou lorsque le Conseil ou le Comité de direction sont saisis de l'examen de l'annulation ou de la suspension d'une licence de radiodiffusion; il la rend aussi obligatoire quand il s'agit du renouvellement d'une licence de radiodiffusion, à moins que le Conseil ne soit convaincu qu'une telle audition n'est pas nécessaire. Il n'est pas obligatoire d'employer la procédure d'audition publique dans les autres cas, toutefois, et l'article 19(2)c), en particulier, est rédigé ainsi:

19. (2) A public hearing shall be held by the Commission, if the Executive Committee is satisfied that it would be in the public interest to hold such a hearing, in connection with

...

(c) a complaint by a person with respect to any matter within the powers of the Commission.

While the Act sets out the procedure in connection with such public hearing, it is silent as to what action the Commission can take as a result of such a public hearing save, of course, for the revocation or suspension of a licence or refusal to renew same when it comes up for renewal.

Section 14(4) dealing with the powers of the Executive Committee reads as follows:

14. (4) For the purposes of this Act, any act or thing done by the Executive Committee in the exercise of the powers conferred on it by this Part shall be deemed to be an act or thing done by the Commission.

Section 18(2) provides that the Executive Committee may from time to time and shall, in accordance with any direction to the Commission issued by the Governor in Council under the authority of the Act, require a licensee to broadcast any programme deemed to be of urgent importance to Canadians generally or to persons resident in the area to which the notice relates. It is significant that, although this section provides for an order to be issued under certain conditions requiring a certain programme to be broadcast, there is no similar provision whatsoever for an order to be issued prohibiting the broadcast of any given programme.

Section 64(3) of the *Federal Court Act*, when read in conjunction with Schedule B of that Act, which came into effect on June 1, 1971, repeals subsections (1) to (4) of section 26 of the *Broadcasting Act* and substitutes therefor an appeal to the Federal Court of Appeal upon a question of law or a question of jurisdiction upon leave therefor being obtained. This would appear to be in addition to the right to review provided under section 28(1) of the *Federal Court Act* but would also be subject to the provisions of section 61(1) of that Act so that the Court of Appeal would not have jurisdiction to hear an appeal against the decision of May 26, 1971 even if such an appeal had been sought by applicants. It is of interest to note

19. (2) Le Conseil doit tenir une audition publique si le comité de direction est convaincu qu'il serait dans l'intérêt public de tenir une telle audition, au sujet

...

c) de la plainte d'une personne relativement à toute question relevant des pouvoirs du Conseil.

Alors que la Loi expose la procédure à suivre en cas d'audition publique, elle ne prévoit pas quelle action le Conseil pourra entreprendre à la suite d'une telle audition publique sauf, bien sûr, l'annulation ou la suspension d'une licence ou le refus de la renouveler quand vient le moment du renouvellement.

L'article 14(4), traitant du pouvoir du Comité de direction, est rédigé ainsi:

14. (4) Aux fins de la présente loi, les actes ou choses accomplis par le comité de direction dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont attribués par la présente Partie sont censés être des actes ou choses accomplis par le Conseil.

L'article 18(2) prévoit que le Comité de direction peut, à l'occasion, et doit, en conformité de toutes instructions données au Conseil par le gouverneur en conseil sous l'autorité de ladite Loi, exiger qu'un titulaire de licence radiodiffuse toute émission qu'il estime être importante et urgente pour l'ensemble des Canadiens ou pour les personnes qui résident dans la région à laquelle l'avis se rapporte. Il est significatif que, bien que cet article prévoit que, sous certaines conditions, une ordonnance sera délivrée, intimant qu'une certaine émission soit diffusée, il n'existe aucune disposition semblable visant à obtenir la délivrance d'une ordonnance interdisant la diffusion d'une émission donnée.

L'article 64(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*, lorsqu'on le rapproche de l'annexe B de cette Loi, qui est entrée en vigueur le 1^{er} juin 1971, abroge les paragraphes (1) à (4) de l'article 26 de la *Loi sur la radiodiffusion* et remplace l'ancienne procédure par un appel devant la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou sur une question de compétence, après qu'une autorisation a été obtenue à cet effet. Il semble que ceci s'ajoute au droit d'examen prévu à l'article 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, mais soit aussi soumis aux dispositions de l'article 61(1) de cette Loi, si bien que la Cour d'appel ne serait pas compétente pour entendre un appel interjeté contre la décision rendue le 26 mai 1971, même si les requérants avaient

that subsections (3) and (4) of section 26 of the *Broadcasting Act* which were repealed had given the Exchequer Court of Canada exclusive original jurisdiction over, among others, writs of *certiorari* or *mandamus* relating to any decision or order of the Commission or any proceedings before the Commission but had provided that such decisions or orders were not subject to review or to be restrained by such proceedings on the ground that the question of law or fact was erroneously decided by the Commission or that the Commission had no jurisdiction to entertain the proceedings in which the decision or order was made, or to make the decision or order. As a result of this repeal, such proceedings now come within the less restrictive provisions of section 18 of the *Federal Court Act*, and the fact that the motion before me was filed on May 28, 1971 would not affect this jurisdiction since it is not section 61(1) of the Act which applies but section 61(2), which section reads as follows:

61. (2) Subject to subsection (1), any jurisdiction created by this Act shall be exercised in respect of matters arising as well before as after the coming into force of this Act.

It is also of interest to note that sections 25 and 26(5) of the *Broadcasting Act* were not repealed by the *Federal Court Act*. These sections read as follows:

25. Except as provided in this Part, every decision or order of the Commission is final and conclusive.

...

26. (5) Any minute or other record of the Commission or any document issued by the Commission in the form of a decision or order shall, if it relates to the issue, amendment, renewal, revocation or suspension of a broadcasting licence, be deemed for the purposes of section 25 and this section to be a decision or order of the Commission.

The effect of the retention of these sections would appear to be that since the decision or order which is complained of does not relate to the issue, amendment, renewal, revocation or suspension of a broadcasting licence, it will not be deemed to be a decision or order of the Commission for the purposes of section 25 and, hence, to be final and conclusive.

choisi cette voie. Il est intéressant de remarquer que les paragraphes (3) et (4) de l'article 26 de la *Loi sur la radiodiffusion*, maintenant abrogés, avaient accordé à la Cour de l'Échiquier du Canada une compétence exclusive en premier ressort pour statuer, entre autres, sur les brefs de *certiorari* ou de *mandamus*, relativement à toute décision ou ordonnance du Conseil ou aux procédures engagées devant lui; toutefois, il prévoyait que ces décisions ou ordonnances ne pouvaient pas être soumises à révision ni être restreintes par ces procédures, au motif que le Conseil a tranché d'une façon erronée une question de droit ou qu'il n'était pas compétent pour connaître des procédures qui ont fait l'objet de la décision ou de l'ordonnance ou pour rendre la décision ou l'ordonnance. Par suite de cette abrogation, ces procédures entrent maintenant dans les dispositions moins restrictives de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* et le fait que la requête qui m'est soumise ait été déposée le 28 mai 1971 n'influerait en rien sur cette compétence, puisque ce n'est pas l'article 61(1) de la Loi qui s'applique, mais l'article 61(2), ainsi rédigé:

61. (2) Sous réserve du paragraphe (1), toute compétence conférée par la présente loi doit être exercée relativement aux questions soulevées soit avant soit après l'entrée en vigueur de la présente loi.

Il est aussi intéressant de noter que les articles 25 et 26(5) de la *Loi sur la radiodiffusion* n'ont pas été abrogés par la *Loi sur la Cour fédérale*. Voici ces articles:

25. Sauf en cas de disposition expresse dans la présente Partie, toute décision ou ordonnance du Conseil est définitive et péremptoire.

...

26. (5) Toute minute ou autre pièce du Conseil ou tout document qu'il émet sous forme de décision ou d'ordonnance, s'il concerne l'attribution, la modification, le renouvellement, l'annulation, ou la suspension d'une licence de radiodiffusion, est censé, aux fins de l'article 25 et du présent article, être une décision ou une ordonnance du Conseil.

Puisque la décision ou l'ordonnance incriminée ne concerne pas l'attribution, la modification, le renouvellement, l'annulation ou la suspension d'une licence de radiodiffusion, le fait qu'on ait conservé ces articles semble avoir comme conséquence qu'on ne peut pas estimer qu'il s'agit d'une décision ou d'une ordonnance du Conseil

Reading the Act as a whole and in particular the sections to which I have referred, I find it difficult to conclude that Parliament intended to or did give the Commission the authority to act as a censor of programmes to be broadcast or televised. If this had been intended, surely provision would have been made somewhere in the Act giving the Commission authority to order an individual station or a network, as the case may be, to make changes in a programme deemed by the Commission, after an inquiry, to be offensive or to refrain from broadcasting same. Instead of that, it appears that its only control over the nature of programmes is by use of its power to revoke, suspend or fail to renew the licence of the offending station.

Basing himself on the generalized statements in the Act under the heading "*Broadcasting Policy for Canada*" and, in particular, sections 3(b) and 3(g)(iv) (*supra*), applicants' counsel argued strongly that it was the duty of the Commission to ensure that the Canadian broadcasting system should be effectively owned and controlled by Canadians "so as to safeguard, enrich and strengthen the cultural, political, social and economic fabric of Canada" and that the national broadcasting service should "contribute to the development of national unity and provide for a continuing expression of Canadian identity". Even if one were to assume that the programme in question was so offensive as to constitute an infringement of these policies, it is apparent that these sections are not intended to apply to each and every programme but to broadcasting policy as a whole. Section 3(b), for example, refers to the ownership and control of Canadian broadcasting system by Canadians so as to safeguard the policies therein set out, while section 3(g)(iv), stating that the national broadcasting service should contribute to the development of national unity and provide for a continuing expression of Canadian identity, appears to be referring to the service as a whole. Even section 16 of the Act, dealing with the powers of the Commission respecting the issuing of licences, although it states in subsec-

aux fins de l'article 25. Par conséquent, elle n'est ni définitive ni péremptoire.

A la lecture de la Loi dans son ensemble, et en particulier des articles que j'ai cités, il me paraît difficile de conclure que le Parlement a eu l'intention de donner, ou a effectivement donné, au Conseil le pouvoir d'agir en qualité de censeur des émissions à radiodiffuser ou à téléviser. Si telle avait été son intention, il aurait certainement pris des dispositions quelque part dans la Loi pour donner au Conseil le pouvoir d'ordonner à une station privée ou à un réseau, suivant le cas, de modifier une émission ou de ne pas la diffuser lorsque le Conseil, après enquête, l'estimait outrageante. Au lieu de cela, il semble que le seul contrôle qu'il peut exercer sur la nature des émissions consiste à utiliser ses pouvoirs d'annulation, de suspension ou de refus de renouvellement de la licence de la station fautive.

En se fondant sur les déclarations générales de la Loi sous le titre «*Politique de la radiodiffusion pour le Canada*» et, en particulier, sur les articles 3b) et 3g)(iv) (précités), l'avocat des requérants soutint vigoureusement qu'il était du devoir du Conseil de faire en sorte que les Canadiens possèdent et contrôlent effectivement le système de la radiodiffusion canadienne «de façon à sauvegarder, enrichir et raffermir la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada», et que le service national de radiodiffusion devrait «contribuer au développement de l'unité nationale et exprimer constamment la réalité canadienne». Même si l'on admettait que l'émission en question était si outrageante qu'elle constitue une violation de ces principes, il est évident que le but de ces articles n'est pas de s'appliquer à chaque émission en particulier, mais à l'ensemble de la politique de la radiodiffusion. L'article 3b), par exemple, se rapporte à la possession et au contrôle du système de la radiodiffusion canadienne par des Canadiens de façon à sauvegarder les principes qui y sont exposés, alors que l'article 3g)(iv), déclarant que le service national de radiodiffusion doit contribuer au développement de l'unité nationale et exprimer constamment la réalité canadienne, semble se rapporter au service dans son ensemble. Même l'article 16 de la Loi, qui traite des pouvoirs du Conseil en

tion (1)(b)(i) (*supra*) that the Commission may make regulations respecting standards of programmes and the allocation of broadcasting time, limits this to the purposes of giving effect to section 3(d), which is merely a section providing that the programming should be varied and comprehensive and provide reasonable balanced opportunities for the expression of differing views on matters of public concern and be of high standard, using predominantly Canadian creative and other resources. Here again it is apparently the general programming that is being referred to and not any individual programme and, in any event, as already stated, the only sanction provided would be the revocation, suspension or refusal to renew the licence if a programme did not comply with this regulation.

Turning now to section 19 of the Act with respect to which the decision of the Executive Committee, which by virtue of section 14(4) is equivalent to a decision by the Commission, was made, the section clearly sets forth that a public hearing shall be held if the Executive Committee is satisfied that it would be "in the public interest to hold such a hearing" in connection with a complaint by a person with respect to any matter within the powers of the Commission. The decision of the Executive Committee made on May 26, 1971 on the urging of counsel for the applicants, was to the effect that it would not be in the public interest to hold such a hearing. Applicants' counsel argued that since the Minute recording this decision referred only to his letter, it was made without an adequate examination of the subject-matter of the complaint and that in exercising its administrative authority under section 19, the Executive Committee was not acting in a judicial manner. I cannot agree with this argument. The members of the Executive Committee, one of whom was Mr. Juneau himself, had certainly participated in the lengthy discussions which had been going on for nearly a year and can be assumed to be aware of the contents of the study made which had led to the report in February, referred to in Mr. McKernin's letter of February 2, and it is not necessary nor usual to include in the Minutes recording a decision

ce qui concerne l'attribution des licences, bien qu'il expose dans le paragraphe (1)(b)(i) (précité), que le Conseil peut établir des règlements concernant les normes des émissions et l'attribution du temps d'émission, limite cette action afin de donner effet à l'article 3d), qui est simplement un article prévoyant que la programmation doit être variée et compréhensive, qu'elle doit fournir la possibilité raisonnable et équilibrée d'exprimer des vues différentes sur des sujets qui préoccupent le public et qu'elle doit être de haute qualité, et utiliser principalement des ressources canadiennes créatrices et autres. Ici encore, il est évident que c'est la programmation en général qui est en cause et non une émission particulière, et qu'en tout cas, comme on l'a déjà dit, la seule sanction prévue est l'annulation, la suspension ou le refus de renouvellement de la licence si une émission ne se conforme pas à ce règlement.

Envisageons maintenant l'article 19 de la Loi en vertu duquel le Comité de direction a pris sa décision qui, étant donné l'article 14(4), équivaut à une décision du Conseil; cet article expose clairement qu'il sera tenu une audition publique si le Comité de direction est convaincu qu'il serait «dans l'intérêt public de tenir une telle audition» au sujet de la plainte d'une personne relative à toute question entrant dans les pouvoirs du Conseil. Il résulte de la décision du Comité de direction, prise le 26 mai 1971 sur l'insistance de l'avocat des requérants, qu'il ne serait pas dans l'intérêt public de tenir une telle audition. L'avocat des requérants prétendit que, puisque le procès-verbal consignait cette décision mentionnait seulement sa lettre, celle-ci avait été prise sans un examen suffisant de l'objet de la plainte et qu'en exerçant ses pouvoirs administratifs conformément à l'article 19, le Comité de direction n'avait pas agi de manière judiciaire. Je ne peux pas admettre cette prétention. Les membres du Comité de direction dont M. Juneau fait partie, avaient certainement participé aux longues discussions qui s'étaient poursuivies pendant près d'une année; on peut supposer qu'ils étaient au courant de la teneur de l'étude qui avait abouti au rapport de février que M. McKernin mentionne dans sa lettre du 2 février, et il n'est pas nécessaire ni habituel de joindre aux procès-verbaux relatant une décision prise à une réunion les

reached at a meeting details of all the arguments and information received which led to this decision. Without expressing either approval or disapproval of this decision, since I have neither the authority to do so, nor all the information which was before the Committee, nor have I even seen the programme, I can nevertheless state that it is even difficult to see what could have been gained by a public hearing since there is no provision in the Act to the effect that, during such a hearing, the broadcast or re-broadcast of a programme shall be prohibited. While a public hearing would have enabled the applicants to make their side of the question known to the public, it would not apparently have accomplished their primary objective which was to prevent the offensive programme from being televised again, nor perhaps even their secondary objective of preventing further programmes of a similarly allegedly offensive nature from being produced. On the contrary, the controversy aroused would have made the public even more anxious to see the programme complained of and played right into the hands of the CTV who had every intention of televising it a second time. Many a book or play has owed its success to publicity resulting from the banning of or controversy surrounding same. Such an inquiry would have taken many months to complete and, meanwhile, the programme would have been broadcast again as, in fact, it was.

Section 3(c) of the Act, under the heading "*Broadcasting Policy for Canada*" sets forth:

3. It is hereby declared that

(c) all persons licensed to carry on broadcasting undertakings have a responsibility for programs they broadcast but the right to freedom of expression and the right of persons to receive programs, subject only to generally applicable statutes and regulations, is unquestioned;

This seems to impose a sort of self-censorship on the individual licensees which is, in practice, not very effective and does not prevent them from producing from time to time programmes which are in poor taste or offensive to a substantial number of viewers. So long as they do not infringe on laws relating to slander, libel or obscenity, they are apparently on safe ground

détails de toutes les discussions ni de tous les renseignements reçus qui ont déterminé cette décision. Sans approuver ni désapprouver cette décision, puisque je n'ai ni le pouvoir de le faire ni tous les renseignements que le Conseil avait en sa possession, et que je n'ai pas vu non plus l'émission, je peux néanmoins déclarer qu'il est tout de même difficile de voir ce qu'une audition publique aurait pu apporter, puisque la Loi ne contient aucune disposition prévoyant que, au cours d'une telle audition, on puisse interdire la diffusion d'une émission ou même sa reprise. Même si une audition publique avait permis aux requérants de faire connaître au public leur point de vue sur la question, cela n'aurait apparemment pas atteint leur objectif principal, qui était d'empêcher que l'émission outrageante soit à nouveau télévisée, ni peut-être même leur objectif secondaire, qui était d'empêcher la production d'autres émissions d'une nature semblable, prétendument outrageante. Au contraire, la controverse soulevée aurait rendu le public encore plus désireux de voir l'émission incriminée et joué le jeu du CTV qui avait la ferme intention de la téléviser une seconde fois. De nombreux livres ou pièces de théâtre ont dû leur succès à la publicité qui a suivi leur interdiction ou à la controverse qui les a entourés. Il aurait fallu plusieurs mois pour achever une enquête de ce genre et, pendant ce temps, l'émission aurait été diffusée à nouveau comme, en fait, ce fut le cas.

L'article 3c) de la Loi, sous le titre «*Politique de la radiodiffusion pour le Canada*», est rédigé ainsi:

3. Il est, par les présentes, déclaré

c) que toutes les personnes autorisées à faire exploiter des entreprises de radiodiffusion sont responsables des émissions qu'elles diffusent, mais que le droit à la liberté d'expression et le droit des personnes de capter les émissions, sous la seule réserve des lois et règlements généralement applicables, est incontesté;

Ceci semble imposer une sorte d'auto-censure aux particuliers détenteurs de licences, ce qui, en pratique, n'est pas très efficace et ne les empêche pas de produire, à l'occasion, des émissions de mauvais goût ou qui offensent un nombre important de spectateurs. Tant qu'ils ne violent pas les lois relatives à la diffamation, à la calomnie ou à l'obscénité, ils ne risquent

as there is nothing in the Act which gives the CRTC the right to act as censor of the contents of any individual programme. It is apparent in the manner in which the Commission handled this complaint that it does not intend to act as such. The revocation, suspension or failure to renew a licence is such a serious matter that it is not a course the Commission is likely to adopt save for grave and repeated offences, and it would appear that it is reluctant to use this power as a threat to compel the individual licensees or, in the present case, a broadcasting chain, to alter or withhold a programme with respect to which complaints have been received. The most it was prepared to do in the present case was to attempt to bring the parties together in the hope that they, themselves, might find a satisfactory solution to their controversy. I therefore find that under the existing law the decision of the Executive Committee that it would not be in the public interest to hold a public hearing was an administrative one which it was entitled to make. It is not for the Court to comment on whether or not the CRTC should be given more powers of control over the subject-matter of programmes broadcast or televised by its licensees as this is a decision which Parliament alone can make but, at present, it is evident that the powers given to it in this field are very limited and ineffective.

In paragraph (a) of their notice of motion, applicants ask for an order by way of *mandamus* calling on the Executive Committee of the CRTC to decide, declare or state whether they are satisfied that it would be in the public interest to hold a public hearing into the complaint filed by the applicants. Apparently, at the time this motion was drawn applicants were not aware that the Executive Committee had already reached this decision at a meeting on May 26. Up until that date the Executive Committee had not made any decision under section 19(2)(c), which is the section in question, allegedly because it had not specifically been asked to do so. Had it refused to apply this section and made a decision as to whether or not in its view it would be in the public interest to hold a hearing in connection with the com-

apparemment rien puisque rien dans la Loi n'accorde au CRTC le droit d'agir en qualité de censeur de la teneur d'une émission en particulier. Il ressort de la manière dont le Conseil a traité cette plainte qu'il n'a pas l'intention d'agir à ce titre. L'annulation, la suspension ou le refus de renouvellement d'une licence est une question tellement grave que ce n'est pas un moyen de pression que le Conseil adopterait volontiers, sauf dans le cas d'infractions graves et répétées, et il semble qu'il hésite à utiliser la menace de ce pouvoir pour obliger des particuliers détenteurs de licences ou, dans le cas présent, un réseau de télédiffusion, à modifier ou à retirer une émission au sujet de laquelle il a reçu des plaintes. En l'espèce, il était prêt au mieux à essayer de réunir les parties dans l'espoir qu'elles pourraient trouver elles-mêmes une solution satisfaisante à leur différend. En conséquence, j'estime qu'en vertu de la Loi en vigueur, la décision du Comité de direction, selon laquelle il n'était pas de l'intérêt public de tenir une audition publique, est une décision administrative qu'il était fondé à prendre. Ce n'est pas à la Cour de faire des observations sur le point de savoir si l'on devrait donner au CRTC plus de pouvoirs en matière de contrôle des émissions radiodiffusées ou télévisées par ses détenteurs de licence, car c'est une décision que seul le Parlement peut prendre. Toutefois, il est évident que les pouvoirs qu'il détient actuellement dans ce domaine sont très limités et inefficaces.

A l'alinéa a) de leur avis de requête, les requérants demandent une ordonnance par voie de *mandamus* faisant appel au Comité de direction du CRTC pour qu'il juge, déclare ou décide s'il était convaincu qu'il serait de l'intérêt public de tenir une audition publique au sujet de la plainte déposée par les requérants. Apparemment, au moment de la rédaction de cette requête, les requérants ne savaient pas que le Comité de direction avait déjà pris cette décision lors de sa réunion du 26 mai. Jusqu'à cette date, le Comité de direction n'avait pris aucune décision en vertu de l'article 19(2)c), qui est l'article en question, parce que, prétendait-il, on ne lui avait pas spécifiquement demandé de le faire. S'il avait refusé d'appliquer cet article et de rendre une décision sur le point de savoir si, à son avis, il serait de l'intérêt public de tenir

plaint, it might well have been in order for applicants to seek a *mandamus* and compel it to make such a decision. However, as this decision had already been made by the time the motion was filed, no order can be made for the relief requested in the said paragraph (a).

Had the Commission decided to hold a public hearing and had then conducted same in a non-judicial manner or refused the right to applicants to have their witnesses heard at such a public hearing or had otherwise impeded the presentation of their case there might then possibly have been ground for the issuance of a writ of *certiorari*, but since the decision of the Executive Committee was merely to the effect that it would not be in the public interest to hold a public hearing, I am not of the opinion that it was necessary for the Executive Committee to conduct some sort of a hearing before reaching this decision. The Executive Committee, as I have already indicated, can be presumed to have had all pertinent information before it, even though same is not specifically referred to in the Minute recording its decision, and in reaching a conclusion as to whether or not it would be in the public interest to hold a public hearing it was certainly not necessary for it to go into all the evidence which would be presented if such a public hearing were held or attempt to determine whether the complaint was justified or not. This was an administrative decision and the right to make it has been conferred by Parliament on the Executive Committee of the CRTC. There is nothing to indicate that it was ever intended that it could or should be reviewed by the Court, nor does the law relating to prerogative writs permit judicial review of a decision of this nature.

The same reasoning applies to the second prayer in paragraph (b) of the motion asking for a *mandamus* directing the CRTC to hold and conduct a public inquiry into the complaint. It was not, in my view, ever intended that the Court should substitute its discretion for that of the Executive Committee, and much less that the Court should be drawn into acting as a censor of the programme itself and be required

une audition au sujet de la plainte, les requérants auraient valablement pu chercher à obtenir un *mandamus* pour l'obliger à prendre une telle décision. Toutefois, comme cette décision avait déjà été prise au moment où la requête fut déposée, on ne peut rendre aucune ordonnance visant la réparation demandée dans ledit alinéa a).

Si le Conseil avait décidé de tenir une audition publique et s'il avait alors tenue de manière non judiciaire, ou s'il avait refusé aux requérants le droit de faire entendre leurs témoins à une telle audition publique, ou avait autrement fait obstacle à l'exposé de leur affaire, il y aurait alors eu vraisemblablement un motif valable de décerner un bref de *certiorari*, mais comme la décision du Comité de direction portait simplement qu'il ne serait pas de l'intérêt public de tenir une audition publique, il n'était pas nécessaire à mon avis que le Comité de direction tienne une quelconque audition avant de prendre cette décision. Comme je l'ai déjà indiqué, on peut présumer que le Comité de direction a eu connaissance de tous les renseignements appropriés, même s'il ne les a pas spécialement mentionnés dans le procès-verbal consignnant sa décision, et en concluant sur le point de savoir s'il serait de l'intérêt public de tenir une audition publique, il ne lui était certainement pas nécessaire d'examiner toute la preuve qui aurait été présentée si une telle audition publique s'était tenue ou s'il avait essayé de juger si la plainte était justifiée. Il s'agissait d'une décision administrative que le Comité de direction du CRTC pouvait prendre grâce au pouvoir que lui a conféré le Parlement. Rien n'indique qu'on n'ait jamais voulu que la Cour puisse ou doive l'examiner, et le droit relatif aux brefs de prérogative ne permet pas davantage la révision judiciaire d'une décision de cette nature.

On peut appliquer le même raisonnement à la deuxième demande de l'alinéa b) de la requête, visant à obtenir un *mandamus* pour obliger le CRTC à tenir et à mener une enquête publique au sujet de la plainte. A mon avis, on n'a jamais eu l'intention que la Cour puisse substituer son pouvoir discrétionnaire à celui du Comité de direction, et encore moins qu'elle puisse être amenée à censurer l'émission même et à exami-

in any way to go into the merits of the complaint with a view to determining whether in its view a public inquiry into it is in the public interest or not.

I find support for this view in the judgment of Thorson P. in *Pure Spring Co. v. M.N.R.* [1946] Ex.C.R. 471, which dealt with the discretionary powers of the Minister of National Revenue under what was then section 6(2) of the *Income War Tax Act* to determine what is reasonable or normal expense of the business carried on by the taxpayer and what is in excess thereof. Although more recent jurisprudence, and in fact the prior Supreme Court case of *Wrights' Canadian Ropes Ltd. v. M.N.R.* [1946] S.C.R. 139, which Thorson P. discusses at length in his judgment, would extend the right of the Court to review the exercise of Ministerial discretion much further than he does, I nevertheless believe that the statement he makes in his judgment at page 503 when he says:

... the Minister's discretionary determination depends, not on an issue of fact, but on his opinion in a matter of administration and definition of a difficult public policy for which Parliament holds him responsible; it has not sought the opinion of the Court or its aid in the administration or definition of such policy; with such matters the Court is not concerned and ought not to interfere; its duties are solely judicial. The Court is concerned only with the question whether the Minister has actually exercised the discretion that Parliament has vested in him.

is still valid and applies in the present case. Under the present Act the decision under section 19(2)(c) on a complaint as to whether a public hearing on the complaint would be in the public interest seems to be a matter entirely within the discretion of the Executive Committee of the CRTC.

Reference was made by applicants' counsel to the judgment of Noël J., as he then was in *Gamache v. Jones et al.* [1968] 1 Ex.C.R. 345, which, *inter alia*, dealt with the application of the *Canadian Bill of Rights*, section 2(e) of which reads as follows:

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so

ner le fond de la plainte dans le but de décider si, à son avis, une enquête publique à ce sujet est de l'intérêt public.

A l'appui de ce point de vue, je citerai le jugement du président Thorson dans l'affaire *Pure Spring Co. c. M.R.N.* [1946] R.C.É. 471, qui traitait des pouvoirs discrétionnaires que tenait le ministre du Revenu national de ce qui était alors l'article 6(2) de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu* pour établir quelles sont les dépenses raisonnables ou normales de l'entreprise exploitée par un contribuable et quel montant dépasse ce niveau. Même si une jurisprudence plus récente et, en fait, un arrêt antérieur de la Cour suprême dans l'affaire *Wrights' Canadian Ropes Ltd. c. M.R.N.* [1946] R.C.S. 139, que le président Thorson étudie longuement dans son jugement, tendait à étendre le droit de la Cour d'examiner l'exercice des pouvoirs discrétionnaires du Ministre beaucoup plus que le président Thorson ne le fait, j'estime néanmoins que la déclaration qu'il fait dans son jugement à la page 503, lorsqu'il dit:

[TRADUCTION] . . . la décision discrétionnaire du Ministre ne dépend pas d'une question de fait, mais de son opinion sur un point d'administration et de la définition d'une délicate politique d'intérêt public dont le Parlement le tient responsable; il n'a pas recherché l'opinion de la Cour ni son aide dans l'administration ou la définition de cette politique; la Cour n'a pas à s'occuper de ces questions et ne doit pas intervenir; ses tâches relèvent uniquement du domaine judiciaire. La Cour doit seulement se préoccuper de la question de savoir si le Ministre a réellement exercé le pouvoir discrétionnaire dont le Parlement l'a investi.

est toujours valable et s'applique en l'espèce présente. Aux termes de la Loi actuelle, la décision prise en vertu de l'article 19(2)c) au sujet d'une plainte, sur le point de savoir si une audition publique serait de l'intérêt public, semble être une question entièrement laissée à la discrétion du Comité de direction du CRTC.

L'avocat des requérants cita aussi le jugement du juge Noël, alors juge à la Cour de l'Échiquier, dans l'affaire *Gamache c. Jones et al.* [1968] R.C.É. 345, qui traitait notamment de l'application de l'article 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, qui est ainsi rédigé:

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'in-

construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

(e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations;

to the case where an administrative decision involved the downgrading and reclassifying of a pilot without giving him a hearing. It was held that although the decision to demote the plaintiff was an administrative one, it entailed a duty to observe the principles of natural justice. This case can readily be distinguished, however. As indicated previously we are not dealing here with a hearing which took place at which the applicants were not allowed to be heard but merely with a decision not to hold a public hearing, and I do not consider it was necessary for the applicants to be heard before the Executive Committee reached such an administrative decision, especially in view of the material which it undoubtedly had before it or of which the members were aware at the time the decision that a public hearing would not be in the public interest was reached. If the *Bill of Rights* were to be given the broad interpretation contended for by applicants it would mean that every time an administrative decision was made, even if it were on a routine matter or question of procedure, if the person who felt himself aggrieved by this decision had not been heard before it was made, the Courts could be asked to intervene to overrule the decision. The nature of a decision or order on which the Courts might properly intervene was touched on slightly by Jackett C.J. in his judgment of June 21, 1971 in these same proceedings. Although he was dealing with the subject in a different context, namely the nature of the decision or order which might be subject to review by the Court of Appeal under section 28(1) of the Act, his comments are nevertheless still pertinent.

Applicants' motion must therefore be dismissed, but in view of the fact that they may

interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;

à un cas dans lequel une décision administrative comportait la déchéance et le reclassement d'un pilote sans qu'on lui ait accordé d'audition. Il fut jugé que, bien que la décision de démettre le demandeur fût de nature administrative, elle comportait l'obligation d'observer les principes de la justice naturelle. L'espèce présente peut néanmoins être facilement distinguée de ce cas. Comme nous l'avons indiqué précédemment, nous ne traitons pas ici d'une audition qui a eu lieu sans que les requérants aient eu le droit de se faire entendre, mais seulement d'une décision de ne pas tenir d'audition publique; j'estime qu'il n'était pas nécessaire que le Comité de direction, pour prendre une telle décision administrative, entende d'abord les requérants, étant donné en particulier la documentation que, sans aucun doute, il avait à sa disposition ou dont les membres avaient eu connaissance au moment de la décision portant qu'une audition publique ne serait pas de l'intérêt public. Si l'on donnait à la *Déclaration des droits* une interprétation aussi large que celle que soutiennent les requérants, il s'ensuivrait qu'à chaque décision administrative, même s'il ne s'agissait que d'une question de routine ou de procédure, si la personne qui estime qu'une telle décision la lèse n'avait pas été entendue avant qu'elle soit prise, elle pourrait demander aux tribunaux d'intervenir pour annuler la décision. Dans son jugement du 21 juin 1971 ayant trait à la même affaire, le juge en chef Jackett effleura le problème de la nature d'une décision ou ordonnance au sujet de laquelle les tribunaux pourraient intervenir à bon droit. Bien qu'il ait traité de la question dans un contexte différent, à savoir la nature de la décision ou ordonnance que la Cour d'appel, en vertu de l'article 28(1) de la Loi, pourrait examiner, ses observations sont néanmoins tout à fait pertinentes.

En conséquence, il convient de rejeter la requête des requérants, mais étant donné le fait

well have a legitimate grievance (although I am not so deciding) for which the law as presently constituted appears to provide no adequate redress, I will exercise the discretion vested in me with respect to the costs of these proceedings, and dismiss applicants' motion without costs.

¹ Actually, the judgment of the Executive Committee of the CRTC was made on May 26, 1971, but only conveyed to applicants by telegram dated May 28, 1971.

² Rule 1100(1) & (2) reads as follows:

RULE 1100. (1) An application to quash proceedings under section 52(a) of the Act may be made at any time, but failure to move promptly may, in the discretion of the Court, be ground for a special order as to costs of the motion and of the proceedings.

(2) The Court of Appeal may of its own motion make an order under section 52(a) quashing proceedings after giving the appellant and any other interested party an opportunity to be heard.

qu'il peuvent bien avoir un grief légitime (bien que je n'en décide pas ainsi) pour lequel la Loi n'a actuellement prévu aucune réparation adéquate, j'exercerai la discrétion qui m'est conférée pour ce qui est des dépens de cette instance en rejetant la requête sans dépens.

¹ En fait, le jugement du Comité de direction du CRTC fut rendu le 26 mai 1971 et transmis aux requérants le 28 mai 1971 seulement, par télégramme.

² La règle 1100(1) & (2) est rédigée ainsi:

Règle 1100. (1) Une demande prévue par l'article 52a) de la Loi et visant à mettre fin à des procédures peut être faite à tout moment, mais l'omission de présenter la requête promptement peut, à la discrétion de la Cour, donner lieu à une ordonnance spéciale quant aux dépens afférents à la requête et aux procédures.

(2) La Cour d'appel pourra, de sa propre initiative, rendre en vertu de l'article 52a) une ordonnance mettant fin aux procédures, après avoir donné à l'appelant et à toute autre partie intéressée la possibilité de se faire entendre.

Georges Blaha (*Appellant*)

v.

Minister of Citizenship & Immigration (*amicus curiae*)

Citizenship Appeal Court, Pratte J.—Quebec, November 22; Ottawa, December 9, 1971.

Citizenship—“Residence”, meaning—Applicant a student at U.S. university—Canadian Citizenship Act, R.S.C. 1970, c. C-19, s. 10(1)(b) and (c).

Appellant, a Czech refugee, entered Canada illegally in July 1963 and became a “landed” immigrant on October 29, 1965. He lived in Canada while attending Laval University until October 13, 1966, when he became a student at Ohio State University, returning to Canada only during the summer months until after his graduation in March 1971, when he returned to Canada permanently. On August 20, 1970, he applied for Canadian citizenship.

Held, affirming the Citizenship Court, his application must be refused. He had not met the residence requirements of s. 10(1)(b) and (c) of the *Canadian Citizenship Act*. The word “residence” as used therein requires physical presence (at least usually) on Canadian territory.

APPEAL from Citizenship Court.

Robert Lesage for appellant.

Claude Ruelland, amicus curiae.

PRATTE J.—Appellant applied for Canadian citizenship. In order that his application be granted he had, under s. 10(1) of the *Canadian Citizenship Act* (R.S.C. 1952, c. 33, as amended, now R.S.C. 1970, c. C-19), to establish to the Court’s satisfaction that he had resided in Canada for the time required by law. On May 25, 1971, the Court gave a decision on this point that was unfavourable to appellant. This is the decision which appellant is now challenging.

Appellant is a Czech refugee who entered Canada illegally on July 7, 1963. His position was regularized on October 29, 1965, the date of his “landing” as an immigrant. A few days later, on November 5, 1965, he filed with the Registry of the Court in Quebec a statement of his intention to become a Canadian citizen, and

Georges Blaha (*Appellant*)

c.

Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration (*amicus curiae*)

Cour d’appel de la citoyenneté, le juge Pratte—Québec, le 22 novembre; Ottawa, le 9 décembre 1971.

Citoyenneté—«Résidence», signification—Le requérant était étudiant dans une Université américaine—Loi sur la citoyenneté canadienne, S.R.C. 1970, c. C-19, art. 10(1)(b) et c).

L’appellant est un réfugié tchèque. Entré illégalement au Canada le 7 juillet 1963, il est devenu immigrant «reçu» le 29 octobre 1965. Il a vécu au Canada en suivant des cours à l’Université Laval jusqu’au 13 octobre 1966, date à laquelle il partit étudier à l’Ohio State University. Jusqu’à l’obtention de son diplôme, en mars 1971, il n’est rentré au Canada que pendant les mois d’été, mais il y réside depuis lors de manière permanente. Le 20 août 1970, il demandait la citoyenneté canadienne.

Arrêt: confirmation de la décision du tribunal de la citoyenneté rejetant sa demande. Il n’a pas satisfait aux exigences de résidence de l’art. 10(1)(b) et c) de la *Loi sur la citoyenneté canadienne*. Le mot «résidence», utilisé en l’espèce, exige la présence physique (d’une façon au moins habituelle) sur le territoire canadien.

APPEL d’une décision du tribunal de la citoyenneté.

Robert Lesage pour l’appellant.

Claude Ruelland, amicus curiae.

LE JUGE PRATTE—L’appellant a demandé qu’on lui octroie la citoyenneté canadienne. Sa demande ne pouvait être accueillie, suivant le paragraphe (1) de l’art. 10 de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* (S.R.C. 1952, c. 33, tel qu’amendé, maintenant S.R.C. 1970, c. C-19), que s’il établissait à la satisfaction du tribunal avoir résidé au Canada pendant le temps exigé par la loi. Le 25 mai 1971, le tribunal rendait, sur ce point, une décision défavorable à l’appellant. C’est cette décision que l’appellant attaque aujourd’hui.

L’appellant est un réfugié tchèque qui est entré illégalement au Canada le 7 juillet 1963. Sa situation était régularisée le 29 octobre 1965, date de sa «réception» comme immigrant. Quelques jours plus tard, le 5 novembre 1965, il produisait au greffe du tribunal à Québec une déclaration de son intention de devenir citoyen

finally, on August 20, 1970, he applied for Canadian citizenship.

Appellant remained in Canada from July 7, 1963 to October 13, 1966. In September 1963, he was registered as a full-time student in the Faculty of Forestry and Geodesy at Laval University, and received his B.A. in Geodesic Science in June 1965. He registered in the graduate school of Laval University immediately afterwards, and was awarded the degree of Master of Science (Photographic Surveying) on June 8, 1968. In 1966 appellant, who had earned a National Research Council scholarship, decided on the advice of his professors to go immediately to the United States to continue his higher education, on the understanding that he would complete his work for the Master's degree in his summer holidays. He accordingly left Quebec on October 13, 1966, to study at Ohio State University which, in March 1971, conferred on him the doctorate he desired. Appellant returned to Canada permanently on March 23, 1971. While he was studying in the United States he returned annually to Canada. He worked at Laval University in Quebec in 1967, from the beginning of June to the end of September; and in each of the following years he returned to spend at least two months in Canada, living with his brother in Montreal most of the time.

It is established that appellant never intended to leave Canada for good; though he went to the United States, this was only for a time, in order to do further study in an area which was then practically unexplored here. He at all times thought he was maintaining his domicile in the Province of Quebec. Throughout this period he had a bank account in Quebec, held a driver's permit issued by the Department of Transport of the Province of Quebec, and every time he had to give his permanent address while he was in the United States he stated either Laval University or that of his brother in Montreal, with whom, moreover, he had left some personal effects. We may add that his sincerity cannot be questioned when he says that he would not have left Canada for the United States had he known that his time abroad would result in postponing the date when he would be able to acquire Canadian citizenship.

canadien et, enfin, le 20 août 1970, il demandait la citoyenneté canadienne.

L'appellant est demeuré au Canada du 7 juillet 1963 jusqu'au 13 octobre 1966. Dès le mois de septembre 1963, il était inscrit comme étudiant régulier à la faculté de foresterie et de géodésie de l'Université Laval et il a obtenu, au mois de juin 1965, son Baccalauréat en sciences géodésiques. Aussitôt après, il s'inscrivit à l'école des gradués de la même université qui devait lui décerner, le 8 juin 1968, le grade de maître ès sciences (photogrammétrie). En 1966, suivant les conseils de ses professeurs, l'appellant, qui s'était mérité une bourse d'études du Conseil national des recherches, décida d'aller immédiatement poursuivre des études supérieures aux États-Unis, étant entendu qu'il terminerait pendant ses vacances d'été ses études de maîtrise. C'est ainsi que, le 13 octobre 1966, il quitta Québec pour aller étudier à l'Ohio State University qui lui conféra, au mois de mars 1971, le doctorat qu'il convoitait. L'appellant est rentré définitivement au Canada le 23 mars 1971. Pendant son séjour d'études aux États-Unis, il est revenu chaque année au Canada. En 1967, il a travaillé à l'Université Laval, à Québec, du début de juin à la fin de septembre; pendant chacune des années qui suivirent il revint passer au moins deux mois au Canada, habitant la plupart du temps chez son frère, à Montréal.

Il est indiscutable que l'appellant n'a jamais voulu quitter définitivement le Canada; s'il est allé aux États-Unis, c'est dans le seul but d'y poursuivre, pendant un temps, des études avancées dans un domaine qui, à ce moment, était à peu près inexploré ici. Il a toujours considéré qu'il conservait son domicile dans la province de Québec. Ainsi, il a toujours eu un compte de banque à Québec; il a toujours détenu un permis de conduire émis par les autorités de la province de Québec et, pendant qu'il était aux États-Unis, chaque fois qu'il devait fournir son adresse permanente il indiquait ou bien celle de l'Université Laval ou bien celle de son frère, à Montréal, chez qui, d'ailleurs, il avait laissé des effets personnels. Ajoutons qu'on ne peut mettre en doute sa sincérité lorsqu'il affirme qu'il n'aurait pas quitté le Canada pour les États-Unis s'il avait su que ce séjour à l'étranger aurait pour conséquence de retarder le

Paragraph (1)(b) and subparagraph (1)(c)(i) of section 10 of the *Canadian Citizenship Act* read as follows:

10. (1) The Minister may, in his discretion, grant a certificate of citizenship to any person who is not a Canadian citizen and who makes application for that purpose and satisfies the Court that

...
(b) he has resided in Canada for at least twelve of the eighteen months immediately preceding the date of his application;

(c) the applicant has

(i) been lawfully admitted to Canada for permanent residence and has, since such admission, resided in Canada for at least five of the eight years immediately preceding the date of application, but for the purpose of this subparagraph, each full year of residence in Canada by the applicant prior to his lawful admission to Canada for permanent residence is deemed to be one half-year of residence in Canada within the eight-year period referred to in this subparagraph.

The only problem raised by this appeal is whether, in respect of the facts I have stated, the Court was right in deciding that appellant's application could not be granted because he had not resided in Canada for twelve of the eighteen months, and at least five of the eight years, immediately preceding the date of his application, as required by the aforementioned legislative provisions.

Appellant's counsel, whose views on this point were concurred in by the counsel appointed to act as *amicus curiae* in the matter, alleged first that the Court had erred in deciding that appellant had not maintained his residence in Canada during the time he spent studying in the United States. He then submitted that the Court had erred in assuming that, in order to acquire citizenship, appellant had to meet the requirements of the Act as it stood in 1970, and still stands at the present time; in his opinion it was sufficient for appellant to show that he had satisfied the requirements of s. 10 as it stood before July 7, 1967. Finally, counsel for the appellant contended that the Court had erred in failing to take into consideration the fact that, under s. 10(8)(b) of the current Act, appellant did not have to meet the requirements of subparagraph (1)(c)(i) of this same section.

moment où il pourrait obtenir la citoyenneté canadienne.

L'alinéa (1)(b) et le sous-alinéa (1)(c)(i) de l'article 10 de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* se lisent comme suit:

10. (1) Le Ministre peut, à sa discrétion, accorder un certificat de citoyenneté à toute personne qui n'est pas un citoyen canadien, qui en fait la demande et démontre à la satisfaction du tribunal

...
b) qu'elle a résidé au Canada pendant au moins douze des dix-huit mois qui précèdent immédiatement la date de sa demande;

c) que le demandeur ou la demanderesse

(i) a été licitement admis au Canada pour y résider en permanence et a, depuis cette admission, résidé au Canada pendant au moins cinq des huit années qui précèdent immédiatement la date de sa demande; toutefois, aux fins du présent sous-alinéa, chaque année entière passée au Canada par l'auteur de la demande avant son admission licite au Canada pour y résider en permanence est censée être une demi-année de résidence au Canada comprise dans la période de huit ans visée au présent sous-alinéa.

Le seul problème que soulève cet appel est celui de savoir, eu égard aux faits que j'ai relatés, si le tribunal a eu raison de décider que la demande de l'appelant ne pouvait être accueillie parce qu'il n'avait pas, comme l'exige les dispositions législatives précitées, résidé au Canada pendant douze des dix-huit mois et pendant au moins cinq des huit années précédant immédiatement la date de sa demande.

L'avocat de l'appelant, dont les vues sur ce point étaient partagées par l'avocat nommé pour agir comme *amicus curiae* en cette affaire, a d'abord soutenu que le tribunal avait erré en décidant que l'appelant n'avait pas conservé sa résidence au Canada pendant la durée de son séjour d'études aux États-Unis. Il a ensuite soumis que le tribunal aurait fait erreur en prenant pour acquis que l'appelant devait, pour obtenir la citoyenneté, satisfaire aux exigences de la loi telle qu'elle se lisait en 1970 et telle qu'elle se lit encore aujourd'hui; suivant lui il suffisait que l'appelant établisse qu'il satisfaisait aux exigences de l'art. 10 tel qu'il se lisait avant le 7 juillet 1967. Enfin, l'avocat de l'appelant a plaidé que le tribunal se serait trompé en ne prenant pas en considération le fait que l'appelant, suivant l'al. (8)(b) de l'article 10 de la loi

I shall deal with each of these submissions in the order that I have just employed.

The Court held that appellant had not resided in Canada during the period, from 1966 to 1970, when he was in the United States. Clearly this decision can only be reversed if appellant, as contended by his counsel and the *amicus curiae*, maintained his residence in Canada during the time that he was in the United States.

The *Canadian Citizenship Act* does not define the terms "reside" or "residence". It may be noted, however, that it defines the expression "place of domicile" in the following manner:

2. "place of domicile" means the place in which a person has his home or in which he resides or to which he returns as his place of permanent abode and does not mean a place in which he stays for a mere special or temporary purpose;

As the Act does not define the words "reside" and "residence", we must arrive at their meaning by reference to the ordinary connotation, with the single obvious qualification that they cannot be given a meaning which is identical to that given by Parliament to the expression "place of domicile".

These two words, "reside" and "residence", do not have a definite meaning in law; their meaning varies with the context in which they are used. Since I am to decide the meaning of these terms in the *Canadian Citizenship Act*, I am unable, therefore, to rely on decisions in which the courts have had to specify the meaning of those same words in other statutes, such as a tax statute (*Thomson v. M.N.R.* [1946] S.C.R. 209), an electoral statute (*Re An Election in St. John's South, Newfoundland* (1960) 22 D.L.R. (2d) 288), or a procedural statute (*Ethier v. Nault* [1952] Que. Q.B. 216).

In my opinion a person is resident in Canada within the meaning of the *Canadian Citizenship Act* only if he is physically present (at least usually) on Canadian territory. I feel that this interpretation is in keeping with the spirit of the Act, which seems to require of the foreigner wishing to acquire Canadian citizenship, not

actuelle n'avait pas à satisfaire aux exigences du sous-alinéa (1)c(i) du même article.

J'entends discuter de chacun de ces moyens dans l'ordre où je viens de les énoncer.

Le tribunal a décidé que l'appellant n'avait pas résidé au Canada pendant le temps où, de 1966 à 1970, il s'était trouvé aux États-Unis. Il est clair que cette décision ne doit être infirmée que si l'appellant, comme l'ont soutenu son avocat et l'*amicus curiae*, a conservé sa résidence au Canada pendant le temps où il se trouvait aux États-Unis.

La *Loi sur la citoyenneté canadienne* ne définit pas les termes «résider» ou «résidence». On peut cependant noter qu'elle définit l'expression «lieu de domicile» de la façon suivante:

2. «lieu de domicile» signifie l'endroit où une personne a son logis, ou dans lequel elle réside, ou auquel elle retourne comme à sa demeure permanente, et ne signifie pas un endroit où elle séjourne pour une fin spéciale ou temporaire seulement;

Les mots «résider» et «résidence» n'étant pas définis par la loi il faut, pour en préciser le sens, se référer à leur signification ordinaire sous cette seule réserve qu'il semble évident qu'on ne peut leur donner un sens qui soit identique à celui que le législateur a donné à l'expression «lieu de domicile».

Or ces deux mots, «résider» et «résidence», n'ont pas, en droit de signification précise; leur sens varie suivant le contexte où ils sont employés. Ayant à déterminer le sens de ces termes dans la *Loi sur la citoyenneté canadienne*, je ne peux donc me référer aux décisions où les tribunaux ont eu à préciser la signification de ces mêmes mots dans d'autres lois, comme une loi fiscale (*Thomson c. M.R.N.* [1946] R.C.S. 209), une loi électorale (*Re An Election in St. John's South, Newfoundland* (1960) 22 D.L.R. (2d) 288), ou une loi de procédure (*Éthier v. Nault* [1952] B.R. 216).

A mon avis, une personne ne réside au Canada, au sens de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* que si elle se trouve physiquement présente (d'une façon au moins habituelle) sur le territoire canadien. Cette interprétation me semble conforme à l'esprit de la loi qui me paraît exiger de l'étranger qui veut acquérir la

only that he possess certain civic and moral qualifications, and intends to reside in Canada on a permanent basis, but also that he has actually lived in Canada for an appreciable time. Parliament wishes by this means to ensure that Canadian citizenship is granted only to persons who have shown they are capable of becoming a part of our society.

Further, this interpretation is confirmed by the comparison which can be made between the English and French versions of subparagraph (1)(c)(i) of section 10. The expression "each full year of residence in Canada", which appears in the English text of this subparagraph, has been translated in the French text by the words "chaque année entière passée au Canada".

If this limited meaning is to be given to the word "reside", as I think it has to be, the Court was clearly right in holding that appellant did not reside in Canada for five of the eight years or for twelve of the eighteen months immediately preceding the date of his application.

However, it must now be considered whether, as the Court assumed, appellant, in order to be entitled to citizenship, was obliged to meet the requirements of paragraph (1)(b) and subparagraph (1)(c)(i) of section 10 as these provisions have stood since 1967. Counsel for the appellant has indeed contended that his client, who arrived in Canada in 1963, became a "landed" immigrant on October 29, 1965, and filed a statement on November 5, 1965, of his intention to become a Canadian citizen, was entitled to acquire Canadian citizenship as soon as he satisfied the requirements of the statute as it stood at that time. At that period, and up to July 7, 1967, the French text of paragraph (1)(b) and subparagraph (1)(c)(i) of section 10 read as follows:

10. (1) Le Ministre peut, à sa discrétion, accorder un certificat de citoyenneté à toute personne qui n'est pas un citoyen canadien, qui en fait la demande et démontre à la satisfaction du tribunal,

- ...
- b) qu'elle a résidé au Canada durant une période d'au moins une année précédant la date de sa demande;
 - c) que le demandeur ou la demanderesse
 - (i) a acquis un domicile canadien;

citoyenneté canadienne, non seulement qu'il possède certaines qualités civiques et morales et désire se fixer au Canada de façon permanente, mais aussi qu'il ait effectivement vécu au Canada pendant assez longtemps. Ainsi, le législateur veut-il s'assurer que la citoyenneté canadienne ne soit accordée qu'à ceux-là qui ont démontré leur aptitude à s'intégrer dans notre société.

Cette interprétation, d'ailleurs, est confirmée par la comparaison que l'on peut faire des versions anglaise et française du sous-alinéa (1)c)(i) de l'article 10. L'expression «each full year of residence in Canada» qui apparaît dans le texte anglais de ce sous-alinéa a été traduite, dans le texte français par les mots «chaque année entière passée au Canada».

Si, comme je le pense, il faut donner ce sens restreint au mot «résider», il est évident que le tribunal a eu raison de décider que l'appellant n'a résidé au Canada ni pendant cinq des huit années, ni pendant douze des dix-huit mois, ayant précédé immédiatement la date de sa demande.

Mais, il faut maintenant se demander si, comme le tribunal l'a pris pour acquis, l'appellant devait, pour avoir droit à la citoyenneté, satisfaire aux exigences de l'alinéa (1)b) et du sous-alinéa (1)c)(i) de l'article 10 tel que ces textes se lisent depuis 1967. Le procureur de l'appellant a en effet soutenu que son client, qui est arrivé au Canada en 1963, qui a été «reçu» comme immigrant le 29 octobre 1965 et qui a déposé le 5 novembre 1965 une déclaration de son intention de devenir citoyen canadien, avait le droit d'obtenir la citoyenneté canadienne dès lors qu'il satisfaisait aux exigences de la loi telle qu'elle était alors. Or, à cette époque, et cela jusqu'au 7 juillet 1967, le texte français de l'alinéa (1)b) et du sous-alinéa (1)c)(i) de l'article 10 se lisaient comme suit:

10. (1) Le Ministre peut, à sa discrétion, accorder un certificat de citoyenneté à toute personne qui n'est pas un citoyen canadien, qui en fait la demande et démontre à la satisfaction du tribunal,

- ...
- b) qu'elle a résidé au Canada durant une période d'au moins une année précédant la date de sa demande;
 - c) que le demandeur ou la demanderesse
 - (i) a acquis un domicile canadien;

According to his counsel's argument appellant, before s. 10 of the *Canadian Citizenship Act* was amended on July 7, 1967, was entitled to become a Canadian citizen as soon as he met the requirements of the law applicable at the time. Appealing to the principle by which a statute is not to be interpreted so as to give it retroactive effect, counsel for the appellant asserted that the amendments made to the wording of s. 10 on July 7, 1967 could not affect the rights of his client, who would thus continue to be able to acquire Canadian citizenship on the conditions specified in the statute before July 7, 1967. The prior statute, he contended, did not require that the period of twelve months' residence immediately precede the application for citizenship; nor did it require residence of five years. It would follow from this that the decision of the Court should be reversed, because, at the time he applied for Canadian citizenship, appellant had met the requirements of the statute applicable to him, i.e. the *Canadian Citizenship Act* as it stood before 1967.

I do not feel it necessary, in deciding on this appeal, to dwell at length on the argument I have just set out. Indeed, even if, as his counsel has contended, appellant was entitled to invoke the *Canadian Citizenship Act* as it stood before 1967, it would not follow that the Court's decision must be reversed, because appellant did not meet the requirements of this Act at the time he applied for Canadian citizenship. It is quite true that from 1953 to 1967 the French version of paragraph (1)(b) of section 10 required only, as counsel for the appellant indicated, that a person applying for Canadian citizenship establish:

b) qu'elle a résidé au Canada pendant une période d'au moins une année précédant la date de sa demande.

The meaning of this provision was, however, defined by the English text, which read as follows:

(b) he has resided in Canada for a period of at least one year immediately preceding the date of his application.

It must be concluded, therefore, that before 1967 a foreigner could only acquire Canadian citizenship on condition that he had resided in

L'appelant, suivant l'argumentation de son avocat, avait, avant que l'art. 10 de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* ne soit modifiée le 7 juillet 1967, le droit de devenir citoyen canadien dès le moment où il satisfaisait aux exigences de la loi alors en vigueur. Invoquant le principe suivant lequel il ne faut pas interpréter une loi de façon à lui donner un effet rétroactif, l'avocat de l'appelant a affirmé que les modifications apportées le 7 juillet 1967 au texte de l'art. 10 ne pouvaient affecter les droits de son client qui continuerait, ainsi, à pouvoir obtenir la citoyenneté canadienne aux conditions prévues par la loi avant le 7 juillet 1967. Or, la loi d'alors, a-t-il prétendu, n'exigeait pas que la résidence de douze mois précède immédiatement la demande de citoyenneté; et elle n'exigeait pas, non plus une résidence de cinq ans. De tout cela, il résulterait que la décision du tribunal devrait être infirmée parce que l'appelant, au moment où il a demandé la citoyenneté canadienne aurait satisfait aux exigences de la loi qui lui était applicable, c'est-à-dire la *Loi sur la citoyenneté canadienne* telle qu'elle existait avant 1967.

Je ne crois pas qu'il soit nécessaire, pour disposer de cet appel, de discuter longuement l'argumentation que je viens d'exposer. En effet, même si, comme l'a soutenu son avocat, l'appelant avait le droit d'invoquer la *Loi sur la citoyenneté canadienne* telle qu'elle existait avant 1967, il n'en résulterait pas que la décision du tribunal doit être infirmée car, au moment où il a demandé la citoyenneté canadienne, l'appelant ne satisfaisait pas aux exigences de cette loi. Il est bien vrai que, de 1953 à 1967, la version française de l'alinéa (1)(b) de l'article 10 exigeait seulement, comme l'a souligné le procureur de l'appelant, que la personne qui demandait la citoyenneté établisse:

b) qu'elle a résidé au Canada pendant une période d'au moins une année précédant la date de sa demande.

Mais le sens de cette disposition était alors précisé par son texte anglais qui se lisait comme suit:

(b) he has resided in Canada for a period of at least one year immediately preceding the date of his application.

Il faut donc dire que, avant 1967, un étranger ne pouvait acquérir la citoyenneté canadienne qu'à la condition d'avoir résidé au Canada pen-

Canada during the twelve months immediately preceding the date of his application. As appellant has not fulfilled this condition, there is no need to decide whether he can invoke the Act prior to 1967.

For the same reason, it is not necessary to express an opinion on the merits of the last ground put forward in support of the appeal. Counsel for the appellant has taken the Court to task for having failed to take into consideration the fact that appellant could invoke paragraph (8)(b) of section 10. This paragraph provides merely that subparagraph (1)(c)(i)—which requires five years' residence—does not apply to certain classes of persons. It would serve no purpose to decide whether appellant belongs to these privileged classes since, in any event, his application for citizenship cannot be granted for the reason that he had not resided in Canada for twelve of the eighteen months preceding the date of his application.

For these reasons the appeal is dismissed.

dant les douze mois précédant immédiatement la date de sa demande. Comme l'appelant ne remplit pas cette condition, il est inutile de déterminer s'il peut invoquer la loi antérieure à 1967.

Pour le même motif, il n'est pas nécessaire d'exprimer une opinion sur la valeur du dernier moyen invoqué au soutien du pourvoi. Le procureur de l'appelant a reproché au tribunal de n'avoir pas pris en considération le fait que l'appelant pouvait invoquer le bénéfice de l'alinéa (8)b) de l'article 10. Cet alinéa prévoit seulement que le sous-alinéa (1)c)(i)—qui exige cinq ans de résidence—ne s'applique pas à certaines catégories de personnes. Or, il ne servirait à rien de décider si l'appelant fait partie de ces catégories privilégiées puisque, de toute façon, sa demande de citoyenneté ne peut être accueillie pour le motif qu'il n'a pas résidé au Canada pendant douze des dix-huit mois ayant précédé la date de sa demande.

Pour ces motifs, l'appel est rejeté.

Nord-Deutsche Versicherungs Gesellschaft, United Kingdom Mutual Steam Ship Assurance Association Limited and Fischer Bearings Manufacturing Limited (Suppliants)

v.

The Queen (Respondent)

and

Koninklijke Nederlandsche Stoomboot-Maatschappij N.V. Netherlands Steamship Company (Third party)

Trial Division, Noël A.C.J.—Montreal, November 4; Ottawa, December 22, 1971.

Maritime law—Limitation of shipowner's liability—Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, s. 648—Procedure—Federal Court Rule 1012.

A proceeding to limit a shipowner's liability under the *Canada Shipping Act* should be by originating motion or application in a simple matter but by statement of claim in complex cases where the right to limit may be contested.

MOTION.

A. S. Hyndman, Q.C., for suppliants.

B. M. Deschênes and *P. M. Troop* for respondent.

J. Brisset, Q.C., for third party.

NOËL A.C.J.—This is a motion whereby suppliants Nord-Deutsche Versicherungs Gesellschaft and United Kingdom Mutual Steam Ship Assurance Association Limited, The Hull & P. & I., insurers of the vessel *Transatlantic*, move for directions in respect of a number of matters which shall be mentioned hereafter and request that this Court order that:

(a) the present suppliants, together with the owners of the *Transatlantic* namely, Poseidon Shiffahrt G.M.B.H. be given leave to institute proceedings against Her Majesty the Queen, the respondent, by way of limitation of liability, the whole within such delays and subject to such conditions as may be deemed appropriate;

Nord-Deutsche Versicherungs Gesellschaft, United Kingdom Mutual Steam Ship Assurance Association Limited et Fischer Bearings Manufacturing Limited (Requérantes)

c.

La Reine (Intimée)

et

Koninklijke Nederlandsche Stoomboot-Maatschappij N.V. Netherlands Steamship Company (Mise en cause)

Division de première instance, le juge en chef adjoint Noël—Montréal, le 4 novembre; Ottawa, le 22 décembre 1971.

Droit maritime—Limitation de la responsabilité du propriétaire du navire—Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, c. S-9, art. 648—Procédure—Règle 1012 de la Cour fédérale.

Une action en limitation de responsabilité du propriétaire d'un navire en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada* doit être engagée par un acte introductif d'instance ou par une demande dans les cas simples, mais par une déclaration dans les cas compliqués lorsque le droit de limiter risque d'être contesté.

REQUÊTE.

A. S. Hyndman, c.r., pour les requérantes.

B. M. Deschênes et *P. M. Troop* pour l'intimée.

J. Brisset, c.r., pour la mise en cause.

LE JUGE EN CHEF ADJOINT NOËL—Il s'agit d'une requête par laquelle les requérantes, la Nord-Deutsche Versicherungs Gesellschaft et la United Kingdom Mutual Steam Ship Assurance Association Limited, assureur de la coque et membre de l'association de protection et d'indemnisation du navire *Transatlantic*, demandent des directives sur un certain nombre de questions qui seront exposées ci-dessous et demandent que cette Cour ordonne:

a) qu'on accorde aux requérantes, ainsi qu'aux propriétaires du *Transatlantic*, savoir, la Poseidon Shiffahrt G.M.B.H., l'autorisation d'intenter des poursuites contre Sa Majesté la Reine, intimée, en se prévalant de la limitation de responsabilité, le tout dans les délais et aux conditions qui pourront être jugés appropriés;

(b) pending a decision on the right of the present suppliants and the owners of the *Transatlantic* to limit liability in accordance with Canadian law, the parties continue with the calculation of the damages sustained by the present suppliants but that the payment of such damages be postponed until judgment has been rendered on the question of whether the respondent is entitled to deduct from such damages a full twenty per cent (20%) of such other amount as it will have to pay for the property damage sustained by the suppliant Fischer Bearings Manufacturing Limited, the third party Koninklijke Nederlandsche Stoomboot-Maatschappij N.V. and such suppliants in other actions arising out of the collision who have sustained property damage and who have filed suit;

(c) the resolution of the matters referred to in paragraphs (a) and (b) need not and should not in any way prejudice the rights of the suppliant Fischer Bearings Manufacturing Limited as representative of the whole of the cargo on board the *Transatlantic* who should, in any event, be paid the full amount of their damages as directed by the Supreme Court of Canada as soon as the award of such damages becomes known.

The matters involved herein which have given rise to the present motion can be briefly set down as follows. By judgment pronounced April 27, 1971, the Supreme Court of Canada maintained in part the appeal of the Crown and allowed the latter to deduct from the damages found payable to the present suppliants (The Hull & P. & I. Insurers) twenty per cent (20%) of such amount as is found payable to the third suppliant, namely, Fischer Bearings Manufacturing Limited, the latter as representative of all the cargo on board the M/V *Transatlantic*. The figures are still under negotiation but it would appear that the amount, together with interest which will be payable by the Crown to the suppliant, Fischer Bearings Manufacturing Limited, will be approximately \$3,222,975.83 of which 20% would be \$644,595.17.

In action bearing number T-314-71, being the action wherein the owners of the vessel *Hermes* are the suppliants, the damages sustained by the

b) qu'en attendant une décision portant sur le droit des requérantes aux présentes et des propriétaires du *Transatlantic* de limiter leur responsabilité en vertu du droit canadien, les parties continuèrent à calculer les dommages-intérêts dus aux requérantes en l'espèce, mais que le paiement de ces dommages-intérêts soit reporté à la date du jugement portant sur le droit de l'intimée de déduire de ces dommages-intérêts les vingt pour cent (20%) de toute autre somme qu'elle devra payer pour les avaries subies par la requérante Fischer Bearings Manufacturing Limited, la mise en cause Koninklijke Nederlandsche Stoomboot-Maatschappij N.V. et toutes les requérantes aux autres actions, nées de l'abordage, qui ont subi des dommages et qui ont intenté des actions;

c) que le règlement des questions mentionnées aux alinéas a) et b) ne doit en aucun cas porter préjudice aux droits de la requérante Fischer Bearings Manufacturing Limited, en sa qualité de représentant de l'ensemble des intéressés dans la cargaison à bord du *Transatlantic* qui devraient, en tout état de cause, recevoir la totalité de leurs dommages-intérêts comme l'a décidé la Cour suprême du Canada dès que le montant de ces dommages-intérêts sera connu.

Rapportons brièvement les problèmes impliqués en l'espèce qui ont donné lieu à la présente requête. Par décision rendue le 27 avril 1971, la Cour suprême du Canada a confirmé en partie l'appel de la Couronne et lui a permis de déduire des dommages-intérêts qu'elle doit verser aux présentes requérantes (l'assureur de la coque et l'association P & I) vingt pour cent (20%) des sommes qu'elle doit verser à la tierce requérante, savoir, la Fischer Bearings Manufacturing Limited, cette dernière représentant tous les intéressés dans la cargaison à bord du N/M *Transatlantic*. Les chiffres sont encore en discussion, mais il semblerait que le montant, y compris l'intérêt, que la Couronne devra verser à la requérante, Fischer Bearings Manufacturing Limited, s'élèvera à environ \$3,222,975.83 dont 20% feraient \$644,595.17.

Dans l'action portant le numéro du greffe T-314-71, où les propriétaires du navire *Hermes* sont les requérants, lesdits propriétaires et l'a-

said owners have been agreed with counsel for the Crown in the amount of \$277,614.91 of which 20% would be \$55,522.98.

The owners of the *Transatlantic*, namely Poseidon Shiffahrt G.M.B.H., have been made a party to the said action number T-314-71 by way of third party notice produced May 10, 1967, in which third party notice the Crown calls upon the owners of the *Transatlantic* to indemnify it with respect to any damages which it has to pay the owners of the *Hermes*. In the light of the judgment of the Supreme Court of Canada, it is possible that the Crown will have to pay the owners of the *Hermes* 70% of the agreed damages of \$277,614.91 and will include in its claim against the present suppliants 20% of the damages sustained by the *Hermes* or \$55,522.98.

Counsel for the present suppliants points out that the Supreme Court of Canada, and in particular the Honourable Mr. Justice Ritchie, has stated that "the liability to make good the damage occasioned by this collision should be borne . . . 20% by those responsible for the M/V *Transatlantic*" and has referred to the present suppliants as "the representatives of the owners of the *Transatlantic*". Counsel therefore submits that in virtue of the above dicta or findings of the Court, the identification of the present suppliants with the owners of the *Transatlantic* is necessarily implied.

Under section 647 *et seq.* of the *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1970, c. S-9, the owner of a ship, whether registered in Canada or not, assuming the absence of actual fault or privity, is not liable for damages in respect of any loss or damage to property or any infringement of any rights in excess of 1,000 gold francs for each ton of the ship's tonnage and the equivalent in Canadian currency of 1,000 gold francs was \$71.60. The registered tonnage of the *Transatlantic* was 3,215.96 and her gross tonnage was 5,521.18 and although the deduction for engine room space has not yet been ascertained, it is unlikely, according to counsel for the suppliants, that the tonnage of the *Transatlantic* for purposes of limitation of liability will be much in excess of 4,000 tons which means

vocat de la Couronne se sont mis d'accord pour fixer les dommages subis par ces derniers, à la somme de \$277,614.91 dont 20% feraient \$55,522.98.

Les propriétaires du *Transatlantic*, savoir, la Poseidon Shiffahrt G.M.B.H., ont été constitués parties à ladite action, numéro T-314-71, par voie d'avis au tiers déposé le 10 mai 1967, dans lequel la Couronne demandait aux propriétaires du *Transatlantic* de l'indemniser pour tous les dommages-intérêts qu'elle devait payer aux propriétaires du *Hermes*. A la lumière de la décision de la Cour suprême du Canada, il est possible que la Couronne ait à payer aux propriétaires du *Hermes* 70% des \$277,614.91 de dommages-intérêts convenus, et qu'elle inclue dans sa demande contre les requérantes aux présentes 20% des dommages subis par le *Hermes* soit \$55,522.98.

L'avocat des requérantes aux présentes souligne que la Cour suprême du Canada, et notamment l'honorable juge Ritchie, a déclaré que «la responsabilité quant à la réparation du dommage causé par cet abordage devrait être répartie . . . 20% pour ceux qui étaient responsables du N/M *Transatlantic*» et a mentionné les requérantes aux présentes comme «les représentants des propriétaires du *Transatlantic*», en conséquence, l'avocat prétend que les déclarations et conclusions sus-mentionnées de la Cour impliquent nécessairement l'identification des requérantes aux présentes aux propriétaires du *Transatlantic*.

Conformément aux articles 647 et suiv. de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1970, c. S-9, le propriétaire d'un navire, immatriculé ou non au Canada, en presumant l'absence de faute ou complicité réelle de sa part, n'est pas responsable des dommages-intérêts à l'égard de toute avarie ou perte de biens ou de toute violation des droits d'un montant supérieur à 1,000 francs or pour chaque tonneau de jauge du navire et l'équivalent en devise canadienne de 1,000 francs or était de \$71.60. Le jaugeage enregistré du *Transatlantic* était de 3,215.96 et son jaugeage brut était 5,521.18; bien qu'on n'ait pas encore établi la déduction à faire de l'espace occupé par la salle des machines, il est peu probable, suivant l'avocat des requérantes, que le tonnage du *Transat-*

that her limit of liability would be approximately \$356,851.54. If, as a result of the payments made to the suppliant Fischer Bearings Manufacturing Limited and the owner of the *Hermes*, the Crown seeks to deduct from the amounts payable to the present suppliants an amount of \$644,595.17, such amount will be vastly in excess of the limit of liability for property damage of the owners of the *Transatlantic* by \$287,743.63.

I take the present application to be made under Rule 1012 of the Rules of this Court which sets down the procedure to be followed when a party wishes to establish a right to limitation of liability under section 647 of the *Canada Shipping Act*.

Prior to the decision rendered in *Margrande Compania Naviera S.A. v. The "Leecliffe Hall"* [1970] Ex.C.R. 870, any party who wanted to limit his liability merely took an action in limitation and if he established that he was entitled to limit liability obtained a decree establishing the amount of his liability. In the *Margrande* case I explained why such a course of action although permissible in the United Kingdom would not necessarily be followed here, because the procedure set down in Order 75 Rules 37, 38, 39 and 41 of the English Supreme Court had no counterpart in our Rules. Furthermore section 648(1) of the *Canada Shipping Act* clearly states that

648. (1) Where any liability is alleged to have been incurred by the owner of a ship in respect of any loss of life or personal injury, any loss of or damage to property or any infringement of any right in respect of which his liability is limited by section 647 and several claims are made or apprehended in respect of that liability, a *judge of the Exchequer Court may, on the application of that owner, determine the amount of his liability and distribute that amount rateably among the several claimants; and such judge may stay any proceedings pending in any court in relation to the same matter, and he may proceed in such manner and subject to such regulations as to making persons interested parties to the proceedings, and as to the exclusion of any claimants who do not come in within a certain time, and as to requiring security from the owner, and as to payment of any costs, as the Court thinks just.* (Emphasis is mine.)

lantic aux fins de la limitation de responsabilité dépasse de beaucoup 4,000 tonnes ce qui signifie que la limite de sa responsabilité serait d'environ \$356,851.54. Si, par suite des paiements faits à la requérante Fischer Bearings Manufacturing Limited et au propriétaire du *Hermes*, la Couronne cherche à déduire des sommes payables aux requérantes aux présentes la somme de \$644,595.17, ce montant dépassera largement de \$287,743.63 la limite de responsabilité pour dommages aux biens des propriétaires du *Transatlantic*.

J'estime que la présente requête doit être faite en vertu de la Règle 1012 des Règles de cette Cour qui expose la procédure à suivre quand une partie désire établir un droit de limitation de responsabilité en vertu de l'article 647 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

Avant la décision non publiée, rendue dans l'affaire *Margrande Compania Naviera S.A. c. Le «Leecliffe Hall»* [1970] R.C.É. 870, toute partie désirant limiter sa responsabilité intentait simplement une action en limitation et, si elle établissait qu'elle avait le droit de limiter sa responsabilité, elle obtenait une ordonnance établissant le montant de sa responsabilité. Dans l'affaire *Margrande*, j'ai expliqué pourquoi une telle procédure, même si elle est permise au Royaume-Uni, ne doit pas être nécessairement suivie ici, parce que la procédure prévue dans l'Ordre 75 Règles 37, 38, 39 et 41 de la English Supreme Court n'a pas d'équivalent dans nos Règles. En outre, l'article 648(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* expose clairement que

648. (1) Lorsqu'il est allégué qu'une responsabilité a été encourue par le propriétaire d'un navire relativement à la mort ou à des blessures corporelles, ou à la perte ou l'avarie de biens ou à la violation de tout droit, à l'égard desquels sa responsabilité est limitée par l'article 647, et que plusieurs réclamations sont faites ou appréhendées relativement à cette responsabilité, un *judge de la Cour de l'Échiquier peut, à la requête dudit propriétaire, fixer le montant de la responsabilité et répartir ce montant proportionnellement entre les différents réclamants; ce juge peut arrêter toutes procédures pendantes devant une cour relativement à la même affaire et procéder de la façon et sous réserve des règlements que la cour juge convenables, pour rendre les personnes intéressées parties aux procédures, pour exclure tous réclamants qui ne se présentent pas dans un certain délai, pour exiger des garanties du propriétaire et quant au paiement des frais.* (Les italiques sont de moi.)

The manner in which a party seeking limitation should proceed depends always on the circumstances of the case. If we are dealing with a simple matter, it can be done by way of a simple originating motion or an application; in more complex cases involving possible contestation of the right to limit, the best way may well be the taking of an action by means of a statement of claim, the production of a defence and recourse if necessary to all the means of obtaining information or admissions by way of discovery of documents or of parties, particulars, etc.

The present case, of course, is one where I believe the taking of an action is indicated. According to counsel for the applicant this limitation is directed at a number of creditors including the Crown and will require the determination of some rather important questions including the right of the applicant to limit its liability against some of them. I should say here that some of these matters are not easy of solution and I have no intention of determining these at this stage. Such questions, in my view, can be better dealt with after they have been properly and clearly set out in the proceedings by all parties and have been exposed to the testing and refining process of argument.

The greatest problem here, of course, is whether because of the judgment rendered by the Supreme Court of Canada the suppliants are foreclosed from limiting their liability against the Crown. Although this judgment does not specifically say that the vessel *Transatlantic* or its owners cannot limit their liability, it does say *inter alia* that "the suppliant Fischer Bearings Manufacturing Limited is entitled to the full amount of its damages from the respondent and the latter is entitled to deduct twenty per cent of such amount from that which is allowed to the other suppliants, representing the owners of the *Transatlantic* . . .". This, according to counsel for the Crown implies that the owners of the *Transatlantic* cannot limit their liability even if the *Canada Shipping Act*, by section 647 *et seq.* gives such a right.

La façon de procéder d'une partie cherchant à limiter sa responsabilité dépend toujours des circonstances de l'espèce. S'il s'agit d'une affaire simple, on peut toujours agir par voie de simple requête introductive d'instance ou de demande; dans les affaires plus complexes impliquant des contestations possibles du droit de limitation, la meilleure façon peut être l'introduction d'une action par voie de déclaration, la production d'une défense et le recours, au besoin, à tous les moyens d'obtention de renseignements ou d'admissions par voie d'examen de documents ou d'interrogatoire des parties ou d'obtention de détails, etc.

En l'espèce, bien sûr, j'estime qu'il est indiqué d'introduire une action. Selon l'avocat de la requérante, cette limitation touche un certain nombre de créanciers, y compris la Couronne, et implique une décision sur des questions assez importantes dont le droit de la requérante à limiter sa responsabilité envers quelques uns d'entre eux. Je dois dire ici qu'il n'est pas aisé de résoudre certains de ces problèmes et que je n'ai pas l'intention de les juger maintenant. A mon avis, on peut mieux traiter de ces questions lorsque les parties les ont exposées clairement et correctement lors des procédures et lorsqu'elles ont été soumises à une plaidoirie contradictoire.

En l'espèce, le problème le plus important est bien sûr de savoir si, en raison de la décision rendue par la Cour suprême du Canada, les requérantes n'ont plus la possibilité de limiter leur responsabilité contre la Couronne. Bien que cette décision ne spécifie pas que le navire *Transatlantic* ou ses propriétaires ne peuvent pas limiter leur responsabilité, en fait, elle déclare entre autres que «la requérante Fischer Bearings Manufacturing Limited a le droit de recouvrer de l'intimée le plein montant de ses dommages et cette dernière a le droit de déduire 20% de ce montant de celui qui est accordé aux autres requérantes représentant les propriétaires du *Transatlantic* . . .». Selon l'avocat de la Couronne, ceci implique que les propriétaires du *Transatlantic* ne peuvent pas limiter leur responsabilité même si les articles 647 et suiv. de la *Loi sur la marine marchande du Canada* leur en donne le droit.

In view of this contentious matter it is my view that after issue has been joined in the proceedings in the limitation action, the question as to whether the plaintiffs are entitled to limit should, upon application, be made the subject of a decision under Rule 474 of the Rules of this Court.

It, therefore, follows that the applicant, the present suppliants, together with the owners of the *Transatlantic* may

(a) take whatever proceedings they may be entitled to by way of an action in limitation against all those parties who are entitled to claim from them;

(b) pending a decision on the right of the present suppliants and the owners of the *Transatlantic* to limit liability, the parties may continue with the calculations of the damages sustained by the present suppliants, but the payment of such damages is postponed until a decision is rendered on the suppliants and the owners of the *Transatlantic's* right to limit liability against its creditors;

(c) payment of the damages to the representatives of the cargo on board the *Transatlantic* shall also be postponed until after a decision is rendered on the right of the suppliants or the owners of the *Transatlantic* to limit their liability.

The cost of this application shall be in the cause.

Étant donné le litige, j'estime que, lorsque la contestation sera liée dans l'action en limitation, la question de savoir si les requérantes ont droit à limiter leur responsabilité, devrait faire l'objet, sur demande, d'une décision en vertu de la Règle 474 des Règles de cette Cour.

En conséquence, il s'ensuit que la demanderesse, les requérantes aux présentes, ainsi que les propriétaires du *Transatlantic* peuvent

a) intenter toutes les poursuites auxquelles ils ont droit par voie d'une action en limitation contre toutes les parties qui ont un recours contre eux;

b) en attendant une décision portant sur le droit des requérantes aux présentes et des propriétaires du *Transatlantic* de limiter leur responsabilité, les parties peuvent continuer à calculer les dommages-intérêts dus aux requérantes en l'espèce, mais le paiement de ces dommages-intérêts est reporté à la date du jugement portant sur le droit des requérantes et des propriétaires du *Transatlantic* de limiter leur responsabilité envers ses créanciers;

c) le paiement des dommages-intérêts aux représentants des intéressés dans la cargaison à bord du *Transatlantic* est aussi différé jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur le droit des requérantes ou des propriétaires du *Transatlantic* de limiter leur responsabilité.

Dépens de cette requête à suivre la cause.

American Cyanamid Company (Plaintiff)

v.

Novopharm Limited (Defendant)

Trial Division, Noël A.C.J.—Toronto, November 29; Ottawa, December 8, 1971.

Patents—Infringement—Non-exclusive licensee not entitled to sue for—Patent Act, secs. 2(h), 57.

A non-exclusive licensee of a patent has no right to bring an action for infringement of the patent.

Spun Rock Wools Ltd. v. Fiberglass Canada Ltd. [1943] S.C.R. 547, aff'd. (P.C.) 6 C.P.R. 57, distinguished; *King v. David Allen & Sons Ltd.* [1916] 2 A.C. 54, referred to.

MOTION.

R. T. Hughes for plaintiff.

I. Goldsmith for defendant.

NOËL A.C.J.—The defendant applies for an order striking out the statement of claim herein pursuant to Rule 419 of the Rules of this Court on the ground that it discloses no reasonable cause of action and, or in the alternative, that it is otherwise an abuse of the process of the Court by reason of the fact that the plaintiff, as a non-exclusive licensee under Canadian Patent number 726,675 owned by Bristol-Myers Company, has no status to maintain this action without making the said patentee a party thereto as required by section 57(2) of the *Patent Act*; and that an action for alleged infringement of the said patent against the defendant herein by Bristol-Myers Company is pending in this Court being action number T-2153-71. A further argument was raised at the hearing by both counsel for the defendant and counsel for Bristol-Myers Company that a non-exclusive licensee has no right to sue under section 57(2) of the *Patent Act*. Counsel for Bristol-Myers Company was brought into these proceedings as a result of an order issued by my brother Gibson J. whereby Bristol-Myers Company was served with the present motion and “given an opportunity to make a submission with reference in any event to the definition of ‘patentee’ in section 2 of the *Patent Act* and Rule 1716 of the Rules of this

American Cyanamid Company (Demanderesse)

c.

Novopharm Limited (Défenderesse)

Division de première instance. Le juge en chef adjoint Noël—Toronto, le 29 novembre et Ottawa, le 8 décembre 1971.

Brevets—Violation—Le détenteur d'une licence non exclusive n'a pas qualité pour poursuivre en violation—Loi sur les brevets, art. 2h) et 57.

Un détenteur d'une licence non exclusive d'exploitation d'un brevet n'a pas qualité pour instituer une action en violation du brevet.

Distinction faite avec l'arrêt *Spun Rock Wools Ltd. c. Fiberglass Canada Ltd.* [1943] R.C.S. 547, confirmé par (C.P.) 6 C.P.R. 57; arrêt mentionné: *King c. David Allen & Sons Ltd.* [1916] 2 A.C. 54.

REQUÊTE.

R. T. Hughes pour la demanderesse.

I. Goldsmith pour la défenderesse.

LE JUGE EN CHEF ADJOINT NOËL—La défenderesse demande une ordonnance radiant la déclaration aux présentes en vertu de la Règle 419 des Règles de cette Cour au motif qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action et, ou à titre subsidiaire, qu'elle constitue par ailleurs un emploi abusif des procédures de la Cour étant donné que la demanderesse, à titre de détenteur de licence non exclusive d'exploitation du brevet canadien N° 726,675 appartenant à la Bristol-Myers Company, n'a pas qualité pour exercer cette action sans constituer ledit breveté partie à l'action comme l'exige l'article 57(2) de la *Loi sur les brevets*; et qu'une action en violation du brevet, intentée contre la défenderesse aux présentes par la Bristol-Myers Company, est pendante devant cette Cour sous le N° de dossier T-2153-71. A l'audience, le procureur de la défense et celui de la Bristol-Myers Company ont tous deux soulevé un nouvel argument suivant lequel un détenteur de licence non exclusive n'a aucun droit de poursuite en vertu de l'article 57(2) de la *Loi sur les brevets*. Le procureur de la Bristol-Myers Company a été joint aux présentes par suite d'une ordonnance émise par mon collègue le juge Gibson aux termes de laquelle on a signifié la présente requête à la Bristol-Myers Company et on lui a «donné l'occasion de présenter une

Court" which deals with the power of the Court to add parties in a proceeding.

Some background is required for a proper understanding of those issues which deal with the right of a licensee to sue for infringement.

In 1933 in *Electric Chain Co. of Canada Ltd. v. Art Metal Works Inc.* [1933] S.C.R. 581 at pages 586-587 (following *Heap v. Hartley* (1889) 42 Ch. D. 461) the Supreme Court of Canada held that a licensee had no right to be a party even though the statute in force defined a patentee as "the person for the time being entitled to the benefit of the patent". This definition is still the same as section 2(h) of the *Patent Act*. In 1943 in *Spun Rock Wools Ltd. v. Fiberglass Canada Ltd.* [1943] S.C.R. 547 at page 559; affirmed (1947) 6 C.P.R. 57 at page 66, the Supreme Court held, and the Privy Council affirmed that the definition of the word "patentee" remained the same but that in view of the change to section 55(1) (now 57(1)) an exclusive licensee claims under the patentee.

Section 57(1) and (2) reads as follows:

57. (1) Any person who infringes a patent is liable to the patentee and to all persons claiming under him for all damages sustained by the patentee or by any such person, by reason of such infringement.

(2) Unless otherwise expressly provided, the patentee shall be or be made a party to any action for the recovery of such damages.

A number of issues were raised in this motion. I will first deal with the right of the plaintiff to take action and sue for infringement of the patent. Counsel for the plaintiff takes the position that (1) the plaintiff is entitled to sue alone on the basis that under the definition of section 2(h) of the *Patent Act* it is "the person for the time being entitled to the benefit of a patent" and (2) if it is not, then the owner of the patent which here happens to be Bristol-Myers

argumentation relative en tout état de cause à la définition du mot «breveté» apparaissant à l'article 2 de la *Loi sur les brevets* et à la Règle 1716 des Règles de cette Cour» qui a trait à la compétence de la Cour d'adjoindre des parties à une procédure.

Pour bien comprendre ces questions relatives au droit d'un détenteur de licence d'intenter une action en violation, il est nécessaire de dresser un tableau d'ensemble du problème.

En 1933, la Cour suprême du Canada décidait dans l'arrêt *Electric Chain Co. of Canada Ltd. c. Art Metal Works Inc.* [1933] R.C.S. 581, aux pages 586 et 587 (suivant la décision de l'arrêt *Heap c. Hartley* (1889) 42 Ch. D. 461) qu'un détenteur de licence n'avait pas droit à être partie même si la Loi en vigueur définissait un breveté comme «le titulaire ayant pour le moment droit à l'avantage d'un brevet d'invention». Cette définition est restée la même à l'article 2h) de la *Loi sur les brevets*. En 1943, la Cour suprême a décidé dans l'arrêt *Spun Rock Wools Ltd. c. Fiberglass Canada Ltd.* [1943] R.C.S. 547, à la p. 559, confirmé par le Conseil privé (1947) 6 C.P.R. 57, à la p. 66, que la définition du mot «breveté» demeurait la même mais qu'étant donné la modification apportée à l'article 55(1) (maintenant l'article 57(1)), un détenteur de licence exclusive se réclame du breveté.

L'article 57 est ainsi rédigé:

57. (1) Quiconque viole un brevet est responsable, envers le breveté et envers toute personne se réclamant du breveté, de tous dommages-intérêts que cette violation a fait subir au breveté ou à cette autre personne.

(2) Sauf dispositions expressément contraires, le breveté doit être, ou être constitué, partie à toute action en recouvrement des dommages-intérêts en l'espèce.

Cette requête a soulevé un certain nombre de questions. J'examinerai d'abord le droit de la demanderesse d'intenter une action en violation du brevet et d'en poursuivre les auteurs. Le procureur de la demanderesse estime que (1) celle-ci est habilitée à poursuivre seule au motif qu'en vertu de la définition de l'article 2h) de la *Loi sur les brevets* elle est «le titulaire ayant pour le moment droit à l'avantage d'un brevet» et (2) si tel n'est pas le cas, le titulaire du brevet, en l'espèce la Bristol-Myers Company,

Company, can be brought in as a party as provided for by section 57(2).

There is no question that a licensee is not a patentee even if one refers to section 2 of the *Patent Act*. It was held not to be so in *Electrical Chain Co. of Canada Ltd. v. Art Metal Works Inc.* (*supra*), under the corresponding definition of a patentee at the time which, as we have seen, has not changed and I must, therefore, take it that a licensee today cannot be a patentee.

Counsel for the plaintiff, however, says that if the patentee must become a party to the action to cure it, this can be done either by allowing the patentee to come in as a voluntary plaintiff if he wishes to do so or by bringing him in as a defendant if he refuses, by means of an order of the Court under Rule 1716 of the Rules of this Court.

I agree that no action should be defeated by reason of the non-joinder of a party (*Mackay v. The King* [1928] Ex.C.R. 149) and if this were the only impediment to this action, I would not hesitate to allow the plaintiff to move that Bristol-Myers Company Ltd. be made a party defendant to the action.

I have, however, serious doubts as to whether a non-exclusive licensee can sue for infringement even if the patentee is made a party to the action as I do not feel that he can claim under the patentee nor that he can claim damages for infringement of the patent.

I say this notwithstanding the decision referred to above, that one holding an exclusive licence can sue, because there is, in my view, a difference between the latter's situation and that of a non-exclusive licensee. The latter, in my view, having a non-exclusive right has not, therefore, a defined right exclusive of any other and cannot claim under the patentee.

The non-exclusive licensee has only a non-exclusive privilege. (In the present case he has

peut être constitué partie comme le prévoit l'article 57(2).

Même en se reportant à l'article 2 de la *Loi sur les brevets*, il ne fait pas de doute qu'un détenteur de licence n'est pas un titulaire de brevet. C'est ce qu'a déclaré l'arrêt *Electrical Chain Co. of Canada Ltd. c. Art Metal Works Inc.* (précité) en se fondant sur la définition correspondante du breveté en vigueur à ce moment-là, définition qui, comme nous l'avons vu, n'a pas changé; je dois donc conclure qu'aujourd'hui, un détenteur de licence ne peut être un titulaire de brevet.

Le procureur de la demanderesse déclare cependant que si le breveté doit être constitué partie à l'action pour protéger ses intérêts, cela peut se faire soit en permettant au breveté de comparaître volontairement à titre de demandeur s'il le désire ou s'il refuse, en le constituant partie défenderesse, par voie d'ordonnance de la Cour rendue en vertu de la Règle 1716 des Règles de cette Cour.

Je conviens qu'omettre de mettre en cause une partie ne doit pas provoquer le rejet de l'action (*Mackay c. Le Roi* [1928] R.C.É. 149) et si c'était là le seul obstacle à la présente action, je n'hésiterais pas à autoriser la demanderesse à demander que la Bristol-Myers Company soit constituée partie défenderesse à l'action.

Cependant, je doute sérieusement qu'un détenteur de licence non exclusive puisse tenter une action en violation même si le breveté est constitué partie à l'action, car je ne crois pas qu'il puisse se réclamer du breveté ni qu'il puisse réclamer des dommages-intérêts pour violation du brevet.

Je fais cette affirmation malgré la décision susmentionnée à l'effet que le détenteur d'une licence exclusive peut poursuivre, parce qu'à mon avis, cette situation est différente de celle d'un détenteur d'une licence non exclusive. A mon sens, ce dernier ne détenant pas de droit exclusif, il n'a pas de droit précis excluant toute autre personne et ne peut se réclamer du breveté.

Le détenteur d'une licence non exclusive n'a qu'un privilège non exclusif. (En l'espèce,

the right to manufacture the product covered by the patent, upon payment of royalties but he has no defined right to enforce against infringers.) His only recourse, indeed, is against the licensor and this recourse is covered by the licence agreement. He can either cease paying royalties or, if the licensor has put it out of his power to fulfil his obligation under the agreement, he may, in some cases, have an action in damages for breach of contract. The right of a licensee to sue is purely statutory and, in so far as the *Patent Act* is concerned, is contained in section 57(1) of the *Patent Act*. This section, in my view, is subject to a strict interpretation and should go no further than the words of the section will allow. It is not, in my view, sufficient to say that an infringer is liable to all persons claiming under a patentee in order to give a right of action. The person suing must also have a defined right to do so and he must be able to exercise this right against those persons infringing his right. Although there may be some basis for allowing an exclusive licensee to sue as a person claiming under the patentee, I fail to see how a non-exclusive licensee can do so. The latter, indeed, has no defined right. His only recourse, therefore, is against the licensor, as set down in the licence agreement, if any, and if there is no such recourse, he may then protect his rights by means of whatever action he has under the law but such action can be taken against the licensor only and cannot be taken against third parties. The non-exclusive licensee has no recourse against third parties even if he alleges to be claiming under the patentee because he has no personal recourse against those who are affecting his rights. In *King v. David Allen & Sons, Billposting, Ltd.* [1916] 2 A.C. 54 at page 59, Lord Buckmaster L.C., dealing with a non-exclusive licence said:

My Lords, I have looked anxiously and carefully through this document to see whether it was possible to derive from its construction anything except the creation of a *personal obligation between the appellant and the respondents* with regard to the use of this wall, and I am unable to find it. (Italics are mine).

contre paiement de redevances, il a le droit de fabriquer les produits brevetés mais n'a aucun droit précis à faire valoir contre les auteurs de violation.) Ainsi, son seul recours est de s'adresser à celui qui lui a accordé la licence et ce recours est prévu par la licence elle-même. Il peut soit cesser de payer les redevances soit, si le breveté s'est mis dans l'impossibilité de remplir son obligation prévue dans la convention, il peut, en certains cas, avoir une action en dommages-intérêts pour rupture de contrat. Le droit de poursuite qu'a un détenteur de licence est purement statutaire et, en ce qui concerne la *Loi sur les brevets*, ce droit est énoncé à l'article 57(1) de cette dernière. Cet article, à mon sens, fait l'objet d'une interprétation stricte et ne doit pas avoir une portée plus grande que celle que lui confèrent ses termes. A mon avis, pour conférer un droit d'action, il ne suffit pas de dire que l'auteur d'une violation est redevable envers toute personne se réclamant du breveté. La personne qui intente la poursuite doit également avoir un droit précis de ce faire et doit pouvoir exercer ce droit contre les personnes qui portent atteinte à son droit. Bien qu'il soit possible, dans une certaine mesure, d'autoriser un détenteur d'une licence exclusive à poursuivre en qualité de personne se réclamant du breveté, je ne vois pas comment un détenteur de licence non exclusive puisse le faire. En effet, ce dernier n'a pas de droit précis. Son seul recours est donc contre son concédant comme le stipule la licence elle-même, le cas échéant; s'il n'a pas ce recours, il peut alors protéger ses droits en intentant toute autre action que lui accorde la Loi mais ces actions pourront être intentées contre son concédant seulement et non contre les tiers. Le détenteur d'une licence non exclusive n'a aucun recours contre les tiers même s'il prétend se réclamer du breveté parce qu'il n'a aucun recours personnel contre ceux qui portent atteinte à ses droits. Dans l'arrêt *King c. David Allen & Sons, Billposting, Ltd.* [1916] 2 A.C. 54 à la p. 59, où il examinait une licence non exclusive, le Lord chancelier Buckmaster déclarait:

[TRADUCTION] Vos seigneuries, j'ai examiné avec soin et attention ce document pour y trouver la possibilité de déduire de son interprétation autre chose que la création d'une *obligation personnelle entre l'appelant et les intimés* relative à l'utilisation de ce mur, et je n'ai pu y parvenir. (J'ai moi-même ajouté les italiques).

I believe that here also there is but a personal obligation between the licensee and the plaintiff. Furthermore an examination of the licence document shows that the parties have provided for third party infringement of the patent in article V thereof where it is said that in the case of infringement of the patent by third parties, the licensee shall notify the patentee and furnish information as to the infringement and request it to initiate appropriate steps to bring about a discontinuance of such infringement. The licence document also provides that if within a period of 120 days after receipt of such notice and request, the patentee fails to notify the licensee that it will initiate a discontinuance of such infringement or notifies the licensee that it does not intend to do so, the licensee shall be relieved of its obligation to pay royalties.

The above, in my view, is the only recourse the plaintiff has under its non-exclusive licence and it has no other as, once again, it has no right to claim under the patentee against infringers but is restricted to whatever action it can take under the licence agreement. This solution also happens to deal effectively with the practical problem involved by non-exclusive licensees or non-exclusive sub-licensees or sub-sub-licensees taking action against infringers with the consequent difficulties involved in segregating or apportioning or identifying the damages or loss of profits, to which each non-exclusive licensee, sub-licensee or sub-sub-licensee is entitled.

I should add that if the present decision is reversed on appeal, the plaintiff may then move (unless the patentee volunteers to become a plaintiff therein) to bring in the Bristol-Myers Company as a defendant in this action under Rule 1716 of the Rules of this Court, and both actions (the present one and action No. T-2153-71) should then be allowed to proceed to trial at which time, however, steps should be taken to cause both of them to be heard by the same judge in order to ensure a proper segregation and distribution of the damages or loss of profits and unnecessary duplication or overlapping. The possibility of causing the present plaintiff

De même, je pense qu'en l'espèce, il n'existe qu'une obligation personnelle entre le détenteur de la licence et la demanderesse. En outre, un examen de la licence elle-même montre que les parties ont prévu le cas où le brevet serait violé par des tiers à l'article V qui déclare que, dans un tel cas, le détenteur de la licence avertira le breveté, lui fournira les renseignements relatifs à la violation et lui demandera de prendre les dispositions appropriées pour mettre fin à cette violation. La licence stipule également que si, dans un délai de 120 jours suivant la réception de cet avis et de cette demande, le breveté omet d'aviser le détenteur de la licence qu'il prendra les dispositions pour mettre fin à cette violation ou l'avise qu'il n'a pas l'intention de le faire, le détenteur de la licence sera libéré de son obligation de payer les redevances.

Voilà, à mon sens, le seul recours qu'a la demanderesse aux termes de sa licence non exclusive et elle n'en possède aucun autre car, encore une fois, elle ne peut se réclamer du breveté contre les auteurs de la violation, étant au contraire limité à l'action qu'elle peut engager en vertu de la licence elle-même. Il se trouve également que cette solution résout bien la difficulté pratique que comporte l'introduction par des détenteurs, des sous-détenteurs ou des sous-sous-détenteurs de licence non exclusive, d'une action contre des auteurs de violation avec les difficultés qu'impliquent la distinction, la répartition ou l'identification des dommages ou des pertes de bénéfices auxquels a droit chaque détenteur, sous-détenteur ou sous-sous-détenteur de licence non exclusive.

J'ajouterais que si la présente décision devait être infirmée en appel, la demanderesse pourrait alors demander (à moins que le breveté ne veuille bien se constituer partie demanderesse aux présentes) que la Bristol-Myers Company soit constituée partie défenderesse en cette action en vertu de la Règle 1716 des Règles de cette Cour; on devrait alors permettre de procéder à l'instruction des deux actions (la présente et l'action N° T-2153-71); à ce moment, cependant, on devrait prendre des dispositions pour que les deux soient entendues par le même juge pour assurer une distinction et une répartition exacte des dommages ou des pertes de bénéfices.

to become a plaintiff in the other action should also be considered.

The plaintiff having no status in this action, it shall be dismissed with costs against it.

ces et pour éviter une répétition ou un chevauchement inutiles. La possibilité de constituer la présente demanderesse partie demanderesse dans l'autre action devrait également être considérée.

La demanderesse n'ayant pas qualité en l'espèce, cette action est rejetée avec dépens.

Aly Abdel Hafez Aly (Appellant)

v.

Minister of Manpower and Immigration (Respondent)

Court of Appeal, Jackett C.J., Thurlow and Kerr JJ.—Ottawa, December 17 and 23, 1971.

Practice—Judicial Review—Appeal—Simultaneous appeal and application to set aside decision of federal tribunal—Terms—Federal Court Act, s. 28, Rule 1314.

Where there is an application under s. 28 of the *Federal Court Act* for judicial review of a decision by a federal tribunal and also a right of appeal from that decision if leave to appeal is granted by the Court of Appeal, leave to appeal should be granted "as a matter of course, in the absence of special circumstances, on terms (a) that the appeal is launched forthwith, (b) that the appellant forthwith seek an order under Rule 1314 joining the two proceedings and giving directions as to the conduct of the joint proceedings, and (c) that the joint proceedings be heard and determined without delay and in a summary way".

APPLICATIONS (1) for leave to appeal to the Court of Appeal from a decision of the Immigration Appeal Board dismissing an appeal from a deportation order, and (2) under s. 28 of the *Federal Court Act* to review and set aside the decision of the Immigration Appeal Board on the grounds of failure to observe the principles of natural justice and otherwise acting in excess of its jurisdiction.

Y. A. George Hynna for appellant.

I. Whitehall and *W. E. Conklin* for respondent.

JACKETT C.J. (orally)—Where there is an application under section 28 of the *Federal Court Act* in respect of a decision or order and there is a right of appeal from that decision "if leave to appeal is granted" by this Court, I would normally favour granting leave to appeal as a matter of course, in the absence of special circumstances, on terms

- (a) that the appeal is launched forthwith,
- (b) that the appellant forthwith seek an order under Rule 1314 joining the two proceedings

Aly Abdel Hafez Aly (Appellant)

c.

Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration (Intimé)

Cour d'appel, le juge en chef Jackett, le juge Thurlow et le juge Kerr—Ottawa, les 17 et 23 décembre 1971.

Procédure—Examen judiciaire—Appel—Appel et demande d'annulation simultanés d'une décision d'un tribunal fédéral—Modalités—Loi sur la Cour fédérale, art. 28, Règle 1314.

Lorsqu'une demande est introduite en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour obtenir l'examen judiciaire d'une décision d'un tribunal fédéral et qu'il existe aussi un droit d'appel de cette décision si la Cour d'appel en donne l'autorisation, «normalement et en l'absence de circonstances particulières», on doit accorder l'autorisation d'appel «à condition a) que l'appel soit immédiatement interjeté, b) que l'appelant cherche immédiatement à obtenir, en vertu de la Règle 1314, une ordonnance qui réunisse les deux procédures et donne des directives quant à la conduite des procédures réunies, et c) que les procédures réunies soient entendues et jugées sans délai, et par procédure sommaire».

DEMANDES (1) d'autorisation d'appel à la Cour d'appel d'une décision de la Commission d'appel de l'immigration qui avait rejeté un appel portant sur une ordonnance d'expulsion, et (2) en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, d'examen et d'annulation de la décision de la Commission d'appel de l'immigration aux motifs qu'elle a omis d'observer les principes de justice naturelle et a par ailleurs outrepassé sa compétence.

Y. A. George Hynna pour l'appellant.

I. Whitehall et *W. E. Conklin* pour l'intimé.

LE JUGE EN CHEF JACKETT (oralement)—Lorsqu'une demande est introduite en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* à l'égard d'une décision ou ordonnance, et qu'il existe un droit d'appel de cette décision «sur autorisation d'appel accordée» par cette Cour, normalement et en l'absence de circonstances particulières, je serais naturellement favorable à l'octroi de l'autorisation d'appel, à condition

- a) que l'appel soit immédiatement interjeté,
- b) que l'appelant cherche immédiatement à obtenir, en vertu de la Règle 1314, une ordon-

and giving directions as to the conduct of the joint proceedings, and

(c) that the joint proceedings be heard and determined without delay and in a summary way.

My reason for this view is that, when I read section 28 and section 29 of the *Federal Court Act* together, it is my conclusion that the statutory intention is

(a) that no right of appeal previously existing was to be in any way cut down by those sections (except for the substitution of the Federal Court of Appeal for the Supreme Court of Canada effected by the Schedule to the *Federal Court Act*), and

(b) that the right of review provided by section 28 is a minimum right to be available to every party "directly affected by a decision or order".

This is accomplished by restricting the section 28 right of review only "to the extent" that the order or decision "may be . . . appealed".

Furthermore, in my view, this modern legislation should be interpreted to eliminate all procedural technicalities and difficulties that are not absolutely required by the statutory provisions in providing to an aggrieved person such relief as falls within the ambit of the jurisdiction conferred on the Court. Refusal of leave, where there is no apparently arguable question, ordinarily serves the purpose of eliminating unjustified delays and expense. Where, however, the applicant is exercising a right to have the order or decision reviewed under section 28 in any event, in my view, leave should be granted so that the Court, when it does review the matter, can deal with the substantive questions involved without concerning itself with technical limitations within the ambit of the jurisdiction.

This does not mean, for example, that leave would be granted automatically if there were an application to quash the section 28 proceedings on the ground that they were not taken in good faith or fell outside the jurisdiction of the Court. See section 52 of the *Federal Court Act*.

nance qui réunisse les deux procédures et donne des directives quant à la conduite des procédures réunies, et

c) que les procédures réunies soient entendues et jugées sans délai, et par procédure sommaire.

Mon point de vue s'explique parce qu'en lisant l'article 28 en corrélation avec l'article 29 de la *Loi sur la Cour fédérale*, je conclus que l'intention du législateur est la suivante:

a) que ces articles n'ont pour but de réduire en aucune façon le droit d'appel existant antérieurement (hormis par substitution de la Cour d'appel fédérale à la Cour suprême du Canada opérée par l'annexe de la *Loi sur la Cour fédérale*), et

b) que le droit d'examen prévu par l'article 28 est un droit minimum dont dispose toute partie «directement affectée par une ordonnance ou décision».

Tel est le résultat obtenu en limitant le droit d'examen de l'article 28 seulement «dans la mesure où il peut être . . . appelé» d'une ordonnance ou décision.

J'estime, d'autre part, qu'il faut interpréter cette législation moderne comme éliminant toutes les difficultés et la technicité procédurales qui ne sont pas expressément requises par les dispositions législatives, en donnant à une victime tout redressement relevant de la compétence conférée à cette Cour. Refuser l'autorisation, quand apparemment la question n'est pas soutenable, a ordinairement pour but d'éliminer des délais et des dépenses injustifiés. Toutefois, quand le requérant exerce le droit conféré par l'article 28 pour obtenir l'examen de l'ordonnance ou décision, dans tous les cas, on doit, à mon avis, accorder l'autorisation pour que, lorsque la Cour examine en fait le problème, elle puisse étudier les questions de fond impliquées sans avoir à se préoccuper des limitations techniques relevant de sa compétence.

Ceci ne signifie pas, par exemple, qu'on accorderait automatiquement l'autorisation s'il s'agissait d'une demande d'annulation de procédures intentées en vertu de l'article 28 au motif qu'elles ne sont pas engagées de bonne foi ou qu'elles ne relèvent pas de la compétence de la

In my view, therefore, leave should be granted in this case on the following terms:

(a) that the appeal is launched forthwith,
 (b) that the appellant forthwith seek an order under Rule 1314 joining the two proceedings and giving directions as to the conduct of the joint proceedings, and

(c) that the joint proceedings be heard and determined without delay and in a summary way.

* * *

THURLOW J.—I agree with what has been said as to the principles on which leave to appeal should be granted in cases where there is a concurrent application to review under section 28 of the *Federal Court Act* and I also agree with the result which has been proposed.

* * *

KERR J. concurs.

Cour. Voir l'article 52 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

En conséquence, j'estime qu'il faut accorder l'autorisation en l'espèce, à condition

a) que l'appel soit immédiatement interjeté,
 b) que l'appellant cherche immédiatement à obtenir, en vertu de la Règle 1314, une ordonnance qui réunisse les deux procédures et donne des directives quant à la conduite des procédures réunies, et

c) que les procédures réunies soient entendues et jugées sans délai, et par procédure sommaire.

* * *

LE JUGE THURLOW—Je souscris à ce qui a été déclaré concernant les principes déterminant l'accord de l'autorisation d'appel dans les affaires où il est présenté une demande concurrente d'examen en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* et j'approuve aussi le résultat proposé.

* * *

LE JUGE KERR souscrit à leurs avis.

Canadian Council of Blue Cross Plans, Ontario Hospital Association, Associated Hospitals of Alberta, Quebec Hospital Service Association and Maritime Hospital Service Association (Plaintiffs)

v.

Blue Cross Beauty Products Inc. and Regent Industries Limited (Defendants)

Trial Division, Collier J.—Ottawa, November 1 and 25, 1971.

Trade marks—Infringement—Blue Cross registered trade mark for medical care—Use by defendants for cosmetics—Whether infringement, passing-off, or improper business usage—Trade Marks Act, R.S.C. 1970 c. T-10, secs. 7(b) and (e), 19, 20, 22(1).

Plaintiffs were the registered owners and users since 1954 and 1956 under the *Trade Marks Act* of the words "Blue Cross" and a blue-coloured cross in respect to hospitalization and prepaid medical care including prescription drugs. Defendants sold cosmetics since 1952 using labels containing the words "Blue Cross" and a blue-coloured cross. Defendants sold their cosmetic primarily to discount department stores, some of which had prescription drug counters, which honoured plaintiffs' plans in respect of prescription drugs.

Held, dismissing plaintiffs' action,

1. Defendants did not violate section 7(b) or section 20 of the *Trade Marks Act*. Their use of the trade marks would not be likely to cause the average person to infer that plaintiffs were in the business of selling cosmetics as well as providing hospitalization and medical care.

2. Defendants did not violate section 7(e) of the Act. There was no evidence of any business or commercial usage which had been contravened. *Eldon Industries Inc. v. Reliable Toy Co.* (1966) 54 D.L.R. (2d) 97; *Clairol International Corp. v. Thomas Supply & Equipment Co.* [1968] 2 Ex.C.R. 552, applied.

3. Defendants did not violate section 19 of the Act. Plaintiffs had no exclusive right to the trade marks in respect to cosmetics.

4. Defendants did not violate section 22(1) of the Act. Their use of the blue cross would not likely depreciate the value of goodwill attached to that trade mark. *Clairol International Corp. v. Thomas Supply & Equipment Co.*, *supra*, applied.

ACTION.

Canadian Council of Blue Cross Plans, Ontario Hospital Association, Associated Hospitals of Alberta, l'Association d'hospitalisation du Québec et Maritime Hospital Service Association (Demandeurs)

c.

Blue Cross Beauty Products Inc. et Regent Industries Limited (Défenderesses)

Division de première instance, le juge Collier—Ottawa, les 1^{er} et 25 novembre 1971.

Marques de commerce—Violation—Croix bleue: marque de commerce déposée, relative aux soins médicaux—Les défendeurs l'emploient pour des produits de beauté—Y a-t-il violation, concurrence déloyale ou mauvais usages commerciaux—Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, c. T-10, art. 7b) et e), 19, 20, 22(1).

Conformément à la *Loi sur les marques de commerce*, les demandeurs sont, depuis 1954 et 1956, détenteurs et usagers inscrits des mots «Blue Cross» et d'une croix colorée en bleu représentant un système d'assurance couvrant l'hospitalisation et les soins médicaux, ainsi que le remboursement des médicaments sur ordonnance. Depuis 1952, les défenderesses vendent des produits de beauté dont les étiquettes comportent les mots «Blue Cross» et une croix colorée en bleu. Les défenderesses vendent principalement leurs produits dans des magasins de vente au rabais à rayons multiples, dont un certain nombre ont un comptoir de médicaments sur ordonnance, où l'on reconnaît le système d'assurance des demandeurs qui prévoit le remboursement des médicaments sur ordonnance.

Arrêt: Rejet de l'action des demandeurs.

1. Les défenderesses n'ont violé ni l'article 7b) ni l'article 20 de la *Loi sur les marques de commerce*. Il est peu probable que leur emploi des marques de commerce entraîne l'individu moyen à conclure que les demandeurs s'occupaient à la fois de vendre des produits de beauté et d'assurer l'hospitalisation et des soins médicaux.

2. Les défenderesses n'ont pas violé l'article 7e) de la Loi. On n'a pas prouvé qu'un usage des affaires ou commercial ait été transgressé. Arrêts suivis: *Eldon Industries Inc. c. Reliable Toy Co.* (1966) 54 D.L.R. (2^{ème}) 97; *Clairol International Corp. c. Thomas Supply & Equipment Co.* [1968] 2 R.C.É. 552.

3. Les défenderesses n'ont pas violé l'article 19 de la Loi. Les demandeurs n'ont pas de droit exclusif sur ces marques de commerce en ce qui concerne les produits de beauté.

4. Les défenderesses n'ont pas violé l'article 22(1) de la Loi. Il n'est pas vraisemblable que leur emploi de la croix bleue entraîne une diminution de la valeur de la clientèle intéressée par cette marque de commerce. Arrêt suivi: *Clairol International Corp. c. Thomas Supply & Equipment Co.* (précité).

ACTION.

M. Fleming, Q.C. for plaintiffs.

S. Godinsky, Q.C. and *R. Uditsky* for defendants.

COLLIER J.—In this action, the plaintiffs claim relief against the defendants in respect to the alleged infringement of certain trade marks.

In the pleadings and in argument, the plaintiffs relied on a number of sections of the *Trade Marks Act*, S.C. 1952-53, c. 49, (now R.S.C. 1970, c. T-10), particularly sections 6, 7, 19, 20 and 22. In addition, the plaintiffs contend the defendants to be liable at common law and under the Act for passing off certain wares.

The plaintiff, Ontario Hospital Association (hereafter "Ontario") was incorporated in 1941. It is a non-profit organization and its members comprise all public hospitals, a large number of mental hospitals, private hospitals and nursing associations. It has a Division, known as the Blue Cross Division. This Division has since 1941 operated plans, available to the public, for prepaid hospital care and other allied services. Since the entry of governments into the field of schemes to cover hospital and other medical fees incurred by the public, the Blue Cross Division now provides coverage to their subscribers (in return for a premium) in respect to semi-private wards in a hospital, extended health care, prescription drugs, dental care, and certain other matters referred to in the evidence. The Blue Cross Division is non-profit making as is the Association itself.

The plaintiff Associated Hospitals of Alberta (hereafter "Alberta") is a similar organization to the plaintiff Ontario, and also has a Blue Cross Division, which now sells to subscribers coverages not provided by governments, similar to those which the Ontario Blue Cross Division provides.

M. Fleming, c.r. pour les demandeurs.

S. Godinsky, c.r. et *R. Uditsky* pour les défenderesses.

LE JUGE COLLIER—En l'espèce, les demandeurs réclament aux défenderesses une réparation par suite de la prétendue violation de certaines marques de commerce par ces dernières.

Dans les plaidoiries, les demandeurs ont invoqué un certain nombre d'articles de la *Loi sur les marques de commerce*, S.C. 1952-53, c. 49, aujourd'hui S.R.C. 1970, c. T-10, notamment les articles 6, 7, 19, 20 et 22. En outre, les demandeurs soutiennent que les défenderesses sont responsables de par la *common law* et de par la Loi, d'avoir vendu certaines marchandises en faisant de la concurrence déloyale.

La demanderesse, Ontario Hospital Association (ci-après appelée «Ontario»), a été constituée en corporation en 1941. C'est une organisation bénévole dont sont membres tous les hôpitaux publics, un nombre important d'hôpitaux psychiatriques, des hôpitaux privés et des associations d'infirmières. Cette organisation a une section connue sous le nom «Blue Cross Division». Depuis 1941, cette section gère des régimes d'assurance accessibles au public, offrant un système de prévoyance couvrant les frais hospitaliers et autres services connexes. Les gouvernements ayant décidé de s'occuper de ces régimes de prévoyance couvrant les soins hospitaliers et autres soins médicaux que devait payer le public, la «Blue Cross Division» couvre désormais l'ensemble des adhérents (en échange d'une prime) pour tout ce qui concerne les séjours dans des chambres semi-privées des hôpitaux, les soins de longue maladie, les médicaments sur ordonnance, les soins dentaires et certains autres domaines mentionnés dans la preuve. Tout comme l'association, la «Blue Cross Division» est une organisation bénévole.

La demanderesse, Associated Hospitals of Alberta (ci-après appelée «Alberta»), est une organisation semblable à la demanderesse Ontario; elle a aussi une «Blue Cross Division» qui, à présent, vend aux adhérents des assurances pour les cas non prévus par le gouvernement, semblables à celles de l'«Ontario Blue Cross Division».

The plaintiffs Quebec Hospital Service Association (hereafter "Quebec") and Maritime Hospital Service Association (hereafter "Maritime") have been in operation since 1943 and 1944 respectively. Quebec and Maritime do not have the same connections with hospitals as do Ontario and Alberta, but operate primarily as Blue Cross organizations, selling to their subscribers various coverages (with some exceptions) as previously outlined.

The evidence is uncontradicted that these four plaintiffs have a great number of subscribers, have a large volume of business in terms of dollars, and spend considerable amounts of money in advertising their services.

The plaintiff Canadian Council of Blue Cross Plans (hereafter "the Canadian Council") was incorporated in 1951 primarily to coordinate the Blue Cross schemes. Its members are the other four plaintiffs.

I might add here that Saskatchewan never had a Blue Cross plan. In Manitoba, there were at one time Blue Cross Services available and the Manitoba organization was at one time a member of the Canadian Council. In British Columbia, Blue Cross services were available until the introduction of hospital insurance but the British Columbia Blue Cross organization was never a member of the Canadian Council.

Prior to 1954, the plaintiffs used the name Blue Cross and a symbol (a blue cross) in respect to the services they provided. Neither the name, nor the symbol had been registered under the *Unfair Competition Act*, S.C. 1932, c. 38, because that Act did not provide for registration of trade marks in respect to services.

Following the passage of the present statute which provides for registration of trade marks in respect to services, the Canadian Council, on November 5, 1954, obtained registration as owner of the trade mark "Blue Cross" (the words) and a symbol (a cross coloured blue). The registration numbers are 100,000 and 100,001 and in each case the marks are registered in

Les demandresses, l'Association d'hospitalisation du Québec (ci-après appelée «Québec») et Maritime Hospital Service Association (ci-après appelée «Maritime»), existent respectivement depuis 1943 et 1944. Les demandresses Québec et Maritime n'ont pas les mêmes rapports avec les hôpitaux que les demandresses Ontario et Alberta. Elles agissent avant tout comme des organisations de la Croix Bleue, vendant à leurs adhérents les diverses assurances dont il a déjà été question (avec certaines exceptions).

La preuve, incontestée, est à l'effet que ces quatre demandresses ont un grand nombre d'adhérents, traitent, d'un point de vue financier, un important volume d'affaires et dépensent d'importantes sommes pour faire connaître leurs services.

Le demandeur, Canadian Council of Blue Cross Plans (ci-après appelé «le Conseil canadien») a été constitué en corporation en 1951, avant tout pour coordonner les régimes de la Croix Bleue. Ses membres sont les quatre autres demandresses.

J'ajouterais que la Saskatchewan n'a jamais eu de Croix Bleue. A un moment donné, au Manitoba, la Croix Bleue a offert certains services, et cette organisation a été membre du Conseil canadien. En Colombie-Britannique, la Croix Bleue a offert ses services jusqu'à l'introduction de l'assurance-hospitalisation, mais cette organisation n'a jamais été membre du Conseil canadien.

Avant 1954, les demandeurs utilisaient le nom Croix Bleue et un symbole (une croix bleue) pour les services qu'ils offraient. Ni le nom, ni le symbole n'avaient été déposés en vertu de la *Loi sur la concurrence déloyale*, S.C. 1932, c. 38, cette loi ne prévoyant pas l'enregistrement de marques de commerce pour les services.

Après l'adoption de la Loi actuelle, qui prévoit l'enregistrement de marques de commerce pour les services, le Conseil canadien a obtenu, le 5 novembre 1954, l'enregistrement, en tant que propriétaire, de la marque de commerce «Croix Bleue» (les mots) et d'un symbole (une croix colorée en bleu). Les numéros d'enregistrement sont 100,000 et 100,001 et, dans

respect to services described as (1) hospitalization, (2) contracts for prepaid hospital care.

The plaintiffs Ontario, Alberta, Quebec and Maritime were in 1956 registered as registered users of these two trade marks. Since then, all the plaintiffs have continued using the words "Blue Cross" and the symbol or representation of a blue cross, usually the words and symbol appearing together in some combination, but not always. (In Exhibit 5, the annual report for the plaintiff Quebec, the words "Blue Cross" do not anywhere appear; a blue cross symbol only is shown on several of the pages).

The defendant Blue Cross Beauty Products, Inc. (hereafter "Beauty") is a California corporation engaged in the manufacture and sale of certain wares: "low end" cosmetic products exclusively for use in respect to fingernails. These products retail for under one dollar each.

The words "Blue Cross" were registered in the United States Patent Office in 1949 in respect to liquid cuticle remover and Beauty at some later stage became the registered owner of that trade mark. Beauty sold its products across the United States, and in 1952 started selling to an outlet (Pratt's Beauty Supplies) in Vancouver, B.C. Pratt's sold across western Canada, but the volume of business was low. In 1966 the defendant Regent Industries Limited, a Quebec company (hereafter "Regent"), became Beauty's Canadian distributor, although some sales were made to the Vancouver outlet up to 1969, when the proprietor there retired.

The total sales to the Vancouver outlet were approximately \$11,000, made up of just under 100,000 individual items. In fact only two cosmetic products were sold in that area and the actual products were entered as exhibits:

chaque cas, les marques sont déposées pour des services décrits comme étant (1) l'hospitalisation et (2) les contrats d'assurance couvrant les soins hospitaliers.

En 1956, les demandereses Ontario, Alberta, Québec et Maritime ont été enregistrées comme usagers inscrits de ces deux marques de commerce. Depuis lors, toutes les demandereses ont constamment utilisé les mots «Croix Bleue» et le symbole ou la représentation d'une croix bleue, les mots et le symbole apparaissant généralement ensemble, associés d'une manière ou d'une autre, sans que ce soit nécessairement toujours le cas. (Sur la pièce 5, rapport annuel de la demanderesse Québec, les mots «croix bleue» n'apparaissent nulle part; seul un symbole représentant une croix bleue figure sur plusieurs des pages.)

La défenderesse, Blue Cross Beauty Products, Inc. (ci-après appelée «Beauty») est une compagnie californienne qui fabrique et vend certaines marchandises: des produits de beauté exclusivement utilisés pour le soin des ongles. Ces produits se vendent au détail à moins d'un dollar pièce.

En 1949, les mots «Blue Cross» ont été déposés au Bureau des brevets américains pour un liquide repousse peau et, quelque temps après, Beauty est devenue propriétaire inscrite de cette marque de commerce. Beauty, qui vendait ses produits dans tous les États-Unis, a commencé en 1952 à les vendre sur le marché de Vancouver (C.-B.) par l'intermédiaire de Pratt's Beauty Supplies. Pratt's vendait ces produits dans toutes les provinces de l'Ouest du Canada, mais son volume d'affaires était peu élevé. En 1966, la défenderesse Regent Industries Limited, compagnie québécoise, (ci-après appelée «Regent») est devenue la compagnie distributrice des produits Beauty au Canada, bien que certaines ventes aient été faites au distributeur de Vancouver jusqu'en 1969, époque à laquelle le propriétaire prit sa retraite.

Les ventes totales au distributeur de Vancouver s'élevaient approximativement à \$11,000, représentant juste un peu moins de 100,000 articles. En fait, on vendait seulement deux produits de beauté dans cette région; ils ont été produit à titre de pièce au dossier:

(1) Cuticle Remover. The label on the small bottle has printed at the top in blue the words "Blue Cross" (in a kind of script) with a small blue-coloured cross between the two words. The cross is fairly similar in appearance to the blue coloured cross which appears on much of the literature published by the plaintiffs. Near the bottom of the label are the words "Blue Cross Beauty Products". On the face of the display card to which the bottle is fastened are the words "Blue Cross" in white, with a small blue cross between the two words. On the back of the card there is the same combination of words and symbol as appears on the label on the bottle, except the words and symbol are larger. Further down on the back of the card is the name of the defendant Beauty.

(2) Nailife. This is a bottle containing nail conditioner. The label on the bottle has essentially the same words and the same symbol as in the case of the Cuticle Remover. The card to which the bottle is attached is in its material parts the same as the card described above, except the words "Blue Cross" on the face are in blue.

The evidence is that these two products were, in all material respects, identical to those handled by Regent when it commenced selling them in Ontario and Quebec in 1966. The chief difference was the addition of the defendant Regent's name on the back of the card.

Commencing in 1966 or 1967 one other product complained of by the plaintiffs was distributed by Regent: a bottle called "Seal ± Cote". The so-called cross between the words "Blue Cross" on the label is similar to a *plus* mark used in adding, and is yellow in colour. At the bottom of the label are the words (again in yellow) "Blue ± Cross Beauty Products, Los Angeles, California. At the bottom of the face of the display card to which the bottle is attached are the words in red "Another Blue ± Cross Nail Beauty Aid". The back of the display card is similar to that found on "Cuticle Remover" and "Nailife".

The plaintiffs' complaint is, according to their counsel, not directed at the use by the defendants of the words "Blue Cross", but at the use

(1) Le repousse peau. En haut de l'étiquette du flacon, sont imprimés en bleu les mots «Blue Cross» (en lettre genre manuscrit), une petite croix colorée en bleu séparant les deux mots. A première vue, la croix est presque semblable à la croix colorée en bleu que l'on retrouve dans la documentation publiée par les demandereses. Presqu'au bas de l'étiquette sont inscrits les mots «Blue Cross Beauty Products». Au recto du carton de présentation auquel est attachée la bouteille, les mots «Blue Cross» sont inscrits en blanc, une petite croix bleue séparant les deux mots. Au verso du carton, on retrouve les mêmes mots et symbole que sur l'étiquette de la bouteille, mais en plus gros. Plus bas au verso du carton, le nom de la défenderesse Beauty est inscrit.

(2) Revitalisant. Il s'agit d'une bouteille contenant une base pour les ongles. L'étiquette de la bouteille porte essentiellement les mêmes mots et symbole que dans le cas du repousse peau. Le carton auquel est attachée la bouteille est essentiellement le même que celui décrit précédemment, sauf que les mots «Blue Cross» sont écrits en bleu au recto.

La preuve démontre que ces deux produits étaient, à tous égards, identiques à ceux que détenait Regent lorsqu'elle a commencé à les vendre en Ontario et au Québec en 1966. La principale différence était l'inscription du nom de la défenderesse Regent au verso du carton.

Au début de 1966 ou 1967, un autre produit visé par la plainte des demandereses était distribué par Regent: un flacon appelé «Seal ± Cote». La soi-disant croix entre les mots «Blue Cross» sur l'étiquette ressemble au signe *plus* utilisé pour faire des additions et est de couleur jaune. Au bas de l'étiquette sont inscrits (encore en jaune) les mots «Blue ± Cross Beauty Products, Los Angeles (Californie)». Au bas du recto du carton de présentation auquel est attachée la bouteille, sont inscrits en rouge les mots «Un autre produit Blue ± Cross pour la beauté des ongles». Le verso du carton de présentation ressemble à celui du «Cuticle Remover» et du «Nailife».

La plainte des demandeurs, d'après leur avocat, n'est pas dirigée contre l'utilisation par les défenderesses des mots «Blue Cross», mais

of the blue-coloured symbol, particularly where the appearance of the cross closely resembles that shown on the defendants' wares. I can understand this qualification because there is a considerable amount of evidence before me of the use by other persons and corporations for some time of the words "Blue Cross" in association with other services and wares.

I conclude from a number of exhibits that the words "Blue Cross" have been used by others in association with animal hospitals or clinics in various cities in Canada (services), and in association with wares: shoes, salmon, furniture, household disinfectant spray, and industrial adhesive tapes. In the case of the wares referred to, registered trade marks "Blue Cross" have been obtained. In one case in respect to services, the words have been accompanied by a blue cross (exhibit 62).

In respect to the use of a blue cross symbol on wares, the defendants produced a number of exhibits indicating the use of such a symbol by persons or companies other than themselves or the plaintiffs:

Exhibits 52, 53: Blue Cross industrial adhesive tapes, the labels also including a form of blue cross.

Exhibits 54, 55, 56: Blue Cross shoes, including a cross very similar to that used by the plaintiffs.

Exhibits 51, 81, 82: First aid kits with large blue crosses very similar to those used by the plaintiffs with the word "Curity" printed inside one cross (exhibit 81) but not on the other (exhibit 82).

The sales by Beauty to Regent of the three products to the date of trial were approximately \$17,500 comprising approximately 128,400 items.

I should say at this point the weight of the evidence indicates the wares sold by the defendants in Ontario were primarily to discount stores including the "department store" type drug store, many of which did not have

contre l'utilisation du symbole coloré en bleu, tout particulièrement lorsque la croix représentée est presque identique à celle portée sur les produits de la défenderesse. Cette réserve me paraît très compréhensible car il y a un nombre important de témoignages selon lesquels d'autres personnes ou compagnies utilisent depuis un certain temps les mots «Croix Bleue» en liaison avec d'autres services et marchandises.

Je déduis de l'observation d'un certain nombre de pièces que les mots «Croix Bleue» ont été associés également à des hôpitaux ou cliniques vétérinaires dans plusieurs villes du Canada (services) et à différents produits: des chaussures, du saumon, des meubles, des désinfectants domestiques en bombe et des rubans adhésifs industriels. Dans le cas des produits mentionnés, des marques de commerce enregistrées «Croix Bleue» ont été obtenues. Dans l'un des cas, alors qu'il s'agissait de services, les mots ont été accompagnés d'une croix bleue (pièce 62).

En ce qui concerne l'utilisation d'une croix bleue comme symbole sur des produits, les défenderesses ont déposé un certain nombre de pièces indiquant que des personnes ou des compagnies, autres qu'elles-mêmes ou que les demandeurs, utilisent ce symbole:

Pièces 52, 53: Rubans adhésifs industriels Blue Cross; les étiquettes portent aussi une espèce de croix bleue.

Pièces 54, 55, 56: Les chaussures Croix Bleue utilisent aussi une croix très semblable à celle utilisée par les demanderesses.

Pièces 51, 81, 82: Des trousse de premiers soins portent de grosses croix bleues très semblables à celles utilisées par les demanderesses, l'une des croix portant l'inscription «Curity» (pièce 81) mais non l'autre (pièce 82).

Jusqu'au jour du procès, le produit de la vente des trois produits Beauty à Regent s'élevait approximativement à \$17,500 pour à peu près 128,400 articles.

A ce point de mon exposé, je dois dire que l'ensemble de la preuve indique que les produits que les défenderesses vendaient en Ontario, l'étaient avant tout à des magasins de vente au rabais y compris les «magasins à rayons» du

prescription drug counters, although some did. The evidence also indicates the wares in question were usually displayed in the area where other types of cosmetic products were displayed.

It appears to me the real attack by the plaintiffs is based on their entry into the field of providing plans for subscribers in respect to payment for prescription drugs. The plaintiffs say the defendants' wares are displayed and sold in business establishments which honour Blue Cross plans in respect to payment for prescription drugs and the general public or Blue Cross subscribers might draw the inference that the plaintiffs (non-profit organizations) were in the profit-making business of manufacturing or selling fingernail cosmetics.

According to the evidence the plaintiffs did not offer prescription drug plans until 1961 in the Province of Ontario, and at later dates in the Provinces of Alberta, Quebec, and the Maritimes. The defendant Beauty had, however, since 1952, sold "Cuticle Remover" and "Nail-life" in Western Canada, although the plaintiffs, according to Mr. Cannon, were unaware of this.

The plaintiffs, particularly in paragraph 18(b) of their statement of claim, rely on section 7(b) of the *Trade Marks Act*, R.S.C. 1970, c. T-10, which reads:

7. No person shall

...
(b) direct public attention to his wares, services or business in such a way as to cause or be likely to cause confusion in Canada, at the time he commenced so to direct attention to them, between his wares, services or business and the wares, services or business of another;

Although the word "confusion" is not defined in the Act, section 6¹ of the Act may be properly used as some guide in determining its meaning (See *Canadian Converters' Co. v. Eastport Trading Co. Ltd.* [1969] 1 Ex.C.R. 493 at 498; *The Carling Breweries (B.C.) Ltd. v. Tartan Brewing Ltd.* [1969] 1 Ex.C.R. 500 at 502, reversed on appeal without reference to this

genre drug store. Dans la plupart de ces magasins, on ne vendait pas de médicaments, sur ordonnance. La preuve démontre aussi que les produits en question occupaient généralement des rayons où d'autres espèces de cosmétiques étaient exposés.

Il me semble que la véritable attaque des demandeurs est fondée sur leur mise au point d'un régime de prévoyance accordant aux adhérents le remboursement des médicaments sur ordonnance. Les demandeurs déclarent que les produits des défenderesses sont exposés et vendus dans des établissements reconnaissant le régime d'assurance de la Croix Bleue pour le remboursement des médicaments sur ordonnance et que la masse des adhérents de la Croix Bleue pourrait en déduire que les demandeurs (organisations bénévoles) sont impliqués dans une entreprise à but lucratif de fabrication ou de vente de produits de beauté pour ongles.

D'après la preuve, jusqu'en 1961 en Ontario et ultérieurement en Alberta, au Québec et dans les Maritimes, les demandeurs n'avaient pas offert de système de prévoyance assurant le remboursement des médicaments sur ordonnance. Cependant, depuis 1952, la défenderesse Beauty vendait du «Cuticle Remover» et du «Nailife» dans l'ouest du Canada, même si les demanderesses, d'après M. Cannon, l'ignoraient totalement.

Les demanderesses s'appuient sur l'article 7(b) de la *Loi sur les marques de commerce*, S.R.C. 1970, c. T-10, plus particulièrement à l'alinéa 18b) de leur déclaration. Voici ce texte:

7. Nul ne doit

...
b) appeler l'attention du public sur ses marchandises, ses services ou son entreprise de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion au Canada, lorsqu'il a commencé à y appeler ainsi l'attention, entre ses marchandises, ses services ou son entreprise et ceux d'un autre;

Bien que la Loi ne définisse pas le terme «confusion», l'article 6¹ de celle-ci peut être valablement utilisé pour nous aider à en déterminer le sens (Voir les arrêts: *Canadian Converters' Co. c. Eastport Trading Co. Ltd.* [1969] 1 R.C.É. 493, à la p. 498; *The Carling Breweries (B.C.) Ltd. c. Tartan Brewing Ltd.* [1969] 1 R.C.É. 500, à la p. 502, jugement infirmé en

point [1970] S.C.R. 323; *Old Dutch Foods Ltd. v. W. H. Malkin Ltd.* [1969] 2 Ex.C.R. 316 at 323-324), and the plaintiffs seem to have paraphrased the wording of this section in their allegation in paragraph 18(a) of the statement of claim where they say the defendants have

18. (a) sold, distributed and advertised wares in association with trade marks and a trade name, namely, "Blue Cross", "a blue-coloured cross symbol" and "Blue Cross Beauty Products Limited", respectively, in Canada, in a manner as would be likely to lead to the inference that such wares were manufactured or sold, by or on behalf of, the plaintiffs or one of them, or that the business carried on under such trade name was carried on by the plaintiffs or one of them.

In my view, on the evidence in this case, the defendants did not direct public attention to their wares in such a way as to cause or be likely to cause confusion in the sense that their use of the words "Blue Cross", and particularly the use of a blue coloured cross symbol (which on some portions of Exhibits 32, 26, and 35 "Cuticle Remover", "Nailife", and "Seal ± Cote" is quite similar to the symbol used by the plaintiffs) would be likely to lead to the inference that these wares were wares sold or manufactured by the plaintiffs, or associated in some way with the business of the plaintiff.

I have no doubt the plaintiffs' Blue Cross services are quite well known, but viewing the matter in a realistic and commercial way, I do not think the average person would be likely to infer that the organization which provides coverage and service in respect to various types of medical expenses which one might incur, was in the business of selling cosmetic products as well. The plaintiffs provide services and the defendants sell wares, and while this does not mean there cannot be confusion within section 7(b), I think it is one of the surrounding circumstances to be considered. Here the parties are not even remotely in a similar field of activity.

The question of confusion is a question of fact, and, on the evidence before me, I conclude

appel sans référence à ce point particulier [1970] R.C.S. 323; *Old Dutch Foods Ltd. c. W. H. Malkin Ltd.* [1969] 2 R.C.É. 316, aux pages 323-324), et les demanderesse semblent avoir paraphrasé l'énoncé de cet article dans leurs allégations exposées à l'alinéa 18a) de la déclaration, lorsqu'elles déclarent que les défendeurs ont:

18. a) vendu, distribué et annoncé des marchandises en liaison avec des marques de commerce et un nom commercial, savoir «Blue Cross», «un symbole représentant une croix colorée en bleu» et «Blue Cross Beauty Products Limited», respectivement, au Canada, de manière à faire conclure que les marchandises étaient fabriquées ou vendues par les demanderesse ou l'une d'elles, ou en leurs noms, ou que l'entreprise poursuivie sous ce nom commercial était exploitée par les demanderesse ou l'une d'elles.

A mon avis, d'après la preuve dont nous disposons, les défenderesse n'appelaient pas l'attention du public sur leurs marchandises de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la confusion en ce sens que l'usage qu'elle faisait des mots «Croix Bleue», et plus particulièrement l'usage du symbole de la croix colorée en bleu (qui sur certains éléments des pièces 32, 26 et 35 «Cuticle Remover», «Nailife», «Seal ± Cote» ressemble de façon frappante au symbole utilisé par les demandeurs), serait susceptible de faire conclure que ces marchandises étaient vendues ou fabriquées par les demandeurs ou associées de quelque manière à l'entreprise poursuivie par ces derniers.

Je ne mets pas en doute la renommée des services de la Croix bleue fournis par les demandeurs, mais si l'on envisage l'affaire d'un point de vue réaliste et commercial, je ne pense pas qu'un individu moyen pourrait conclure que l'organisation qui offre une assurance et des services relatifs aux dépenses médicales que l'on risque de contracter, s'occuperait aussi de vendre des produits de beauté. Les demandeurs offrent des services et les défenderesse vendent des marchandises, et bien que ceci n'écarte pas nécessairement toute confusion au sens de l'article 7b), j'estime qu'il s'agit là de circonstances de l'espèce dont il faut tenir compte. En l'espèce, les parties ne partagent même pas vaguement le même champ d'activité.

La question de la confusion est une question de fait et, d'après la preuve qui m'a été soumise,

the average person associates the plaintiffs' symbol with specialized services, and would not likely be confused on seeing and imperfectly remembering the exact details of the defendants' wares.

The plaintiffs rely also on section 7(e) of the Act which reads:

7. No person shall

(e) do any other act or adopt any other business practice contrary to honest industrial or commercial usage in Canada.

This appears to me to be a somewhat broad section, but it has been held this section must be read in conjunction with the other paragraphs in section 7. (*Eldon Industries Inc. v. Reliable Toy Co. Ltd.* (1966) 54 D.L.R. (2d) 97; *Clairol International Corporation v. Thomas Supply & Equipment Co.* [1968] 2 Ex.C.R. 552.)

In the *Eldon* case, Schroeder J.A. pointed out there must be proof of a business or commercial usage, either by actual evidence or in some cases by judicial notice, which has been contravened. There is no such proof in this case.

In the *Clairol* case, Thurlow J. referred to the *Eldon* case and went on to say that the acts or business practices committed by a defendant must be dishonest or in some way deceptive or calculated to deceive. Again, there is no such evidence in this case, nor in my view, any evidence from which such an inference could be drawn.

In argument plaintiffs' counsel relied on section 10 of the Act. The plaintiffs did not raise this section in their pleadings, but I do not think a plaintiff should or is required to plead a matter of law. All that is required under the Rules of this Court is a precise statement of the material facts on which a party relies (Rule 408(1)). In my opinion, the plaintiffs neither pleaded nor proved any material facts to bring themselves within section 10.

je conclus que l'individu moyen associe le symbole des demandeurs à des services spécialisés et qu'aucune confusion ne naîtrait vraisemblablement dans son esprit à la vue et au vague souvenir des détails précis des produits des défenderesses.

Les demandeurs s'appuient également sur l'article 7e) de la Loi, que voici:

7. Nul ne doit

e) faire un autre acte ou adopter une autre méthode d'affaires contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada.

La signification de ce texte me paraît large, mais il a été jugé qu'il devait être lu en corrélation avec les autres alinéas de l'article 7. (*Eldon Industries Inc. c. Reliable Toy Co. Ltd.* (1966) 54 D.L.R. (2^{ème}) 97; *Clairol International Corporation c. Thomas Supply & Equipment Co.* [1968] 2 R.C.É. 552.)

Dans l'arrêt *Eldon*, le juge d'appel Schroeder a souligné qu'il faut prouver, soit par preuve expresse ou dans certains cas par commune renommée, l'existence d'un usage industriel ou commercial qui aurait été transgressé. En l'espèce, cette preuve n'a pas été faite.

Dans l'arrêt *Clairol*, le juge Thurlow, s'est d'abord référé à l'arrêt *Eldon*, et a ensuite déclaré que les actes ou pratiques commerciales d'un défendeur doivent être malhonnêtes, ou trompeurs d'une certaine façon, ou propres à induire en erreur. Ici encore, nous n'avons aucune preuve de la sorte, ni, à mon avis, aucune preuve dont on puisse déduire une telle intention.

Dans sa thèse, l'avocat des demandeurs s'était fondé sur l'article 10 de la Loi. Les demandeurs n'ont pas invoqué cet article dans leurs plaidoiries, mais je ne pense pas qu'un demandeur doit plaider une question de droit ou y soit obligé. Tout ce qu'on lui demande en vertu des Règles de cette Cour, c'est un exposé précis des faits essentiels sur lesquels il se fonde (Règle 408(1)). A mon avis, les demandeurs n'ont invoqué ni prouvé aucun fait essentiel leur permettant d'invoquer l'article 10.

The plaintiffs also rely on sections 19, 20 and 22(1) of the Act.

19. Subject to sections 21, 31 and 67, the registration of a trade mark in respect of any wares or services, unless shown to be invalid, gives to the owner the exclusive right to the use throughout Canada of such trade mark in respect of such wares or services.

20. The right of the owner of a registered trade mark to its exclusive use shall be deemed to be infringed by a person not entitled to its use under this Act who sells, distributes or advertises wares or services in association with a confusing trade mark or trade name, but no registration of a trade mark prevents a person from making

- (a) any *bona fide* use of his personal name as a trade name, or
- (b) any *bona fide* use, other than as a trade mark,
 - (i) of the geographical name of his place of business, or
 - (ii) of any accurate description of the character or quality of his wares or services,

in such a manner as is not likely to have the effect of depreciating the value of the goodwill attaching to the trade mark.

...

22. (1) No person shall use a trade mark registered by another person in a manner likely to have the effect of depreciating the value of the goodwill attaching thereto.

Section 19 of the Act gives the plaintiffs the exclusive right to use throughout Canada their trade marks, but only in respect to the services of hospitalization and contracts for prepaid hospital care. The plaintiffs do not have any exclusive right in respect to cosmetic products. (See: *Bonus Foods Ltd. v. Essex Packers Ltd.* [1965] 1 Ex.C.R. 735 at page 743.)

The next question is whether on the facts here there has been a "deemed" infringement within section 20. This goes back to the problem whether the defendants' use of the symbol is "confusing". Section 20 must be read with section 6. I come to the same result as before when dealing with section 7(b). In my view, the symbols used by the defendants are not likely to lead to the inference that the plaintiffs' services and the defendants' wares emanate from the same source.

Les demandeurs s'appuient également sur les articles 19, 20 et 22(1) de la Loi.

19. Sous réserve des articles 21, 31 et 67, l'enregistrement d'une marque de commerce à l'égard de marchandises ou services, sauf si son invalidité est démontrée, donne au propriétaire le droit exclusif à l'emploi, dans tout le Canada, de cette marque de commerce en ce qui regarde ces marchandises ou services.

20. Le droit du propriétaire d'une marque de commerce déposée à l'emploi exclusif de cette dernière est censé violé par une personne non admise à l'employer selon la présente loi et qui vend, distribue ou annonce des marchandises ou services en liaison avec une marque de commerce ou un nom commercial créant de la confusion; mais aucun enregistrement d'une marque de commerce ne doit empêcher une personne

- a) d'utiliser de bonne foi son nom personnel comme nom commercial, ni
- b) d'employer de bonne foi, autrement qu'à titre de marque de commerce,
 - (i) le nom géographique de son siège d'affaires, ou
 - (ii) toute description exacte du genre ou de la qualité de ses marchandises ou services,

d'une manière non susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de la clientèle attachée à la marque de commerce.

...

22. (1) Nul ne doit employer une marque de commerce déposée par une autre personne d'une manière susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de la clientèle intéressée.

L'article 19 de la Loi donne aux demandereses le droit exclusif à l'emploi, dans tout le Canada, de leurs marques de commerce, mais seulement en ce qui concerne les services d'hospitalisation et les contrats d'assurance couvrant les soins médicaux et hospitaliers. Les demandereses n'ont aucun droit exclusif en ce qui concerne les produits de beauté. (Voir l'arrêt: *Bonus Foods Ltd. c. Essex Packers Ltd.* [1965] R.C.É. 735, à la p. 743.)

L'autre question est de savoir si, d'après les faits que nous connaissons, le droit est «censé» violé au sens de l'article 20. Ceci nous renvoie au problème de savoir si l'emploi par les défenderesses du symbole des demandeurs a créé de la «confusion». Il faut lire l'article 20 en corrélation avec l'article 6. J'en viens au même résultat que lorsque j'étudiais l'article 7b). A mon avis, les symboles utilisés par les défenderesses ne permettent pas de déduire que les services

Finally, I come to the claim under section 22(1). Assuming the defendants have in fact "used" the plaintiffs' trade mark, the blue cross symbol, I again am of the opinion that that use would not likely have the effect of depreciating the value of whatever goodwill attaches to that trade mark. The plaintiffs are not in business to make profits. Mr. Fleming, counsel for the plaintiffs, candidly stated in opening that there was no evidence of direct damage or loss, but contended the plaintiffs' goodwill was depreciated because the inference would arise that the plaintiffs were now in a profit-making line of business.

Section 22(1) has been considered by Thurlow J. in the *Clairol* case previously referred to. In that case the defendants, in marketing hair colouring products, used brochures and packages containing colour comparison charts of competing hair colouring products. The plaintiffs' products in the brochures were identified by their own registered trade marks. Thurlow J. found the defendants to be in violation of section 22 and held that the value of the goodwill attaching to the plaintiffs' trade marks had been depreciated. I quote from the judgment at pages 573 and 575:

... Then what is meant by "depreciate the value" of such goodwill. To my mind this means simply to reduce in some way the advantage of the reputation and connection to which I have just referred, to take away the whole or some portion of the custom otherwise to be expected and to make it less extensive and thus less advantageous. As I see it goodwill has value only to the extent of the advantage of the reputation and connection which its owner enjoys and whatever reduces that advantage reduces the value of it. Depreciation of that value in my opinion occurs whether it arises through reduction of the esteem in which the mark itself is held or through the direct persuasion and enticing of customers who could otherwise be expected to buy or continue to buy goods bearing the trade mark. It does not, however, as I see it, arise, as submitted by Mr. Henderson, from danger of loss of exclusive rights as a result of use by others as this in my view represents possible loss of exclusive rights in the trade mark itself rather than reduction of the goodwill attaching to it.

des demandeurs et les produits des défenderesses émanent de la même source.

Enfin, j'en viens à la réclamation introduite en vertu de l'article 22(1). A supposer que les défenderesses aient en fait «employé» la marque de commerce des demandeurs, une croix bleue comme symbole, cela ne m'empêche pas d'estimer à nouveau que cet emploi n'aurait vraisemblablement pas entraîné la diminution de la valeur d'une clientèle intéressée par cette marque de commerce. Les demandeurs ne sont pas dans les affaires dans le but de réaliser des bénéfices. M. Fleming, avocat des demandeurs, a naïvement déclaré en introduction qu'il n'y avait aucune preuve de dommages ou de pertes directes, mais il a soutenu que la clientèle des demandeurs avait diminué du fait que certain pensait que les demandeurs étaient maintenant impliqués dans une entreprise à but lucratif.

L'article 22(1) a été étudié par le juge Thurlow dans l'arrêt *Clairol*, préalablement mentionné. En l'espèce, les défendeurs, en mettant des colorants pour cheveux sur le marché, utilisaient des dépliants et des emballages contenant des tableaux de comparaison avec les couleurs proposées par les produits concurrents. Sur ces dépliants, les produits des demandeurs étaient identifiés par leur propre marque de commerce déposée. Le juge Thurlow a conclu que les défendeurs violaient l'article 22 et a jugé que la valeur de la clientèle intéressée par les marques de commerce des demandeurs avait diminué. Voici une citation dudit jugement, extraite des pages 573 et 575:

[TRADUCTION] . . . Voyons maintenant ce que l'on entend par «diminuer la valeur» d'une telle clientèle. A mon avis, ceci signifie simplement réduire de quelque manière le bénéfice de la réputation et de l'achalandage auquel je viens juste de faire allusion, écarter la totalité ou une partie des clients auxquels on pourrait autrement s'attendre, en diminuer le nombre et, par conséquent, rendre la clientèle moins avantageuse. A mon avis, la clientèle n'a de valeur que dans la mesure de la réputation et de l'achalandage qu'elle procure à son propriétaire et, chaque fois que cet avantage se trouve réduit, la valeur de la clientèle se trouve par la même occasion réduite. Une diminution de cette valeur, à mon avis, provient soit d'une réduction de l'estime que l'on porte à la marque de commerce elle-même, soit de la persuasion directe et de la séduction des clients qui pourraient être autrement des acheteurs éventuels ou des personnes continuant à acheter les marchandises portant la marque de commerce. Toutefois, à mon sens, elle ne provient pas, comme le prétendait M. Henderson, du danger de la perte

But he may not put his competitor's trade mark on his goods for that purpose or for the purpose of carrying a message to customers who are familiar with the goods identified by the trade mark in order to facilitate their purchase of his own goods and thus to reduce the chance that new customers hearing of the goods identified by the mark would buy them in preference to his or that old customers familiar with the goods identified by the trade mark would have continued buying the goods of the owner of the mark. In short he may not use his competitor's trade mark for the purpose of appealing to his competitor's customers in his effort to weaken their habit of buying what they have bought before or the likelihood that they would buy his competitor's goods or whatever binds them to his competitor's goods so as to secure the custom for himself, for this is not only calculated to depreciate and destroy his competitor's goodwill but is using his competitor's trade mark to accomplish his purpose.

In this case the contest is between services and wares in unrelated fields of business activity. There is no evidence of actual depreciation of goodwill nor, in my mind, any evidence from which an inference of likelihood of depreciation can be drawn.

The action is dismissed with costs.

¹ 6. (1) For the purposes of this Act a trade mark or trade name is confusing with another trade mark or trade name if the use of such first mentioned trade mark or trade name would cause confusion with such last mentioned trade mark or trade name in the manner and circumstances described in this section.

(2) The use of a trade mark causes confusion with another trade mark if the use of both trade marks in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with such trade marks are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not such wares or services are of the same general class.

(3) The use of a trade mark causes confusion with a trade name if the use of both the trade mark and trade name in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with the trade mark and those associated with the business carried on under such

de droits exclusifs résultant de l'emploi par d'autres personnes car ceci, à mon avis, représente la perte possible de droits exclusifs à la marque de commerce elle-même plutôt que la diminution de la clientèle intéressée.

Mais il ne peut pas porter la marque de commerce de son concurrent sur ses produits dans ce but ou dans celui de transmettre un message à des clients habitués aux produits portant cette marque de commerce de manière à ce qu'ils achètent plus facilement ses propres marchandises et, par conséquent, à diminuer la chance que de nouveaux clients, apprenant l'existence des marchandises portant cette marque de commerce, les achètent de préférence aux siennes, ou que d'anciens clients, habitués aux marchandises portant la marque de commerce, continuent à acheter les marchandises du propriétaire de la marque. En résumé, il ne peut pas utiliser la marque de commerce de son concurrent dans le but d'attirer les clients de son concurrent en cherchant à affaiblir l'habitude qu'ils ont d'acheter ce qu'ils achetaient auparavant, ou la probabilité qu'ils achètent les produits de son concurrent, ou le lien quel qu'il soit qui les unit aux marchandises de son concurrent, pour s'en assurer la clientèle, car ceci n'est pas seulement calculé pour diminuer ou détruire la clientèle de son concurrent, mais c'est également utiliser la marque de commerce de son concurrent pour accomplir une telle fin.

En l'espèce, le litige porte sur des services et des marchandises appartenant à des genres d'activités totalement différents. On n'a pas prouvé de diminution réelle de la clientèle ni, à mon avis, aucun fait d'où l'on puisse déduire la possibilité d'une telle diminution.

L'action est rejetée avec dépens.

¹ 6. (1) Aux fins de la présente loi, une marque de commerce ou un nom commercial crée de la confusion avec une autre marque de commerce ou un autre nom commercial si l'emploi de la marque de commerce ou du nom commercial en premier lieu mentionné cause de la confusion avec la marque de commerce ou le nom commercial en dernier lieu mentionné, de la manière et dans les circonstances décrites au présent article.

(2) L'emploi d'une marque de commerce crée de la confusion avec une autre marque de commerce lorsque l'emploi des deux marques de commerce dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises en liaison avec ces marques de commerce sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services en liaison avec lesdites marques sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale.

(3) L'emploi d'une marque de commerce crée de la confusion avec un nom commercial, lorsque l'emploi des deux dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à cette marque et les marchandises liées à l'entreprise poursuivie sous ce nom commercial sont

trade name are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not such wares or services are of the same general class.

(4) The use of a trade name causes confusion with a trade mark if the use of both the trade name and the trade mark in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with the business carried on under such trade name and those associated with such trade mark are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not such wares or services are of the same general class.

(5) In determining whether trade marks or trade names are confusing, the court or the Registrar, as the case may be, shall have regard to all the surrounding circumstances including

- (a) the inherent distinctiveness of the trade marks or trade names and the extent to which they have become known;
- (b) the length of time the trade marks or trade names have been in use;
- (c) the nature of the wares, services or business;
- (d) the nature of the trade; and
- (e) the degree of resemblance between the trade marks or trade names in appearance or sound or in the ideas suggested by them.

fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services en liaison avec une telle marque et les services en liaison avec l'entreprise poursuivie sous un tel nom sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou services soient ou non de la même catégorie générale.

(4) L'emploi d'un nom commercial crée de la confusion avec une marque de commerce, lorsque l'emploi des deux dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à l'entreprise poursuivie sous ce nom commercial et les marchandises liées à une telle marque sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services en liaison avec l'entreprise poursuivie sous ce nom et les services en liaison avec une semblable marque sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou services soient ou non de la même catégorie générale.

(5) En décidant si des marques de commerce ou des noms commerciaux créent de la confusion, la cour ou le registraire selon le cas, doit tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce, y compris

- a) le caractère distinctif inhérent des marques de commerce ou noms commerciaux, et la mesure dans laquelle ils sont devenus connus;
- b) la période pendant laquelle les marques de commerce ou noms commerciaux ont été en usage;
- c) le genre des marchandises, services ou entreprises;
- d) la nature du commerce;
- e) le degré de ressemblance entre les marques de commerce ou les noms commerciaux dans la présentation ou le son, ou dans les idées qu'ils suggèrent.

Comeau's Sea Foods Limited, Smith Industries North America Limited and Ralph Lord (Plaintiffs)

v.

The Frank and Troy (Defendant)

Trial Division, Keirstead D.J.—Saint John, N.B., May 13, 1971; Ottawa, November 2, 1971.

Maritime law—Ship in default on mortgage—Arrest and sale—Priorities of creditors' claims—Damages by collision—Arrears of mortgage—Unpaid price of ship's radar—Costs of sale and motion.

In June 1969 *S* installed a marine radar in defendant ship for \$2,255, of which only \$600 had been paid by February 17, 1970, on which date the ship was mortgaged for \$8,000 to *C* who was unaware that the radar was not paid for. *S* did not in fact bill the ship for the radar until April 1970. On February 5, 1971, the mortgage being in default, the ship was arrested and later sold at public auction for \$10,000 to *C*. In March 1971 *S* issued a writ against the ship for the balance owing on the radar. In May 1971 *L* issued a writ against the ship claiming \$3,209 for damages by collision at sea: this claim was settled by agreement between the parties.

Held, the order of priority in payment is: (1) the cost of sale of the ship and of establishing priorities; (2) *L*'s claim for damages by collision; (3) *C*'s claim on the mortgage; (4) *S*'s claim for the amount due on the radar.

Montreal Dry Docks and Ship Repairing Co. v. Halifax Shipyards Ltd. (1920) 60 S.C.R. 359, *Coastal Equipment Agencies Ltd. v. The "Comer"* [1970] Ex.C.R. 13, *Argosy Marine Co. v. The Jeannot D* [1970] Ex.C.R. 351, applied.

MOTION.

C. E. Haliburton for plaintiffs.

J. P. Barry for defendant.

KEIRSTEAD D. J.—By mortgage dated February 17, 1970 the 64 shares in the Motor Vessel *Frank and Troy* owned by Hovey Dickinson Russell were mortgaged to the plaintiff Comeau's Sea Foods Limited. The principal amount of the mortgage was \$8,000.00. Interest was payable thereon at the rate of 6% per annum. The mortgagor defaulted in payment and as of February 5, 1971 there was owing and unpaid the sum of \$8,258.50.

Comeau's Sea Foods Limited, Smith Industries North America Limited et Ralph Lord (Demandeurs)

c.

Le Frank and Troy (Défendeur)

Division de première instance, le juge suppléant Keirstead—Saint-Jean (N.-B.), le 13 mai 1971 et Ottawa, le 2 novembre 1971.

Droit maritime—Non-paiement d'une hypothèque par le navire—Saisie et vente—Rang des réclamations des créanciers—Dommages consécutifs à un abordage—Arrérages relatifs à l'hypothèque—Prix du radar du navire non payé—Frais de vente et requête.

En juin 1969, *S* a installé un radar de bord sur le navire défendeur pour un prix de \$2,255, dont seulement \$600 avaient été acquittés le 17 février 1970, date à laquelle le navire a été hypothéqué pour la somme de \$8,000 au profit de *C* qui ne savait pas que le radar n'était pas payé. En fait *S* n'a facturé le radar au nom du navire qu'en avril 1970. Le 5 février 1971, par suite du défaut de paiement de l'hypothèque, le navire a été saisi puis vendu aux enchères publiques pour une somme de \$10,000 à *C*. En mars 1971, *S* a assigné le navire en justice pour le solde restant dû sur le prix du radar. En mai 1971, *L* a traduit le navire en justice et lui a réclamé \$3,209 pour les dommages consécutifs à un abordage en mer: cette réclamation a été réglée à la suite d'un accord entre les parties.

Arrêt: l'ordre des paiements est le suivant: (1) les frais de vente du navire et d'établissement de l'ordre des paiements; (2) la réclamation de *L* pour les dommages subis par suite de l'abordage; (3) la réclamation de *C* quant à l'hypothèque; (4) la réclamation de *S* pour la somme due relativement au radar.

Arrêts suivis: *Montreal Dry Docks and Ship Repairing Co. c. Halifax Shipyards Ltd.* (1920) 60 R.C.S. 359, *Coastal Equipment Agencies Ltd. c. Le «Comer»* [1970] R.C.É. 13 et *Argosy Marine Co. c. Le Jeannot D.* [1970] R.C.É. 351.

REQUÊTE.

C. E. Haliburton pour les demandeurs.

J. P. Barry pour le défendeur.

LE JUGE SUPPLÉANT KEIRSTEAD—Par une hypothèque datée du 17 février 1970, M. Hovey Dickinson Russell a hypothéqué les 64 parts qu'il possédait dans le navire à moteur *Frank and Troy* au profit de la demanderesse, la Comeau's Sea Foods Limited. Le principal de l'hypothèque était de \$8,000.00. L'intérêt payable sur cette somme était fixé au taux annuel de 6 p. 100. Le débiteur a manqué à son engagement de payer et, à la date du 5 février 1971,

The vessel was arrested on February 5, 1971.

Order for sale at public auction was issued on February 22, 1971 at a reserved bid of \$10,000.00. The date of public auction was Wednesday, March 24, 1971. The vessel was sold at the said public auction for the sum of \$10,000.00.

On March 9, 1971 Smith Industries North America Limited, a company duly incorporated under the laws of Canada, issued a writ against the *Frank and Troy* claiming:

The plaintiff's claim is against the Motor-Vessel *Frank and Troy* for necessaries sold, namely, Kelvin Hughes (used) type 17 transistorised Marine Radar for operation on 32 volts D.C. bearing serial number 11475 and including the display, scanner, transmitter and motor generator, which said necessaries were sold, supplied and installed in June of 1969, and the plaintiff claims the sum of \$1,655.10 being the sum owed to it and costs of this action.

On May 6, 1971 a notice of motion was issued notifying the parties that on May 13, 1971 Counsel would be heard in regard to priority of payments to the several claimants.

Affidavit dated May 11, 1971 was made by Reginald D. Johnson, manager of Smith Industries North America Limited, in which affidavit he testified to the value of the radar equipment and the cost of the installation thereof.

On May 12, 1971 L. Ralph Lord issued a writ against the *Frank and Troy* claiming \$3,209.90 in an action for damages by collision at sea. The statement of claim was dated June 9, 1971. Conditional appearance dated May 21, 1971 was entered subject to the right of the defendant to set aside the writ of summons. Negotiations were entered upon between the parties and the matter was settled.

The liens which may attach to a ship, cargo or freight under the principles of Admiralty law may be classified as:

1. Maritime Liens;

la somme de \$8,258.50 était impayée et restait due.

Le navire a été saisi le 5 février 1971.

Le 22 février 1971, on a pris une ordonnance de vente aux enchères publiques et la mise à prix a été fixée à \$10,000.00. La date de la vente était le 24 mars 1971. Le navire a été vendu à ladite vente aux enchères publiques au prix de \$10,000.00.

Le 9 mars 1971, la Smith Industries North America Limited, compagnie dûment constituée en corporation en vertu des lois du Canada, a assigné en justice le navire à moteur *Frank and Troy* et a formulé la réclamation suivante:

[TRADUCTION] La présente réclamation de la demanderesse contre le navire à moteur *Frank and Troy* concerne le paiement de fournitures nécessaires qu'elle lui a vendues, à savoir: un radar de bord à transistors Kelvin Hughes (d'occasion), type 17, portant le numéro de série 11475 et fonctionnant sur un courant continu de 32 volts, ce qui comprend le récepteur, l'antenne, l'émetteur et le générateur. Ces pièces ont été vendues, fournies et installées en juin 1969. La demanderesse réclame une somme de \$1,655.10 qui représente ce qui lui est dû ainsi que les frais de la présente action.

Le 6 mai 1971, on a, par avis de requête, fait savoir aux parties que les avocats seraient entendus le 13 mai 1971 sur l'ordre de paiement des divers réclamants.

M. Reginald D. Johnson, directeur de la Smith Industries North America Limited, a préparé un affidavit daté du 11 mai 1971 où il a indiqué la valeur de l'équipement de radar ainsi que les frais de son installation.

Le 12 mai 1971, M. L. Ralph Lord a assigné en justice le navire à moteur *Frank and Troy* lui réclamant \$3,209.90 dans une action en dommages-intérêts consécutive à un abordage en mer. La déclaration était datée du 9 juin 1971. Un acte de comparution conditionnelle daté du 21 mai 1971 a été produit, ce qui laissait au défendeur le droit de faire annuler l'assignation. Les parties ont engagé des négociations et l'affaire a été réglée.

Les privilèges qui peuvent grever un navire, une cargaison ou le fret d'un navire en vertu des principes du droit maritime peuvent être classés de la façon suivante:

1. les privilèges maritimes;

2. Possessory Liens;
3. Statutory Liens.

A maritime lien may be defined as a privileged claim, upon maritime property, for services done to it or injury caused by it, arising from the moment when the claim attaches, travelling with the property unconditionally, and enforced by means of an action *in rem*.

Possessory liens: At common law, a possessory lienholder has the right to retain possession of goods belonging to another until certain demands of the lienholder have been satisfied. The lienholder must remain continuously in possession of the goods if the lien is to continue. The lienholder has no power of sale unless it has been given to him expressly by statute. Possessory liens usually arise in connection with a ship repairer's claim for repairs, a shipowner's claim for freight, or a cargo owner's claim for general average contribution. A salvor is also entitled to a possessory lien.

A possessory lien cannot be enforced in the Admiralty Court, but it is recognized and protected by the Court if the *res* has been arrested to enforce another claim. A possessory lien takes precedence over claims which give rise to a statutory lien if action has not been commenced to enforce the statutory lien. A possessory lien does not take precedence over a previously existing maritime lien, though it may take priority over maritime liens arising subsequently.

A possessory lienholder may have his lien protected by the Admiralty Court by intervening in an existing action and requesting recognition and protection. See *The Tergeste*, [1903] P. 26; *Montreal Dry Docks and Ship Repairing Co. v. Halifax Shipyards Ltd.* (1920) 60 S.C.R. 359 at p. 370.

2. les privilèges possessoires;
3. les privilèges légaux.

Le privilège maritime peut se définir comme un droit privilégié sur un bien maritime, en raison des services qui lui ont été rendus ou des dommages qu'il a pu causer. Il existe à partir du moment où le droit grève le navire, il accompagne le bien sans réserve et on le fait valoir en intentant une action *in rem*.

Les privilèges possessoires: en common law, le titulaire d'un privilège possessoire a le droit de conserver la possession de marchandises appartenant à une autre personne jusqu'à ce qu'il obtienne satisfaction sur certaines de ses exigences. Le titulaire du privilège doit rester constamment en possession des marchandises pour que le privilège continue à exister. Le titulaire d'un privilège n'a pas le pouvoir de vendre le bien à moins que la loi ne le lui confère expressément. L'origine des privilèges possessoires est généralement liée à une réclamation d'un réparateur de navires au sujet des réparations, à une réclamation du propriétaire d'un navire relative au fret ou à une réclamation du propriétaire d'une cargaison relative à la contribution aux avaries communes. Un sauveur a également droit à un privilège possessoire.

On ne peut faire valoir un privilège possessoire devant une cour d'amirauté, mais celle-ci le reconnaît et le protège si la chose a été saisie pour rendre exécutoire une autre réclamation. Un privilège possessoire prend rang avant les réclamations qui donnent naissance à un privilège légal si l'action destinée à faire valoir le privilège légal n'est pas encore engagée. Un privilège possessoire prend rang après un privilège maritime qui existe déjà, bien qu'il puisse prendre rang avant les privilèges maritimes nés par la suite.

La Cour d'amirauté peut protéger le privilège du titulaire d'un privilège possessoire s'il intervient dans une action en cours et s'il demande la reconnaissance et la protection de son privilège. Voir *The Tergeste*, [1903] P. 26 ainsi que l'affaire *Montreal Dry Docks and Ship Repairing Co. c. Halifax Shipyards Ltd.* (1920) 60 R.C.S. 359, à la p. 370.

A statutory lien, as distinct from a maritime lien which generally arises out of the inherent jurisdiction of the Court of Admiralty, is a right *in rem* arising out of the statutes conferring jurisdiction on the Admiralty Court, commencing with the *Admiralty Court Acts* of 1840 and 1861.

The enlarging statutes not only gave the Admiralty Court jurisdiction over new types of claims such as necessities, but also increased the jurisdiction of the Court over claims in which it had an inherent jurisdiction, such as collisions. For instance, the Admiralty Court had inherent jurisdiction over collisions occurring on the high seas and the 1840 Act gave it additional jurisdiction over collisions occurring on waters within the body of a county.

A statutory lien differs from a maritime lien in two respects:

- (1) A statutory lien accrues only from the day of the arrest and is subject to claims already subsisting against the *res*: *The Cella* (1888) 13 P.D. 82; and
- (2) A statutory lien is defeated by a bona fide transfer of the property for value: *The Henrich Björn* (1886) 11 A.C. 270.

Statutory liens are postponed to all maritime liens, possessory liens, registered mortgages which are in existence at the time the ship is arrested to enforce the statutory lien.

Mortgages rank after maritime liens and possessory liens. I quote from Roscoe's Admiralty Practice, 5th ed., page 55:

A mortgage ranks after persons having either maritime or possessory liens, but before persons with only a right *in rem*. A mortgage is a valid charge on the vessel from the day it is given, but the rights of the plaintiff *in rem* only become operative when his suit is actually instituted.

Le privilège légal, à la différence du privilège maritime qui relève généralement de la compétence inhérente de la Cour d'amirauté, est un droit *in rem* découlant des lois qui confèrent à la Cour d'amirauté sa juridiction et remontant aux *Admiralty Court Acts* de 1840 et 1861.

Ces lois générales, ont non seulement donné à la Cour d'amirauté juridiction sur de nouveaux types de réclamations, comme par exemple en matière de fournitures nécessaires, mais ont également élargi la juridiction de la Cour aux réclamations sur lesquelles elle avait une compétence inhérente, comme par exemple en matière d'abordages. C'est ainsi que la Cour d'amirauté avait une compétence inhérente en matière d'abordages qui survenaient en haute mer et la Loi de 1840 lui a donné en outre juridiction sur les abordages survenant dans les eaux dans les limites d'un corps de comté.

Un privilège légal diffère d'un privilège maritime sur deux points:

- (1) Le privilège légal ne court qu'à partir du jour de la saisie-arrêt et dépend des réclamations déjà existantes sur la chose: Voir l'affaire *The Cella* (1888) 13 P.D. 82, et
- (2) Le privilège légal est annulé par la cession de bonne foi et à titre onéreux des biens: Voir l'affaire *The Henrich Björn* (1886) 11 A.C. 270.

Les privilèges légaux viennent après tous les privilèges maritimes, les privilèges possessoires et les hypothèques enregistrées qui existent à l'époque où le navire est saisi en vue de faire valoir le privilège légal.

Les hypothèques prennent rang après les privilèges maritimes et les privilèges possessoires. J'extraits la citation suivante à la p. 55 de la 5^e édition de l'ouvrage Admiralty Practice de M. Roscoe:

[TRADUCTION] Le créancier hypothécaire prend rang après les personnes qui ont soit des privilèges maritimes, soit des privilèges possessoires, mais avant les personnes qui sont uniquement titulaires d'un droit *in rem*. L'hypothèque constitue un droit valide grevant un navire à compter du jour où il est accordé, mais les droits d'un demandeur *in rem* ne deviennent exécutoires que lorsque celui-ci intente en fait son action.

Priority between liens: The ranking of liens becomes important when the value of the *res* is insufficient to satisfy all the claims against it. Certain general rules have been laid down to determine priorities but these rules are subject to many exceptions.

The order of preference between liens may be generally stated to be as follows:

- (i) Cost of rendering a fund available by the sale of the *res*: *The Immacolata Concezione* (1873) 9 P.D. 37;
- (ii) Maritime liens;
- (iii) Possessory liens;
- (iv) Mortgages;
- (v) Statutory liens.

The time when a lien attaches is material in determining priorities. A maritime lien attaches when the event giving rise to the lien occurs. A possessory lien arises when the claimant obtains possession of the property. A statutory lien arises when a suit is instituted to enforce the lien.

Counsel for Smith Industries North America Limited referred to Falconbridge Law of Mortgages, 3rd ed., page 483, sub-note (a) and pages 697 and 698. Also *Sawyer v. Security Trust Co.* (1920-21) 61 S.C.R. 109 at page 117. These references deal with the question as to whether the mortgagee can be a purchaser at the mortgage sale. It is to be noted that the order for sale provided in section (5) that the said Comeau's Sea Foods Limited shall have leave to bid at the said sale. A reserve bid of \$10,000.00 was fixed by the Court. The circumstances were such that the Court was of the opinion that the mortgagee should be accorded leave to bid at the said sale. Advertisement of the said sale by public auction was widely published. At the said sale by public auction no bids were received other than that of Comeau's Sea Foods Limited.

The claim of Smith Industries North America Limited arose from the sale of a marine radar with associated equipment. This marine radar was installed on the *Frank and Troy* in June,

Rang des privilèges: Le rang des privilèges devient important lorsque la valeur de la chose est insuffisante pour satisfaire toutes les revendications portées sur elle. Certaines règles générales ont été énoncées dans le but de déterminer un ordre de préférence, mais ces règles souffrent de nombreuses exceptions.

L'ordre de préférence des privilèges peut généralement être établi de la façon suivante:

- (i) les frais de mobilisation du capital consécutifs à la vente de la chose: *The Immacolata Concezione* (1873) 9 P.D. 37;
- (ii) les privilèges maritimes;
- (iii) les privilèges possessoires;
- (iv) les hypothèques;
- (v) les privilèges légaux.

La date à laquelle un bien est grevé d'un privilège est essentielle pour déterminer cet ordre. Un privilège maritime greève un bien à la survenance de l'événement qui lui a donné naissance. Un privilège possessoire existe lorsque le réclamant obtient la possession du bien. Le privilège légal existe lorsqu'une poursuite est intentée pour le faire valoir.

L'avocat de la Smith Industries North America Limited a cité l'ouvrage de M. Falconbridge Law of Mortgages, 3^e éd. aux pages 483, note a), 697 et 698 ainsi que l'affaire *Sawyer c. Security Trust Co.* (1920-21) 61 R.C.S. 109 à la page 117. Ces citations traitent de la question de savoir si le créancier hypothécaire peut se constituer acheteur du bien hypothéqué lors de sa vente. Il convient de remarquer que l'article (5) de l'ordonnance de vente donnait à la Comeau's Sea Foods Limited précitée l'autorisation de faire une offre lors de ladite vente. La Cour avait fixé à \$10,000.00 la mise à prix. Les circonstances étaient telles que la Cour pensait qu'on devait accorder au créancier hypothécaire le droit de faire une offre lors de ladite vente. On a donné une grande publicité à cette vente aux enchères publiques. A la vente en question, on n'a pas reçu d'offre autre que celle de la Comeau's Sea Foods Limited.

La réclamation de la Smith Industries North America Limited a son origine dans la vente d'un radar de bord et de l'équipement accessoire. Ce radar de bord a été installé sur le

1969. The supplying of radar to the ship constituted a necessity.

In *Argosy Marine Co. v. The SS "Jeannot D"* [1970] Ex.C.R. 351, Noël J., at page 357, said:

There can be no doubt that in our day and age the purchase of radar for a ship is a major necessity and that any prudent man would install such equipment on his ship. Since the master here is also the owner of the ship, it appears undeniable to me that he saw the radar he bought as equipment necessary for the proper navigation of his ship.

In *Aldershot Contractors Equipment Rental Ltd. v. Ship "Protostatis"* (1967) 67 D.L.R. (2d) 174, the action concerned the rental of a crane which was to be used to help unload part of the cargo of the ship *Protostatis* which had run aground off Wolfe Island. I quote from Wells D.J.A., at page 177:

What "necessaries" were was first authoritatively discussed in the Court of Admiralty in England in a case known as *The "Riga"* (1872), L.R. 3A. & E. 516. Sir Robert Phillimore, who gave the judgment of the Court in that case, summed the matter up at p. 522, when he said:

I am unable to draw any solid distinction (especially since the last statute) between necessaries for the ship and necessaries for the voyage . . .

The "last statute" was the Act of 1861.

He then proceeded to state that he would follow the doctrine of the common law laid down by Lord Tenterden in the case of *Webster v. Seekamp* (1821), 4 B. & Ald. 352 at p. 354, 106 E.R. 966. Then, quoting from Lord Tenterden, he said [p. 522]:

The general rule is, that the master may bind his owners for necessary repairs done or supplies provided for the ship. It was contended at the trial that this liability of the owners was confined to what was absolutely necessary. I think that rule too narrow, for it would be extremely difficult to decide, and often impossible, in many cases, what is *absolutely* necessary. If, however, the jury are to inquire only what is necessary, there is no better rule to ascertain that than by considering what a prudent man, if present, would do under circumstances in which the agent, in his absence, is called upon to act. I am of opinion that whatever is fit and proper for the service on which a vessel is engaged, whatever the owner of that vessel, as a prudent man, would have ordered if present at the time, comes within the meaning of the term "necessaries", as applied to those repairs done or things provided for the ship by order of the master, for which the owners are liable.

Frank and Troy en juin 1969. L'installation d'un radar sur un navire a le caractère d'une fourniture nécessaire.

Dans l'affaire *Argosy Marine Co. c. Le SS "Jeannot D"* [1970] R.C.É. 351, le juge Noël a déclaré à la page 357:

[TRADUCTION] Il ne peut être mis en doute qu'à l'époque où nous vivons, l'achat d'un radar pour un navire ne soit d'une grande nécessité et que tout homme prudent en installerait un sur son navire. Comme le capitaine ici est aussi le propriétaire du navire, il me paraît indéniable qu'il a vu dans ce radar qu'il achetait une fourniture nécessaire à la bonne navigation de son navire.

Dans l'affaire *Aldershot Contractors Equipment Rental Ltd. c. Ship "Protostatis"* (1967) 67 D.L.R. (2^e) 174, l'action portait sur la location d'une grue qui devait servir à décharger une partie de la cargaison du navire *Protostatis* qui s'était échoué au large de la Wolfe Island. Je cite le juge Wells J.D.A., à la page 177:

[TRADUCTION] La nature des «fournitures nécessaires» a été discutée pour la première fois avec autorité devant la Court of Admiralty d'Angleterre dans une affaire connue sous le nom de *The "Riga"* (1872), L.R. 3A. & E. 516. Sir Robert Phillimore, qui a rendu le jugement de la Cour en l'espèce, a résumé ainsi la question à la page 522:

Je suis incapable d'établir une distinction valable (surtout depuis la dernière loi) entre les fournitures nécessaires au navire et les fournitures nécessaires pour la traversée . . .

La «dernière loi» était la Loi de 1861.

Il a alors poursuivi en déclarant qu'il suivrait le principe de common law formulé par Lord Tenterden dans l'affaire *Webster c. Seekamp* (1821), 4 B. & Ald. 352, à la p. 354, 106 E.R. 966. Il a alors cité Lord Tenterden en déclarant [page 522]:

[TRADUCTION] La règle générale veut que le capitaine peut engager la responsabilité des propriétaires en matière de réparations nécessaires effectuées sur le navire ou de fournitures nécessaires installées sur le navire. On a soutenu au procès que cette responsabilité des propriétaires se limitait à ce qui était absolument nécessaire. Je crois que cette règle est trop étroite, car, dans de nombreux cas, il serait extrêmement difficile, et souvent impossible, de déterminer ce qui est *absolument* nécessaire. Toutefois, si le jury a à connaître uniquement de ce qui est nécessaire, il n'y a pas de meilleure règle pour le déterminer que d'examiner ce qu'un homme prudent, s'il était présent, ferait dans les circonstances où celui qui a agi, était tenu de le faire. J'estime que tout ce qui convient et est approprié au service auquel le navire est destiné, quel que soit ce que le propriétaire de ce navire en homme prudent, aurait ordonné s'il avait été présent à l'époque, relève de l'acception des termes «fournitures nécessaires» qu'on applique à ces réparations effectuées sur le navire ou aux choses fournies au navire par ordre du capitaine et dont les propriétaires sont responsables.

Does the claimant for necessaries have a maritime lien? On this point I quote from the judgment of Noël J. in the case of *Coastal Equipment Agencies Ltd. v. The "Comer"* [1970] Ex.C.R. 13 at page 31:

I must therefore conclude, after an exhaustive examination of the main decision handed down on this subject, that the claimant for necessaries supplied to a ship has no maritime lien on the ship but, at the most, has a right to bring an action *in rem* against the ship if the ship is still in the hands of the same owner. Indeed, as we have seen, no lien was created by the Act of 1840, or by the Act of 1861, or even by the Act of 1891, or by any other subsequent United Kingdom or Canadian Act. However, the claimant for necessaries was conceded a certain right *in rem* which at certain times has been vaguely called a statutory lien.

and at page 31 et seq.:

This action *in rem*, however, does not give any privilege or lien or preference whatsoever, and the claimant for necessaries seems to me to be in the same position as an ordinary unsecured creditor. If he is an execution creditor, he will be entitled to his costs of action but his claim will be ranked only in accordance with the order of priorities set by law. In fact, to give him, through the mere fact that he has a simple right of action *in rem*, a right and specific privilege which would deprive the same debtor's other creditors of exercising their claims against the property seized, especially after the corporation owning such property has made a proposal under the *Bankruptcy Act*, seems to me unacceptable and based on no legal text or judgment. In fact, this would be a serious blow to the principle whereby the property of a debtor is the security of his creditors.

The mortgage held by Comeau's Sea Foods Limited was dated February 17, 1970. The marine radar was installed in June, 1969 at the cost of \$2,255.10. There is no evidence that a conditional sales contract was entered into by the parties and registered. The only payments made on the mortgage were \$500.00 paid on November 27, 1970 and \$100.00 paid January 27, 1971.

There is no evidence to indicate that the mortgagee knew or ought to have known that the marine radar was not paid for when the mortgage was given by the owner and received by Comeau's Sea Foods Limited.

One would have expected that the cost of the marine radar and the associated equipment would have been paid for shortly after thirty days had elapsed from the date of the installa-

Celui qui réclame le paiement des fournitures nécessaires a-t-il un privilège maritime? A ce propos, je cite le jugement du juge Noël dans l'affaire *Coastal Equipment Agencies Ltd. c. The «Comer»* [1970] R.C.É. 13, à la page 31:

Il me faut donc, à l'examen exhaustif des principales décisions rendues en cette matière, conclure que le réclamant d'approvisionnements nécessaires d'un navire n'a aucun lien maritime sur le navire, mais possède tout au plus un droit d'exercer une action *in rem* contre le navire si ce navire est encore entre les mains du même propriétaire. Aucun lien n'a, en effet, comme nous l'avons vu, été créé par le statut de 1840 ou par celui de 1861 ou même par celui de 1891 ni par aucun autre statut du Royaume-Uni ou canadien subséquent. On concédait, cependant, au réclamant d'approvisionnements nécessaires, un certain droit *in rem* qu'on a vaguement appelé en certaines occasions un lien statutaire.

et aux pages 31 et suivantes:

Cette action *in rem*, cependant, ne donne aucun privilège ou lien ou préférence quelconque et le réclamant d'approvisionnements nécessaires me paraît être dans la même situation qu'un créancier chirographaire ordinaire. S'il est créancier exécutant, il aura droit à ses frais d'action mais sa créance ne prendra rang que suivant l'ordre des priorités fixé par la loi. Lui donner, en effet par suite du simple fait qu'il possède un simple droit d'action *in rem* un droit et privilège particulier qui priverait les autres créanciers du même débiteur d'exercer leurs créances contre les biens saisis, surtout après que la corporation propriétaire de ces biens ait fait une proposition en vertu de la *Loi sur la faillite*, me paraît inacceptable et fondé sur aucun texte légal ni décision judiciaire. Il y aurait là, en effet, un accroc sérieux au principe qui veut que les biens d'un débiteur soit le gage commun de ses créanciers.

L'hypothèque détenue par la Comeau's Sea Foods Limited était datée du 17 février 1970. Le radar de bord a été installé en juin 1969 au prix de \$2,255.10. Il n'y a aucune preuve qu'un contrat de vente sous condition ait été conclu entre les parties et enregistré. Les seuls versements effectués relativement à l'hypothèque correspondent à une somme de \$500.00 payée le 27 novembre 1970 et une somme de \$100.00 payée le 27 janvier 1971.

Il n'existe aucune preuve indiquant que le créancier hypothécaire savait ou aurait dû savoir que le radar de bord n'avait pas été payé lorsque le propriétaire a consenti l'hypothèque au profit de la Comeau's Sea Foods Limited.

On se serait attendu à ce que le coût du radar de bord et de l'équipement accessoire fût payé peu après un délai de 30 jours à compter de la date de leur installation. La date de facturation était le 24 avril 1970.

tion. The date of the billing invoice was April 24, 1970.

In my opinion Smith Industries North America Limited was dilatory and careless in exercising its rights in collecting the account and delayed longer than was reasonable in exercising its rights. In fact it seems that the action of Comeau's Sea Foods Limited started on February 5, 1971 was the stimulus that caused Smith Industries North America Limited to issue its writ on March 9, 1971.

To protect its interest it was open to the claimant Smith Industries North America Limited to bid at the public auction.

Reference was made to the case of *Montreal Dry Docks and Ship Repairing Co. v. Halifax Shipyards Ltd.* (1920) 60 S.C.R. 359, in regard to equitable considerations. In my respectful view that case is distinguishable from the case at bar.

The question of priorities was dealt with in the case of *The "Pickaninny"; George Hammond & Co. (Intervenors)* [1960] 1 Lloyd's Rep. 533. In this case the mortgagees arrested the ship. The intervenors issued a writ against the ship for £421 (including £206 in respect to repairs). There were insufficient funds. The mortgagees moved for an order that they were entitled to priority over all other claimants against the fund. The intervenors claimed priority for £206 because that expenditure was for the benefit of and had accrued directly to the mortgagees in the repairing of the *Pickaninny*. They submitted to hold otherwise would not be equitable.

It was held "that the intervenors had failed to prove that the mortgagees knew that the intervenors were giving the undertaking or that the shipowners were insolvent, and that, therefore there was no cause to depart from the usual order of priorities that necessities men came after mortgagees, and that their claim only attached when they issued the writ." Order was made for payment out of the fund in Court.

A mon avis, la Smith Industries North America Limited a fait preuve de lenteur et de négligence dans l'exercice de ses droits en vue de percevoir le compte et a tardé, plus qu'il était raisonnable de le faire, à exercer ses droits. En fait, il semble que l'action de la Comeau's Sea Foods Limited intentée le 5 février 1971 ait incité la Smith Industries North America Limited à produire son assignation le 9 mars 1971.

En vue de protéger ses intérêts, on a permis à la demanderesse, Smith Industries North America Limited, de faire une offre à la vente aux enchères publiques.

On a cité l'affaire *Montreal Dry Docks and Ship Repairing Co. c. Halifax Shipyards Ltd.* (1920) 60 R.C.S. 359, en ce qui concerne la question des contreparties équitables. A mon humble avis, cette affaire doit être distinguée de l'espèce.

L'affaire *The «Pickaninny»; George Hammond & Co. (Intervenors)* [1960] 1 Lloyd's Rep. 533, a traité de la question de l'ordre des paiements. Dans cette affaire, les créanciers hypothécaires ont saisi le navire. Les intervenants ont traduit le navire en justice pour une somme de £421 (dont £206 avaient trait à des réparations). Les capitaux étaient insuffisants. Les créanciers hypothécaires ont demandé une ordonnance qui leur donnerait la préférence sur tous les autres réclameurs en ce qui concerne le capital. Les intervenants ont réclamé la préférence pour les £206, parce que cette dépense faite pour réparer le *Pickaninny* avait profité directement aux créanciers hypothécaires. Ils ont prétendu que juger autrement ne serait pas équitable.

On a jugé: [TRADUCTION] «que les intervenants n'avaient pas réussi à prouver que les créanciers hypothécaires savaient que les intervenants avaient reçu la soumission ou que les propriétaires du navire étaient insolubles, que, par conséquent, il n'y avait pas de raisons de déroger à l'ordre habituel des paiements selon lequel les réclameurs de fournitures nécessaires viennent après les créanciers hypothécaires et que leurs droits ne grèvent le bien que lorsqu'ils ont produit une sommation.» On a rendu, à

I find that the claim of Comeau's Sea Foods Limited, the mortgagee, ranks in priority of the claim of Smith Industries North America Limited.

The order of priority in payment is:

1. Costs of rendering the fund available by sale of the *res*, and costs relating to establishing priorities;
2. The claim of L. Ralph Lord;
3. The claim of Comeau's Sea Foods Limited;
4. The claim of Smith Industries North America Limited.

I order that the claims involved be paid from the fund according to the above priority.

In respect to the submission of Smith Industries North America Limited for costs, although unsuccessful, I think it was reasonable for this claimant to raise the issue of priority. I order that the claimant Smith Industries North America Limited shall have costs in respect to the hearing establishing priorities.

l'audience, une ordonnance de paiement sur le capital.

Je pense que la réclamation du créancier hypothécaire, la Comeau's Sea Foods Limited, prend rang avant celle de la Smith Industries North America Limited.

L'ordre des paiements est le suivant:

1. les frais de mobilisation du capital consécutifs à la vente de la chose ainsi que les frais concernant l'établissement de l'ordre des paiements;
2. la réclamation de L. Ralph Lord;
3. la réclamation de la Comeau's Sea Foods Limited;
4. la réclamation de la Smith Industries North America Limited.

J'ordonne que le capital serve à acquitter les réclamations en cause selon l'ordre précité.

En ce qui concerne la prétention de la Smith Industries North America Limited concernant les frais, même si elle n'a pas été accueillie, je crois qu'il était raisonnable de la part de cette réclamante de soulever la question de l'ordre des paiements. J'ordonne que la réclamante Smith Industries North America Limited ait droit aux frais relatifs à l'audience qui a établi cet ordre.

INDEX

ADMIRALTY

See: MARITIME LAW

BILL OF RIGHTS

1. Female Indian married to non-Indian—Registration as member of Band revoked by Registrar—Review by county court judge—Jurisdiction of county court judge conferred by federal legislation—Judge not exercising function of county court—Review by Federal Court of Appeal—Federal Court Act, secs. 2(g), 28, Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 12(1)(b), B.N.A. Act, s. 96.

Male Indians in similar situation remain registered—Indian Act discriminates as to sex—Female Indians entitled to equality before law—Infringement of rights contrary to Canadian Bill of Rights.

LAVELL V. ATTORNEY-GENERAL OF CANADA, 347.

2. Civil rights—Practice—Witness, whether entitled to counsel—Canadian Bill of Rights—Right of counsel to intervene in proceeding, extent of.

VAPOR CANADA LTD. V. MACDONALD (No. 2), 465.

CITIZENSHIP

“Residence”, meaning—Applicant a student at U.S. university—Canadian Citizenship Act, R.S.C. 1970, c. C-19, s. 10(1)(b) and (c).

BLAHA V. MINISTER OF CITIZENSHIP & IMMIGRATION, 521.

CONSTITUTIONAL LAW

National Energy Board—Constitutional law—Inter-provincial pipe line—Distributor selling gas in one Province—Power of National Energy Board to fix pipe line transmission tolls—Whether interference with property and civil rights in Province—Whether regulatory power retrospective—B.N.A. Act, s. 91(2), (29), 92(10)(a)—National Energy Board Act, 1959 (Can.), c. 46, secs. 50, 51.

NORTHERN & CENTRAL GAS CORP. LTD. V. NATIONAL ENERGY BOARD, 149.

COPYRIGHT

1. Alleged infringement—Interlocutory injunction—Application refused—No *prima facie* case—Balance of convenience against injunction.

CROWN INDUSTRIAL PRODUCTS CO. V. IDI ELECTRIC (CAN.) LTD. (not reported, T-1674-71).

2. Musical work—Application for interlocutory injunction—No blatant disregard of plaintiff's rights—Damages adequate remedy—Injunction refused on terms.

MCA CANADA LTD. V. BENWELL (not reported, T-2158-71).

COSTS

See: PRACTICE

CROWN

1. Tort—Personal injuries of prison inmate—Hazardous task performed on orders of guard—Liability of Crown.

DANARD V. THE QUEEN, 417.

2. Automobiles—Collision—Negligence.

LA REINE V. CAMPBELL (not reported, B-4391).

3. Personal injuries caused by negligence—Damages, quantum.

SIWAK V. THE QUEEN (not reported, T-879-71).

4. Automobile collision—Military vehicle damaged in collision in Quebec—Claim by Crown for damages—Defendant on wrong side of road—Defendant wholly responsible.

THE QUEEN V. NORDSTROM (not reported, T-1582-71).

5. Damages—Fatal accident to husband—Assessment of wife's damages—Civil Code Quebec, art. 1056.

PERRY V. THE QUEEN (not reported, T-2280-71).

6. Actions—Action in tort—Crown and Air Canada joint defendants—Propriety of joining Air Canada or defendant—Whether Air Canada a corporation agent or a servant of Crown—Dismissal of action—Federal Court Act, 1970, c. 1, secs. 17(4)(b), 48—Crown Liability Act, R.S.C. 1970, c. C-38, secs. 3(1), 7(1), 8, 23.

KING V. THE QUEEN & AIR CANADA (not reported, T-2573-71).

7. Automobile collision in Montreal—Claim against Crown—Crown solely responsible.

NORTON CO. V. THE QUEEN (not reported, T-3015-71).

CUSTOMS

Customs Tariff—Dumping duty—U.S. goods purchased by U.S. subsidiary company—Sale by subsidiary to parent company in Canada at higher price—Assessment assumes subsidiary acted as agent of parent—Onus of proof—Customs Act, R.S.C. 1970, c. C-40, s. 248.

MAPLE LEAF MILLS LTD. V. THE QUEEN, 137.

ESTATE TAX

1. Usufruct bequeathed to wife and power to dispose of bare-ownership—Gift over to daughter if power not exercised—Daughter residuary legatee of mother's estate—Whether father's property part of mother's estate—Estate Tax Act, secs. 3(1)(a), 3(2)(a), 58(1)(i).

MINISTER OF NATIONAL REVENUE V. LEMIEUX-FOURNIER, 39.

2. Transfer of assets to company in trust—Shares in company given in consideration—Subsequent issue of additional shares by company—Value of shares in estate—Whether “a disposition operating as an immediate gift *inter vivos*”—Estate Tax Act, 1958, c. 29 (now R.S.C. 1970, c. E-9), s. 3(1)(c).

ROBERTS ESTATE V. MINISTER OF NATIONAL REVENUE, 323.

EXPROPRIATION

1. Dower right—Expropriation of farm—Wife's inchoate right of dower—Valuation of—Payment forthwith of present value—Expropriation Act, R.S.C. 1952, c. 106, s. 30.

THE QUEEN V. SONNENBERG, 95.

2. Valuation, determination of—Market gardens—Comparable transactions—Compensation for business disturbance—(15.8 acres south of Blackburn Hamlet 2 miles east of eastern limits of city of Ottawa: \$30,000 plus \$3,500 for business disturbance.)

NATIONAL CAPITAL COMMISSION V. CLOUTIER (not reported, T-655-71).

3. Housing development expropriated in connection with proposed airport—Expropriation abandoned after 29 days—Claim for injurious affection to nearby land of same owner—Two parcels not adjacent—No works carried on by Crown before abandonment of expropriation—Whether owner would here claim for damages at common law—No physical damage—Assessment of damages (Ste Thérèse, P.Q., damages awarded: \$250,000; damages for injurious affection to nearby land: \$15,000 plus interest at 5%).

BENMAR DEVELOPMENT CORP. V. THE QUEEN (not reported, T-935-71).

4. Municipality injuriously affected by expropriation of nearby land—No land of municipality taken—No damage to property of municipality—No basis for award of damages—Quebec Civil Code, arts. 1053, 407 inapplicable.

CITY OF STE THÉRÈSE V. THE QUEEN (not reported, T-1608-71).

FEDERAL COURT

1. *See*: JUDICIAL REVIEW

2. *See also*: JURISDICTION

3. *See also*: PRACTICE

INCOME TAX

1. Farming loss—Limitation on deduction—Consulting engineers operating farm as promotional venture—Whether "farming"—Intention to make profit eventually—Income Tax Act, s. 13.

C.B.A. ENGINEERING LTD. V. MINISTER OF NATIONAL REVENUE, 3.

2. Sale of mining property by prospector—Consideration on production—Amounts received, whether royalties or similar payments—Whether exempt—Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 83(2), am. 1965, c. 18, s. 19(1).

BARTLETT V. MINISTER OF NATIONAL REVENUE, 53.

3. Mining company—Expenditures on construction of township for employees in mine—Not "development" expense—Income Tax Regulations, s. 1205.

Income from mining—Depletion allowance—Profit, computation of—Computation of profit for determining depletion

INCOME TAX—Continued

allowance—Scientific research to acquire "know how"—Capital expenditure—Income Tax Regulations, s. 1201(5)—Income Tax Act, s. 72(1).

INTERNATIONAL NICKEL CO. OF CAN. LTD. V. MINISTER OF NATIONAL REVENUE, 213.

4. Business income, computation—Reserves or contingent accounts—General contractor—Percentage of progress payments withheld until 35 days after architect's approval—Whether deductible in year withheld—Income Tax Act, s. 12(1)(e).

J. L. GUAY LTÉE V. MINISTER OF NATIONAL REVENUE, 237.

5. Fees owing deceased solicitor transferred by executor to legatee—Amount in excess of legacy paid by legatee to estate—Not a transfer or distribution of fees to beneficiary *qua* beneficiary—Solicitor's estate taxable on fees exceeding legacy—Income Tax Act, secs. 64(2), 64(3).

TORY ESTATE V. MINISTER OF NATIONAL REVENUE, 248.

6. Business income, computation of—Capital cost allowances—Uranium mine—Passage-ways through ore body, cost of constructing—Passage-ways an enduring asset—Whether cost current or capital expenditure—Income Tax Act, s. 11(1)(c); Income Tax Regulations 1100(1)(a)(xii), Sch. B, class 12.

Corporations—Mining company—Subsidiary formed to provide housing for miners—Losses of subsidiary reimbursed by parent—Whether deductible by parent—Whether subsidiary agent of parent.

DENISON MINES LTD. V. MINISTER OF NATIONAL REVENUE, 295.

7. Income—Prize money realized by horse owner from racing—Whether business or hobby—Deemed windfall gains derived from hobby—Appeal allowed—Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, secs. 3, 4, 139(1)(e).

HAMMOND V. MINISTER OF NATIONAL REVENUE, 341.

8. Tax liability assumed by purchaser of taxpayer's assets—Subsequent re-assessment—Additional taxes levied—Whether covered by contract—Waivers of time limitation on re-assessment of taxpayer signed by purchaser, whether effective—Quebec Civil Code, Art. 1173.

THE QUEEN V. SIMARD-BEAUDRY INC., 396.

9. Personal corporations—Company silent partner in apartment management business—Whether a "personal corporation"—Income Tax Act, secs. 67(1), 68(1)(c).

ROSE V. MINISTER OF NATIONAL REVENUE, 408.

10. Capital cost allowances—Demise of water power rights in river for 99 years with right of renewal—Whether lease or licence—Income Tax Regulations, Schedule B, classes 13 and 14.

BOWATER POWER CO. V. MINISTER OF NATIONAL REVENUE, 421.

INCOME TAX—Continued

11. "Income derived from operation of mine"—Exemption for 36 months—Profit from sale of ore extracted before exempt period—Whether exempt—Income Tax Act, s. 83(5).

FALCONBRIDGE NICKEL MINES LTD. v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE, 471.

12. Business profits, computation—Forgiveness of part of price of stock-in-trade—Whether a trading receipt—Whether benefit conferred—Income Tax Act, s. 137(2).

MINISTER OF NATIONAL REVENUE v. ENJAY CHEMICAL CO. (not reported, B-4089).

13. Business income, computation of—Foreign exchange losses, deduction of—U.S. funds borrowed for working capital—Loss on repayment—Not deductible.

"Manufacturing and processing corporation"—Income Tax Act, s. 40A—Record sales company acquiring records produced by another company on contract.

COLUMBIA RECORDS OF CAN. LTD. v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE (not reported, T-362-71).

14. Purchase and sale of land by company—Whether profit taxable—Intention.

BEAD REALTIES LTD. v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE (not reported, T-412-71).

15. Subsidy for scientific research—Expenditure on scientific research—Whether subsidy to be included in computing income—Whether expenditure deductible in computing income—Income Tax Act, secs. 72, 72A.

NUCLEAR ENTERPRISES LTD. v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE (not reported, T-462-71).

16. Purchase of lands and construction of shopping centre—Subsequent sale at profit—Whether business profit or capital gain.

SHIELDS-SNOW LTD. v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE (not reported, T-782-71).

17. Sale of shares by minority shareholder—Whether profit taxable—Company in business of dealing in oil and gas leases—Take-over of company shares by developer—Whether capital or income transaction to vendors.

MCKINLEY v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE (not reported, T-854-71).

18. Sale of shares by minority shareholder—Whether profit taxable—Company in business of dealing in oil and gas leases—Take-over of company shares by developer—Whether capital or income transaction to vendors.

SIEBENS v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE (not reported, T-855-71).

19. Capital cost allowances—Sale of building—Apportionment of price between land and building—Income Tax Act, s. 20(6)(g).

MUNDAY v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE (not reported, T-882-71).

INCOME TAX—Continued

20. Investment company—Profits on sales of shares in investment portfolio—Whether to be taken into account in computing business income—Finder's fees paid persons introducing lenders—Whether deductible expenditures.

CANADA PERMANENT MORTGAGE CORP. v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE (not reported, T-944-46-71).

21. Associated companies—Direction of Minister—Appeal from—Separate company formed to own land and equipment of manufacturing business—Whether reduction of tax one of main purposes for separation—Onus of proof—Income Tax Act, s. 138A(2), (3)(b)(ii).

DOMINION FREEHOLD LTD. v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE (not reported, T-947-71).

22. Gift tax—Widow's share of husband's estate—Transfer of half interest to son—Whether a gift—Question of fact.

PINKUS ESTATE v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE (not reported, T-990-71).

23. Purchase and sale of two farms at profit—Whether income from business or capital gain—Taxpayer's intention speculative—Onus of proving assessment wrong not satisfied.

SCHAFFER v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE (not reported, T-1135-71).

24. Land acquired by land development company for housing project—Part of land expropriated for school site at substantial profit—Whether taxable income—Intention of company—Profit assessable to tax.

MINISTER OF NATIONAL REVENUE v. PINE RIDGE PROPERTY LTD. (not reported, T-1160-71).

25. Deduction for fees of student in full-time attendance at university outside Canada—Income Tax Act, s. 11(1)(gb)—"Full-time attendance", meaning—Two-day a week night course not full-time course.

MINISTER OF NATIONAL REVENUE v. RITCHIE (not reported, T-1317-71).

26. Penalty for false statement in tax return—Gross negligence of professional accountant employed by taxpayer—Not attributable to taxpayer—No actual knowledge of error by taxpayer—Income Tax Act, s. 56(2).

MINISTER OF NATIONAL REVENUE v. WEEKS (not reported, T-1318-71).

27. Sale of mining interests acquired by grubstaker—Intervention of brokerage company controlled by grubstaker—Whether profit exempt—Income Tax Act, s. 83(3) and (4).

APPLEBY v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE (not reported, T-1389-71).

28. Deductions—Medical doctor—Expenses of carrying on practice—Automobile expenses—Capital cost allowances—Employment under statutory "offices"—Travelling expenses.

PROWSE v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE (not reported, T-1391-71).

INCOME TAX—Concluded

29. Appeal from assessment—Transferee of income assessed—Whether appeal from assessment cancelled by re-assessment—Income Tax Act, secs. 46(4), 53(1)(a), 58(3).

WALKEM v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE (not reported, T-1573-71).

30. Income from farming—“Farming”, meaning of—Income Tax Act, secs. 13, 139(1)(p).

MABER v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE (not reported, T-1631-71).

31. Deduction for dependents—Child “not previously qualified for family allowance”, meaning—Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, secs. 26(1)(c), 85c.

KORICAN v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE (not reported, T-1663-71).

32. Appeal—Corporation assessed—Notice of objection filed without authority—Appeal quashed.

VINELAND QUARRIES & CRUSHED STONE LTD. v. MINISTER OF NATIONAL REVENUE (not reported, T-2031-71).

INDUSTRIAL DESIGNS

Alleged infringement—Interlocutory injunction refused—Originality of design questioned—Registrability of design questioned—Proper marking of article questioned—*Prima facie* case for injunction not established—No irreparable damage if injunction not granted—Industrial Design Act, R.S.C. 1952, c. 150, (now R.S.C. 1970, c. I-8) secs. 7(3), 14.

AURÉLE MAROIS INC. v. INTERNATIONAL FIBERGLASS LTD. (not reported, T-2133-71).

JUDICIAL REVIEW

1. Railways—Decision of Canadian Transport Commission—Relocation of trackage for urban renewal project—Approval by CTC—Whether relocation “required” by railway—Whether relocation a “deviation” or “abandonment” of trackage—Intervention by third person—Whether natural justice denied—No open hearing asked for—No request made for submissions of others—Railway Act, R.S.C. 1952, c. 234, secs. 168, 181 and s. 53(2) (now R.S.C. 1970, c. R-2, secs. 106, 119, and National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17, s. 64(2)), Federal Court Act, 1970, c. 1, s. 28.

GATEWAY PACKERS 1968 LTD. v. BURLINGTON NORTHERN (MANITOBA) LTD., 359.

2. *Certiorari* — *Mandamus* — Broadcasting — CRTC — Refusal to order public inquiry of complaint against proposed telecast—Whether reviewable by Court—Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, s. 19(2)(c).

NATIONAL INDIAN BROTHERHOOD v. JUNEAU (No. 3), 498.

3. Practice—Judicial review—Appeal—Simultaneous appeal and application to set aside decision of federal tribunal—Terms—Federal Court Act, s. 28, Rule 1314.

ALY ABDEL HAFEZ ALY v. MINISTER OF MANPOWER & IMMIGRATION, 540.

JUDICIAL REVIEW—Concluded

4. *See also*: CITIZENSHIP

5. *See also*: JURISDICTION

JURISDICTION

1. *Mandamus*—*Certiorari*—Decision of CRTC refusing public hearing of complaint against telecast—Simultaneous applications to Trial Division and Court of Appeal—Jurisdiction—Status of applicants—Whether associations entitled to *mandamus*—Federal Court Act, secs. 18, 28—Broadcasting Act, 1967–68 (Can.), c. 25, s. 19(2)(c).

NATIONAL INDIAN BROTHERHOOD v. JUNEAU (No. 1), 66.

2. Motion to set aside decision of CRTC refusing public hearing of complaint against telecast—Decision made before Federal Court Act proclaimed—Whether Court of Appeal has jurisdiction—Federal Court Act, secs. 28, 52(a)—Federal Court Rule 1100—Broadcasting Act, 1967–68 (Can.), c. 25, s. 19(2)(c).

NATIONAL INDIAN BROTHERHOOD v. JUNEAU (No. 2), 73.

3. Radio and television—Interim injunction—Application to restrain showing of film pending disposition of application for *mandamus* to compel CRTC to hold inquiry—Dismissal—Jurisdiction of Court—Broadcasting Act, R.S.C. 1970, c. B-11, secs. 3, 15, 16.

NATIONAL INDIAN BROTHERHOOD v. CTV TELEVISION NETWORK LTD., 127.

4. Appeal—Jurisdiction—Judgment of Exchequer Court—No appeal to Court of Appeal.

SEASPAN INTERNATIONAL LTD. v. THE *Kostis Prois*, 103.

5. Court of Appeal—Copyright—Jurisdiction to review decision of federal tribunal—Whether retroactive—Copyright Appeal Board—Approval of statement of royalties—When does it become decision of Board—Requirement for publication in Canada Gazette—Copyright Act, R.S.C. 1952, c. 55, s. 50—Federal Court Act, secs. 28, 61.

IN RE COPYRIGHT APPEAL BOARD AND CANADIAN ASSOCIATION OF BROADCASTERS, 170.

6. Practice—Appeal from deportation order by Immigration Appeal Board—Stay of deportation order pending appeal—No power to grant—Not “practice and procedure” matter—Extension of time for leave to appeal—Immigration Appeal Board Act, R.S.C. 1970, c. I-3, s. 23—Federal Court Rule 5.

LARIVEAU v. MINISTER OF MANPOWER & IMMIGRATION, 390.

7. *See also*: BILL OF RIGHTS

MARITIME LAW

1. Salvage—Parties—Ship aiding distressed vessel on request—Contract for towage made while salvaging vessel standing by—Contract terminated—Claim for salvage by ship, master, officers and crew—Whether master can sue on behalf of crew without naming them—Crew’s right to separate award from shipowner.

MANCHESTER LINERS LTD. v. *Scotia Trader*, 14.

MARITIME LAW—Continued

2. Pilotage—Suspension of licence—Wrongful act or default—Pilot making wrong manoeuvre in panic—Investigating Court—Form of questions submitted—Canada Shipping Act, R.S.C. 1952, c. 29, s. 568(1).

KOENIG v. MINISTER OF TRANSPORT, 190.

3. Practice—Arbitration clause in charterparty—Validity of arbitration clause under Quebec law—Stay of action pending arbitration.

NORMANDIN LUMBER LTD. v. THE *Angelic Power*, 263.

4. Hague Rules—Bill of lading—Damage to cargo in heavy weather—Contract of carriage between time-charterer and forwarder for undisclosed principal—Deck cargo—Under deck cargo—Some under deck cargo carried on deck with forwarder's acquiescence—Respective liabilities of owner and charterer—Deck cargo not adequately secured for foreseeable weather—Whether damage caused by unseaworthiness or perils of sea—Limitation of liability—Hague Rules (Carriage of Goods by Water Act, R.S.C. 1970, c. C-15, Art. I, III(1)(c), IV(2)(c), IV(5)).

Judgments—Judgment for damage to cargo—Interest on—From when payable.

Practice—Evidence—Admission of exhibits at trial—Exhibits in extra-judicial proceedings, procedure for admitting.

GRACE PLASTICS LTD. v. THE *Bernd Wesch II*, 273.

5. Jurisdiction—Seamen's claims for wages and repatriation against ship—Action *in rem* for wrongful dismissal, jurisdiction—Maritime lien, whether seamen entitled to for wrongful dismissal.

DEMETRIES KARAMANLIS v. THE *Norsland*, 487.

6. Limitation of shipowner's liability—Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, s. 648—Procedure—Federal Court Rule 1012.

NORD-DEUTSCHE VERSICHERUNGS GESELLSCHAFT v. THE QUEEN, 528.

7. Ship in default on mortgage—Arrest and sale—Priorities of creditors' claims—Damages by collision—Arrears of mortgage—Unpaid price of ship's radar—Costs of sale and motion.

COMEAU'S SEA FOODS LTD. v. THE *Frank and Troy*, 556.

8. Ship striking pier—Negligence of ship's officer—No actual fault or privity of shipowner—Limitation of liability—Canada Shipping Act, R.S.C. 1952, c. 29, s. 657(2) (now R.S.C. 1970, c. S-9, s. 647(2)).

VANCOUVER SHELL FISH CO. v. *Glacier Queen* (not reported, 16-70).

9. Capsize of scow during loading—Whether bailment of scow for reward—Negligence in loading—Evidence, sufficiency of.

MERCER BROS. ENTERPRISES LTD. v. CONSTRUCTION AGGREGATES (not reported, 54-70).

MARITIME LAW—Concluded

10. Practice—Non-resident defendant—Service of writ of summons *ex juris*—Application to renew writ and to extend time for service—Rules 306, 307.

INTERNATIONAL PAPER SALES CO. INC. v. CHERRY HEERING LINE (not reported, T-137-71).

11. Salvage—Salver a company in business of salvaging and towing—Per diem contract for towing ship in distress—Whether a salvage contract—Bankruptcy of salvaged ship's owners—Whether salver entitled to maritime lien.

M.I.L. TUG AND SALVAGE LTD. v. THE MOTOR VESSEL *Ghislain* (not reported, T-2247-71).

12. Collision in strait of Juan de Fuca—Common fault—Failure to plot other ship's course—Failure to follow proper course through strait—Excessive speed—Confusing whistle signals—Apportionment of fault.

PHILIPPINE PRESIDENT LINES v. THE SHIP *Mosgulf* (not reported, T-2323-71).

PATENTS

1. Infringement—Non-exclusive licensee not entitled to sue for—Patent Act, secs. 2(h), 57.

AMERICAN CYANAMID CO. v. NOVOPHARM LTD., 534.

2. Compulsory licence—Amount of royalty—Appeal from Commission of Patents—Patent Act.

NORWICH PHARMACAL CO. v. P.V.U. INC. & ATTORNEY GENERAL OF CANADA (not reported, A-38-71).

3. Conflict proceedings—Five applicants—Thirty-five claims—Not all claims in conflict between all five parties—Party not entitled to dispute validity of invention not claimed by it—Whether an "interested person"—Patent Act, secs. 45(8), 62(1).

PROCTER & GAMBLE CO. OF CANADA v. COLGATE-PALMOLIVE CO. (not reported, A-55-71).

4. Infringement—Dried milk powder and process for making—Whether a food produced by chemical process—Patent Act, s. 41(1).

DAIRY FOODS INC. v. CO-OPERATIVE AGRICOLE DE GRANBY (not reported, A-1906).

5. Practice—Parties—Conflict proceedings—Decision of Patent Commission in favour of one defendant—Assignment of rights by that defendant to another company—Application granted to add assignee as defendant—Application refused to drop assignor from proceedings—Terms of assignment unclear—Federal Court Rule 1716(2)—Patent Act, R.S.C. 1952, c. 203 (now R.S.C. 1970, c. P-4) s. 45.

MONTECATINI v. SUN OIL CO. (not reported, T-1321-71).

6. Practice—Infringement action—Application for leave to add non-exclusive licensee as plaintiff—Patent Act, s. 57(1).

CIBA CORPORATION v. DECORITE IGAV (CAN.) LTD. (not reported, T-1358-71).

PATENTS—Concluded

7. Conflict proceeding—Several claims on conflict—Four actions for claims not awarded plaintiff—Interlocutory motion—Order for consolidation of actions—Order that plaintiff implead claims awarded to him—No order to strike out certain allegations in statements of claim—Order for particulars—Patent Act, s. 45(8).

PETRO-TEX CHEMICAL CORP. v. COM'R. OF PATENTS (not reported, T-1610-13-71).

8. Application for interlocutory injunction—Importation of goods made by patented process—Balance of convenience—Terms of injunction.

LEESONA CORPORATION v. GILTEX HOSIERY LTD. (not reported, T-1757-71).

9. Conflict proceeding—Plaintiff's action only for claims awarded no one—Order that all conflicting claims sought by plaintiff be impleaded—Patent Act, s. 45(8).

FIRESTONE TIRE & RUBBER CO. v. PHILLIPS PETROLEUM Co. (not reported, T-3525-71).

PRACTICE

1. Patent conflict action—Order allowing 30 days to file defence—Expiration of time in long vacation—Whether order extending time required—Federal Court Rules 3(1)(b), 701(7).

DOW CHEMICAL CO. v. FIRESTONE TIRE & RUBBER CO., 81.

2. Judgment against National Capital Commission as plaintiff in expropriation action—Seizures by defendants' creditors—Application by plaintiff for directions and for payment in—No jurisdiction—N.C.C. not the Crown—Federal Court Act, s. 17(3)(c)—Federal Court Rules 441, 604.

NATIONAL CAPITAL COMMISSION v. BOURQUE (No. 1), 131.

3. Costs—Federal Court tariff applies to costs in Exchequer Court not previously taxed—Solicitor and client costs—Jurisdiction—Federal Court Act, s. 17(3)(c).

NATIONAL CAPITAL COMMISSION v. BOURQUE (No. 2), 133.

4. Costs — Expropriation action — Amount awarded \$60,000—Classification of action under Tariff A—Expert witnesses, fees of—Motion for direction—Federal Court Act, Tariff A, s. 1(3)(d) and (4)(a)—Rule 344(7).

NATIONAL CAPITAL COMMISSION v. DUSSAULT, 355.

5. Parties—Originating motion for *mandamus*—Right of interested person to be joined in proceeding—Federal Court Rules 5, 1716—Comparable practice in England and Ontario.

ADIDAS (CAN.) LTD. v. SKORO ENTERPRISES LTD., 382.

PRACTICE—Concluded

6. Service of process—Defendant a corporation—Service on comptroller—Insufficiency of—Rule 309(2).

MCA CANADA LTD. v. ROBERT SIMPSON PRODUCTIONS, 445.

7. Pleadings—Averments in statement of claim—Infringement of patent and trade mark—Disclosure of trade secret—Insufficient details—Striking out.

VAPOR CANADA LTD. v. MACDONALD (No. 1), 452.

8. Costs—Lump sum in lieu of taxed costs—Award to defendant against third party—Taxation.

NORD-DEUTSCHE VERSICHERUNGS GESELLSCHAFT v. THE QUEEN (not reported, B-814-71).

9. Costs—Taxation (Exchequer Court)—Appeal from taxing officer—Application to strike trade mark from register—Interlocutory proceedings—Proceedings terminated by consent order—Whether applicant entitled to fee for preparation for trial—No trial held—Discretion of judge.

RED OWL FOODS v. RED OWL STORES (not reported, T-561-71).

10. Pleadings—Interlocutory motion—Allegations in petition of right—Not relevant or material—Striking out.

LEITH v. THE QUEEN (not reported, T-1857-71).

11. *See also:* JUDICIAL REVIEW

12. *See also:* JURISDICTION

13. *See also:* MARITIME LAW

14. *See also:* PATENTS

SHIPPING

See: MARITIME LAW

TRADE MARKS

1. Infringement — Pleadings — Amendment — Corporate name of defendant, whether infringement of plaintiff's trade mark—Corporate name not a "personal" name—Defendant's right to order permitting use of mark in defined area—Trade Marks Act, 1953, c. 49, secs. 17(1), (2), 20(a), 21(1).

KAYSER-ROTH v. FASCINATION LINGERIE INC., 84.

2. Application to register word "Standard" with design for television sets, etc.—Opposition—Disclaimer by applicant of word apart from mark—Whether word capable of being distinctive—Whether confusion between two marks—Appeal from Registrar of Trade Marks—Additional evidence before Court—Trade Marks Act, secs. 6(2), 12(2), 16(1).

STANDARD COIL PRODUCTS LTD. v. STANDARD RADIO CORP., 106.

3. Injunction—Trade marks—Motion to commit for contempt for breach of injunction—Bad faith not shown—Terms of injunction open to defendants' interpretation.

KOFFLER STORES LTD. v. TURNER, 145.

TRADE MARKS—Continued

4. Infringement—Blue Cross registered trade mark for medical care—Use by defendants for cosmetics—Whether infringement, passing-off, or improper business usage—Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, secs. 7(b) and (e), 19, 20, 22(1).

CANADIAN COUNCIL OF BLUE CROSS PLANS V. BLUE CROSS BEAUTY PRODUCTS INC., 543.

5. Application for registration of “23 Skidoo” for lubricants—Opposition for alleged confusion with opponent’s trade mark “Skidoo”—Onus on opponent to establish reputation acquired by “Skidoo”—Trade Marks Act, s. 2(f)(i), 16(3)(a)—Opposition rejected—Appeal from Registrar allowed.

BRITISH PETROLEUM CO. LTD. V. BOMBARDIER LTD. (not reported, T-1253-71).

6. Infringement—“Snowy Eagle” Ski school run by hotel company since 1937—“Snowy Eagle” registered on trade mark in 1968—“Snowy Eagle” Ski Club run by defendant

TRADE MARKS—Concluded

since 1965—Actual confusion—Whether hotel company disassociated from trade mark—Injunction—Delay in bringing action—Right to nominal damages only—Trade Marks Act, 1953, c. 49, secs. 6(4), 17(1) and (2), 21(1).

GRAY ROCKS INN V. SNOWY EAGLE SKI CLUB (not reported, T-1425-71).

7. Expungement—Trade mark used by foreign manufacturer on goods sold to Canadian buyers—Whether “use in Canada”—Affidavits, admissibility of—Federal Court Rule 704—Canada Evidence Act, s. 30(3)—Trade Marks Act, secs. 4, 17, 18, 19.

MANHATTAN INDUSTRIES INC. V. PRINCETON MANUFACTURING LTD. (not reported, T-1498-71).

8. Competing product in similar container—No likelihood of confusion—Interlocutory injunction denied.

COSMETIC IMPORT CO. LTD. V. BASSILI (not reported, T-3984-71).

INDEX

AMIRAUTÉ

Voir: DROIT MARITIME

BREVETS

1. Violation—Le détenteur d'une licence non exclusive n'a pas qualité pour poursuivre en violation—Loi sur les brevets, art. 2*h*) et 57.

AMERICAN CYANAMID CO. C. NOVOPHARM LTD., 534.

2. Licence obligatoire—Montant de la redevance—Appel de la décision du commissaire des brevets—Loi sur les brevets.

NORWICH PHARMACAL CO. C. P.V.U. INC & LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA (non publié, A-38-71).

3. Procédure de conflit—Cinq requérantes—Trente-cinq revendications—Toutes les revendications ne sont pas en conflit entre les cinq parties—Une partie n'a pas le droit de contester la validité de l'invention qu'elle n'a pas réclamée—Est-elle une partie «intéressée»—Loi sur les brevets, art. 45(8), 62(1).

PROCTER & GAMBLE CO. OF CANADA C. COLGATE-PALMOLIVE CO. (non publié, A-55-71).

4. Violation—Lait en poudre et procédé de fabrication—Est-ce un aliment produit par procédé chimique—Loi sur les brevets, art. 41(1).

DAIRY FOODS INC. C. CO-OPERATIVE AGRICOLE DE GRANBY (non publié, A-1906).

5. Pratique—Parties—Procédure de conflit—Décision du commissaire des brevets en faveur de l'un des défendeurs—Cession de droits par ce défendeur à une autre compagnie—Demande d'adjonction du bénéficiaire comme défendeur accordée—Demande de mise hors de cause du cédant rejetée—Conditions de la cession pas claires—Règle 1716(2) de la Cour fédérale—Loi sur les brevets, S.R.C. 1952, c. 203 (actuellement, S.R.C. 1970, c. P-4), art. 45.

MONTECATINI C. SUN OIL CO. (non publié, T-1321-71).

6. Pratique—Action en violation—Demande d'autorisation d'adjoindre comme demanderesse la détentrice d'une licence non exclusive—Loi sur les brevets, art. 57(1).

CIBA CORPORATION C. DECORITE IGAV (CAN.) LTD. (non publié, T-1358-71).

7. Procédure de conflit—Plusieurs revendications en conflit—Quatre actions pour obtenir des revendications non accordées à la demanderesse—Requête interlocutoire—Ordonnance de cumul des causes d'actions—Ordonnance enjoignant à la demanderesse de faire porter son action sur toutes les revendications qu'on lui a accordées—Pas d'ordonnance de radiation de certaines prétentions des déclarations—Ordonnance de fourniture de détails—Loi sur les brevets, art. 45(8).

PETRO-TEX CHEMICAL CORP. C. LE COMMISSAIRE DES BREVETS (non publié, T-1610-13-71).

8. Demande d'injonction interlocutoire—Importation de marchandises fabriquées selon un procédé breveté—Prépondérance des inconvénients—Termes de l'injonction.

LEESONA CORP. C. GILTEX HOSIERY LTD. (non publié, T-1757-71).

BREVETS—Fin

9. Procédure de conflit—Action de la demanderesse portant seulement sur les revendications auxquelles personne n'a droit—Ordonnance enjoignant à la demanderesse de faire porter son action sur toutes les revendications concurrentes qu'elle cherche à obtenir—Loi sur les brevets, art. 45(8).

FIRESTONE TIRE & RUBBER CO. C. PHILLIPS PETROLEUM CO. (non publié, T-3525-71).

CITOYENNETÉ

«Résidence», signification—Le requérant était étudiant dans une Université américaine—Loi sur la citoyenneté canadienne, S.R.C. 1970, c. C-19, art. 10(1*b*) et *c*).

BLAHA C. LE MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION, 521.

COMPÉTENCE

1. *Mandamus*—*Certiorari*—Décision du CRTC refusant l'audition publique d'une plainte contre une télédiffusion—Requêtes simultanées adressées à la Division de première instance et à la Cour d'appel—Compétence—Qualité des requérants—Les organismes sont-ils fondés à obtenir un *mandamus*—Loi sur la Cour fédérale, art. 18 et 28—Loi sur la radio-diffusion, 1967-68 (Can), c. 25, art. 19(2)*c*.

NATIONAL INDIAN BROTHERHOOD C. JUNEAU (N° 1), 66.

2. Requête en annulation d'une décision du CRTC refusant l'audition publique d'une plainte contre une télédiffusion—Décision rendue avant la proclamation de la Loi sur la Cour fédérale—La Cour d'appel a-t-elle compétence—Loi sur la Cour fédérale, art. 28 et 52*a*)—Règle 1100 de la Cour fédérale—Loi sur la radiodiffusion, 1967-68 (Can.), c. 25, art. 19(2)*c*

NATIONAL INDIAN BROTHERHOOD C. JUNEAU (N° 2), 73.

3. Radio et télévision—Injonction interlocutoire—Demande dans le but d'interdire la présentation d'un film jusqu'à ce qu'on ait disposé d'une requête demandant, par voie de *mandamus*, de forcer le CRTC à tenir une enquête—Rejet—Compétence de la Cour—Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, c. B-11, art. 3, 15, 16.

NATIONAL INDIAN BROTHERHOOD C. CTV TELEVISION NETWORK LTD., 127.

4. Appel—Compétence—Jugement de la Cour de l'Échiquier—L'appel ne peut être porté devant la Cour d'appel fédérale.

SEASPAN INTERNATIONAL LTD. C. LE *Kostis Prois*, 103.

5. Cour d'appel—Droit d'auteur—Compétence pour examiner une décision d'un tribunal fédéral—Est-elle rétroactive—Commission d'appel du droit d'auteur—Homologation d'état de redevances—Quand devient-elle une décision de la Commission—Nécessité de publier dans la Gazette du Canada—Loi sur le droit d'auteur, S.R.C. 1952, c. 55, art. 50—Loi sur la Cour fédérale, art. 28 et 61.

IN RE LA COMMISSION D'APPEL DU DROIT D'AUTEUR ET L'ASSOCIATION CANADIENNE DES RADIODIFFUSEURS, 170.

COMPÉTENCE—Fin

6. Pratique—Appel d'une ordonnance d'expulsion prononcée par la Commission d'appel de l'immigration—Sursis d'une ordonnance de déportation avant l'appel—Incompétence à l'accorder—Ne constitue pas une question de «pratique et de procédure»—Prorogation du délai de présentation de la demande d'autorisation d'appel—Loi sur la Commission d'appel de l'immigration, S.R.C. 1970, c. I-3, art. 23—Règle 5 des Règles de la Cour fédérale.

LARIVEAU C. LE MINISTRE DE LA MAIN-D'ŒUVRE ET DE L'IMMIGRATION, 390.

7. Voir aussi: DÉCLARATION DES DROITS

COUR FÉDÉRALE

1. Voir: COMPÉTENCE
2. Voir aussi: EXAMEN JUDICIAIRE
3. Voir aussi: PROCÉDURE

COURONNE

1. Responsabilité délictuelle—Blessures corporelles du détenu—Tâche dangereuse exécutée sous les ordres d'un gardien—Responsabilité de la Couronne.

DANARD C. LA REINE, 417.

2. Automobiles—Collision—Négligence.

LA REINE C. CAMPBELL (non publié, B-4391).

3. Blessures corporelles causées par négligence—Quantum des dommages-intérêts.

SIWAK C. LA REINE (non publié, T-879-71).

4. Collision automobile—Véhicule militaire endommagé dans une collision au Québec—Réclamation de dommages-intérêts par la Couronne—Défendeur sur le mauvais côté de la route—Défendeur entièrement responsable.

LA REINE C. NORDSTROM (non publié, T-1582-71).

5. Dommages-intérêts—Accident fatal au mari—Évaluation des dommages-intérêts de la femme—Code civil du Québec, art. 1056.

PERRY C. LA REINE (non publié, T-2280-71).

6. Actions—Procédures extracontractuelles—La Couronne et Air Canada, codéfendeurs—Peut-on adjoindre Air Canada comme défenderesse—Air Canada est-elle une corporation préposée ou fonctionnaire de la Couronne—Rejet de l'action—Loi sur la Cour fédérale, 1970, c. 1, art. 17(4)b), 48—Loi sur la responsabilité de la Couronne, S.R.C. 1970, c. C-38, art. 3(1), 7(1), 8, 23.

KING C. LA REINE ET AIR CANADA (non publié, T-2573-71).

7. Collision automobile à Montréal—Réclamation contre la Couronne—Responsabilité entière de la Couronne.

NORTON Co. c. LA REINE (non publié, T-3015-71).

DÉCLARATION DES DROITS

1. Indienne mariée à un non-Indien—Inscription en qualité de membre d'une bande radiée par le registraire—Examen par un juge d'une cour de comté—Le juge d'une cour de comté tient sa juridiction d'une loi fédérale—Juge n'exerçant pas une fonction de la cour de comté—Examen par la Cour d'appel fédérale—Loi sur la Cour fédérale, art. 2g) et 28; Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, c. I-6, art. 12(1)b); A.A.N.B., art. 96.

Les Indiens se trouvant dans une situation semblable demeurent inscrits—Loi sur les Indiens discriminatoire en raison du sexe—Les Indiennes ont droit à l'égalité devant la loi—Violation des droits contraire à la Déclaration canadienne des droits.

LAVELL C. LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA, 347.

2. Droits civils—Pratique—Témoin, a-t-il le droit de se faire assister d'un avocat—Déclaration canadienne des droits—Droit d'intervention de l'avocat au procès, étendue.

VAPOR CANADA LTD. c. MACDONALD (N° 2), 465.

DÉPENS

Voir: PROCÉDURE

DESSINS INDUSTRIELS

Prétendue violation—Rejet de la demande d'injonction interlocutoire—Originalité du dessin mise en cause—Possibilité d'enregistrer le dessin mise en cause—Mise en doute de la correction du marquage—Absence de preuve *prima facie* justifiant l'injonction—Pas de dommages irréparables si l'injonction n'est pas accordée—Loi sur les dessins industriels, S.R.C. 1952, c. 150, (actuellement S.R.C. 1970, c. I-8), art. 7(3), 14.

AURÈLE MAROIS INC. c. INTERNATIONAL FIBERGLASS LTD. (non publié, T-2133-71).

DOUANES

Tarif des douanes—Droit anti-dumping—Marchandises américaines achetées par une filiale américaine—Vente par la filiale à sa compagnie-mère au Canada à un prix plus élevé—La cotisation prend pour acquis que la filiale agissait en qualité de représentante de sa compagnie-mère—Fardeau de la preuve—Loi sur les douanes, S.R.C. 1970, c. C-40, art. 248.

MAPLE LEAF MILLS LTD. c. LA REINE, 137.

DROIT CONSTITUTIONNEL

Office national de l'énergie—Droit constitutionnel—Pipe-line inter-provincial—Distributeurs vendant du gaz dans une seule province—Pouvoir de l'Office national de l'énergie d'établir les droits de transmission par pipe-line—Y a-t-il ingérence dans les droits de propriété et les droits civils de la province—Le pouvoir réglementaire est-il rétroactif—A.A.N.B., art. 91(2), (29), 92(10)a)—Loi sur l'Office national de l'énergie, 1959 (Can.), c. 46, art. 50, 51.

NORTHERN & CENTRAL GAS CORP. LTD. c. L'OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE, 149.

DROIT D'AUTEUR

1. Violation prétendue—Injonction interlocutoire—Rejet de la demande—Absence de preuve *prima facie*—Prépondérance des inconvénients à l'encontre de l'injonction.

CROWN INDUSTRIAL PRODUCTS CO. C. IDI ELECTRIC (CAN.) LTD. (non publié, T-1674-71).

2. Œuvre musicale—Demande d'injonction interlocutoire—Pas d'injustice criante à l'égard des droits de la demanderesse—Les dommages-intérêts constituent une compensation suffisante—Rejet de la demande d'injonction.

MCA CANADA LTD. C. BENWELL (non publié, T-2158-71).

DROIT MARITIME

1. Navigation—Sauvetage—Parties—Navire portant secours à un bâtiment en détresse sur sa demande—Contrat de remorquage conclu pendant que le bâtiment sauveteur se trouvait sur les lieux—Rupture du contrat—Demandes de rémunération de sauvetage par le navire, le capitaine, les officiers de bord et l'équipage—Le capitaine peut-il poursuivre au nom de l'équipage sans en désigner les membres—Droit de l'équipage à un dédommagement distinct de celui qui est alloué au propriétaire du navire.

MANCHESTER LINERS LTD. C. SCOTIA TRADER, 14.

2. Pilotage—Suspension de brevet—Faute ou prévarication—Pilote faisant une manœuvre erronée dans l'affolement—Cour d'investigation—Forme des questions soumises—Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1952, c. 29, art. 568(1).

KOENIG C. LE MINISTRE DES TRANSPORTS, 190.

3. Procédure—Clause compromissoire de la charte-partie—Validité de la clause compromissoire en droit québécois—Suspension de l'action jusqu'à l'arbitrage.

NORMANDIN LUMBER LTD. C. LE ANGELIC POWER, 263.

4. Règles de La Haye—Connaissance—Avarie à la cargaison par gros temps—Contrat de transport entre un affréteur à temps et un expéditeur au nom d'un commettant inconnu—Chargement en pontée—Chargement sous le pont—Partie du chargement prévu sous le pont transportée de fait en pontée à la connaissance de l'expéditeur—Responsabilités respectives du propriétaire et de l'affréteur—Chargement en pontée arrimé de façon insuffisante pour affronter des conditions atmosphériques prévisibles—Avarie causée par innavigabilité ou péril de mer—Limitation de responsabilité—Règles de La Haye (Loi sur le transport des marchandises par eau, S.R.C. 1970, c. C-15, Art. I, III(1)c), IV(2)c) et IV(5)).

Jugement accordant un dédommagement pour les avaries au chargement—Intérêts sur les dommages—A compter de quelle date courent-ils?

Pratique—Preuve—Recevabilité des pièces au procès—Pièces rassemblées dans le cadre de procédures extrajudiciaires, procédure pour les rendre recevables.

GRACE PLASTICS LTD. C. LE BERND WESCH II, 273.

DROIT MARITIME—Fin

5. Compétence—Demandes, introduites par les marins contre le navire, de paiement de salaires et de frais de rapatriement—Action *in rem* pour licenciement abusif, compétence—Privilège maritime, les marins y ont-ils droit dans le cas d'un licenciement abusif?

DEMETRIES KARAMANLIS C. LE NORSLAND, 487.

6. Limitation de la responsabilité du propriétaire du navire—Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, c. S-9, art. 648—Procédure—Règle 1012 de la Cour fédérale.

NORD-DEUTSCHE VERSICHERUNGS GESELLSCHAFT C. LA REINE, 528.

7. Non-paiement d'une hypothèque par le navire—Saisie et vente—Rang des réclamations des créanciers—Dommages consécutifs à un abordage—Arrérages relatifs à l'hypothèque—Prix du radar du navire non payé—Frais de vente et requête.

COMEAU'S SEA FOODS LTD. C. LE FRANK AND TROY, 556.

8. Navire heurtant une jetée—Négligence de l'officier du navire—Absence de faute ou complicité réelle de la part du propriétaire—Limitation de responsabilité—Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1952, c. 29, art. 657(2) (actuellement, S.R.C. 1970, c. S-9, art. 647(2)).

VANCOUVER SHELL FISH CO. C. GLACIER QUEEN (non publié, 16-70).

9. Chavirement d'un chaland lors du chargement—Y a-t-il dépôt à titre onéreux du chaland—Négligence lors du chargement—La preuve est-elle suffisante?

MERCER BROS. ENTERPRISES LTD. C. CONSTRUCTION AGGREGATES (non publié, 54-70).

10. Pratique—Défendeur non résident—Signification *ex juris* du bref d'assignation—Demande de renouvellement du bref et de prolongation du délai de signification—Règles 306, 307.

INTERNATIONAL PAPER SALES CO. INC. C. CHERRY HEERING LINE (non publié, T-137-71).

11. Sauvetage—Sauveteur: compagnie de sauvetage et de remorquage—Contrat de remorquage du navire en détresse, à taux journalier—Y a-t-il contrat de sauvetage—Faillite des propriétaires du navire sauvé—Le sauveteur a-t-il privilège maritime?

M.I.L. TUG AND SALVAGE LTD. C. LE NAVIRE À MOTEUR GHISLAIN (non publié, T-2247-71).

12. Abordage dans le détroit de Juan de Fuca—Faute commune—Omission de prévoir la route de l'autre navire—Omission de suivre la bonne route dans le détroit—Vitesse excessive—Signaux au sifflet créant de la confusion—Partage des fautes.

PHILIPPINE PRESIDENT LINES C. LE NAVIRE MOSGULF (non publié, T-2323-71).

EXAMEN JUDICIAIRE

1. Chemins de fer—Décision de la Commission canadienne des transports—Déplacement de la voie dans le cadre d'un projet de rénovation urbaine—Approbation de la CCT—Le déplacement est-il «voulu» par le chemin de fer—Le déplacement est-il une «déviation» ou un «abandon» de voie—Intervention d'un tiers—Y a-t-il déni de justice naturelle—Aucune demande d'audience publique—Aucune demande concernant d'autres prétentions—Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1952, c. 234, arts. 168, 181 et 53(2), (actuellement S.R.C. 1970, c. R-2, arts. 106, 119 et Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, c. N-17, art. 64(2)), Loi sur la Cour fédérale, 1970, c. 1, art. 28.

GATEWAY PACKERS 1968 LTD. C. BURLINGTON NORTHERN (MANITOBA) LTD., 359.

2. *Certiorari*—*Mandamus*—Diffusion—CRTC—Refus d'ordonner une enquête publique sur une plainte concernant une émission prévue—La Cour peut-elle l'examiner—Loi sur la radiodiffusion, S.R.C. 1970, c. B-11, art. 19(2)c).

NATIONAL INDIAN BROTHERHOOD C. JUNEAU (N° 3), 498.

3. Procédure—Examen judiciaire—Appel—Appel et demande d'annulation simultanés d'une décision d'un tribunal fédéral—Modalités—Loi sur la Cour fédérale, art. 28, Règle 1314.

ALY ABDEL HAFEZ ALY C. LE MINISTRE DE LA MAIN-D'ŒUVRE ET DE L'IMMIGRATION, 540.

4. *Voir aussi*: CITOYENNETÉ

5. *Voir aussi*: COMPÉTENCE

EXPROPRIATION

1. Droit de douaire—Expropriation d'une ferme—Droit de douaire éventuel de l'épouse—Évaluation—Paiement immédiat de la valeur actuelle dudit droit—Loi sur les expropriations, S.R.C. 1952, c. 106, art. 30.

LA REINE C. SONNENBERG, 95.

2. Fixation de la valeur—Jardins maraîchers—Transactions comparables—Indemnité pour perturbation des affaires—(15.8 acres au sud du Blackburn Hamlet, 2 milles à l'est des limites est de la ville d'Ottawa: \$30,000 plus \$3,500 pour perturbation des affaires.)

COMMISSION DE LA CAPITALE NATIONALE C. CLOUTIER (non publié, T-655-71).

3. Expropriation d'un lotissement d'habitations dans le cadre d'un projet d'aéroport—Abandon de l'expropriation après 29 jours—Réclamation du préjudice subi par le terrain voisin appartenant au même propriétaire—Deux parcelles non adjacentes—Aucun ouvrage entrepris par la Couronne avant l'abandon de l'expropriation—Le propriétaire pourrait-il réclamer en l'espèce des dommages-intérêts en droit commun—Aucun dommage matériel—Évaluation des dommages (Ste Thérèse (Québec), dommages-intérêts alloués: \$250,000; dommages-intérêts pour le préjudice subi par le terrain voisin: \$15,000 plus l'intérêt de 5%).

BENMAR DEVELOPMENT CORP. C. LA REINE (non publié, T-935-71).

EXPROPRIATION—Fin

4. Municipalité défavorablement atteinte par l'expropriation d'un terrain voisin—Aucun terrain de la municipalité exproprié—Aucun dommage au bien de la municipalité—Allocation de dommages-intérêts sans fondement—Code civil du Québec, art. 1053, 407 sans application.

CITÉ DE STE THÉRÈSE C. LA REINE (non publié, T-1608-71).

IMPÔT SUCCESSORAL

1. Usufruit légué à l'épouse et pouvoir de disposer de la nue-propriété—Donation à la fille si le pouvoir n'est pas exercé—La fille, légataire universelle de la succession de sa mère—Les biens du père font-ils partie de la succession de la mère—Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès, art. 3(1)a), 3(2)a), 58(1)i).

LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL C. LEMIEUX-FOURNIER, 39.

2. Impôt sur les biens transmis par décès—Transfert de biens en fiducie à une compagnie—Actions de la compagnie données en paiement—Émission subséquente d'actions supplémentaires par la compagnie—Valeur des actions dépendant de la succession—S'agit-il d'une disposition ayant l'effet d'une donation immédiate entre vifs—Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès, 1958, c. 29 (maintenant S.R.C. 1970, c. E-9), art. 3(1)c).

SUCCESSION ROBERTS C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL, 323.

IMPÔT SUR LE REVENU

1. Pertes d'une exploitation agricole—Limitation de la déduction—Ingénieurs-conseils exploitant une ferme à titre d'exploitation modèle—S'agit-il d'«agriculture»—Intention de réaliser par la suite un bénéfice—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 13.

C.B.A. ENGINEERING LTD. C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL, 3.

2. Vente d'une propriété minière par un prospecteur—Contrepartie établie en fonction de la production—Les montants reçus sont-ils des redevances ou des paiements analogues—Sont-ils exonérés—Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148, art. 83(2) modifié en 1965, c. 18, art. 19(1).

BARTLETT C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL, 53.

3. Compagnie minière—Dépenses afférentes à la construction d'un lotissement urbain pour les employés de la mine—Pas de dépenses de «mise en valeur»—Règlements de l'impôt sur le revenu, art. 1205.

Revenu de l'extraction—Allocation d'épuisement—Bénéfice (calcul du)—Calcul du bénéfice pour déterminer l'allocation d'épuisement—Recherches scientifiques pour acquérir le «savoir faire»—Dépenses de capital—Règlements de l'impôt sur le revenu, art. 1201(5)—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 72(1).

INTERNATIONAL NICKEL CO. OF CAN. LTD. C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL, 213.

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

4. Calcul du revenu d'entreprise—Réserves ou comptes de prévoyance—Entrepreneur général de construction—Pourcentage des paiements provisoires retenu, payable 35 jours après l'acceptation de l'architecte—Dédectible ou non pendant l'année de la retenue—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 12(1)e).

J. L. GUAY LTÉE C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL, 237.

5. Honoraires dus à l'avocat défunt cédés par l'exécutrice à la légataire—Montant payé à la succession par la légataire supérieur à son legs—N'est pas une cession ou distribution des honoraires à un bénéficiaire en qualité de bénéficiaire—La succession est assujettie à l'impôt sur les honoraires supérieurs au legs—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 64(2), 64(3).

SUCCESSION TORY C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL, 248.

6. Calcul du revenu d'entreprise—Allocations du coût en capital—Mine d'uranium—Coût de construction des galeries dans le gisement—Les galeries constituent un bien durable—S'agit-il de dépenses courantes ou de dépenses de capital—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 11(1)c; Règlement 1100(1)a)(xii), annexe B, catégorie 12 de l'impôt sur le revenu.

Corporations—Compagnie minière—Filiale créée dans le but de fournir des logements aux mineurs—Pertes de la filiale remboursées par la compagnie-mère—Sont-elles déductibles pour la compagnie-mère—La filiale est-elle mandataire de la compagnie-mère?

DENISON MINES LTD. C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL, 295.

7. Revenu—Prix en espèces qu'un propriétaire de cheval gagne aux courses—S'agit-il d'une entreprise ou d'un passe-temps—Gains considérés comme inespérés provenant d'un passe-temps—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu S.R.C. 1952, c. 148, arts. 3, 4, 139(1)e).

HAMMOND C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL, 341.

8. Responsabilité de l'impôt supporté par l'acqureur de l'actif du contribuable—Nouvelle cotisation ultérieure—Perception d'impôts supplémentaires—Est-ce couvert par le contrat—Renonciations à la limitation de temps portant sur la nouvelle cotisation du contribuable signées par l'acqureur, sont-elles valables—Code civil du Québec, Art. 1173.

LA REINE C. SIMARD-BEAUDRY INC., 396.

9. Corporations personnelles—Compagnie commanditaire dans une entreprise de gestion d'appartements—Est-ce une «corporation personnelle»—Loi de l'impôt sur le revenu, arts. 67(1), 68(1)c).

ROSE C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL, 408.

10. Allocation à l'égard du coût en capital—Location de droits sur l'énergie hydro-électrique d'une rivière pour une durée de 99 ans avec privilège de renouvellement—S'agit-il d'un bail ou d'un permis—Règlements de l'impôt sur le revenu, annexe B, catégories 13 et 14.

BOWATER POWER CO. C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL, 421.

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

11. «Revenu provenant de l'exploitation d'une mine»—Période d'exemption de 36 mois—Bénéfices découlant de la vente du minerai extrait avant la période d'exemption—Y a-t-il exemption—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 83(5).

FALCONBRIDGE NICKEL MINES LTD. C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL, 471.

12. Calcul des bénéfices d'entreprise—Remise d'une partie du prix du stock—Est-ce une recette commerciale—Est-ce un avantage conféré—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 137(2).

LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL C. ENJAY CHEMICAL CO. (non publié, B-4089).

13. Calcul du revenu d'entreprise—Déduction des pertes sur des devises étrangères—Emprunt de capitaux américains pour procurer des fonds de roulement—Perte lors du remboursement—Non déductible.

«Corporation de fabrication et de transformation»—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 40A—Compagnie de vente de disques achetant par contrat des disques fabriqués par une autre compagnie.

COLUMBIA RECORDS OF CAN. LTD. C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL (non publié, T-362-71).

14. Achat et vente d'un terrain par la compagnie—Le bénéfice est-il imposable—Intention.

BEAD REALTIES LTD. C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL (non publié, T-412-71).

15. Subvention en vue de la recherche scientifique—Dépenses de recherche scientifique—Doit-on inclure les subventions dans le calcul du revenu—Les dépenses sont-elles déductibles dans le calcul du revenu—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 72, 72A.

NUCLEAR ENTERPRISES LTD. C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL (non publié, T-462-71).

16. Achat de terrains et construction d'un centre commercial—Vente subséquente avec bénéfice—S'agit-il d'un bénéfice tiré d'une entreprise ou d'un gain de capital?

SHIELDS-SNOW LTD. C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL (non publié, T-782-71).

17. Vente d'actions par un actionnaire minoritaire—Le bénéfice est-il imposable—Compagnie négociant des concessions de pétrole et de gaz naturel—Achat d'actions de la compagnie par un promoteur—Le produit de la transaction est-il un capital ou un revenu pour les vendeurs?

McKINLEY C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL (non publié, T-854-71).

18. Vente d'actions par un actionnaire minoritaire—Le bénéfice est-il imposable—Compagnie négociant des concessions de pétrole et de gaz naturel—Achat d'actions de la compagnie par un promoteur—Le produit de la transaction est-il un capital ou un revenu pour les vendeurs?

SIEBENS C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL (non publié, T-855-71).

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

19. Allocation du coût en capital—Vente de bâtiment—Ventilation du prix entre le terrain et le bâtiment—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 20(6)g.

MUNDAY C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL (non publié, T-882-71).

20. Compagnie d'investissement—Bénéfices réalisés sur la vente d'actions du portefeuille d'investissements—Doit-on en tenir compte dans le calcul du revenu d'entreprise—Commissions versées à des personnes ayant présenté des bailleurs de fonds—Ces dépenses sont-elles déductibles?

CANADA PERMANENT MORTGAGE CORP. C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL (non publié, T-944-46-71).

21. Compagnies associées—Appel de la directive du Ministre—Compagnie distincte créée pour posséder le terrain et l'équipement de la compagnie de fabrication—La diminution d'impôt constitue-t-elle le motif principal de l'existence distincte des compagnies—Charge de la preuve—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 138A(2), (3)b(ii).

DOMINION FREEHOLD LTD. C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL (non publié, T-947-71).

22. Impôt sur les dons—Part de la veuve sur la succession du mari—Transfert de la moitié des biens au fils—Est-ce une donation—Question de fait.

SUCCESSION PINKUS C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL (non publié, T-990-71).

23. Achat et vente de deux fermes avec bénéfice—Est-ce un revenu provenant d'une entreprise ou un gain en capital—Intention spéculative du contribuable—On n'a pas prouvé que la cotisation était erronée.

SCHAEFER C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL (non publié, T-1135-71).

24. Acquisition d'un terrain par une compagnie immobilière aux fins d'un projet d'habitation—Expropriation avec profit d'une partie du terrain pour y construire une école—Est-ce un revenu imposable—Intention de la compagnie—Profit imposable.

LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL C. PINE RIDGE PROPERTY LTD. (non publié, T-1160-71).

25. Déduction des frais de scolarité d'un étudiant qui suivait un cours à plein temps à une université située hors du Canada—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 11(1)qb—Signification de «plein temps»—Un cours du soir, deux soirs par semaine n'est pas un cours à plein temps.

LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL C. RITCHIE (non publié, T-1317-71).

26. Pénalité pour faux énoncé dans la déclaration d'impôt—Négligence flagrante du comptable professionnel employé par le contribuable—Non imputable au contribuable—Absence de connaissance réelle de l'erreur par le contribuable—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 56(2).

LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL C. WEEKS (non publié, T-1318-71).

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

27. Vente de biens miniers acquis par un commanditaire de prospection—Intervention de la compagnie de courtage contrôlée par le commanditaire de prospection—Le bénéfice est-il exonéré d'impôt—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 83(3) et (4).

APPLEBY C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL (non publié, T-1389-71).

28. Déductions—Médecin—Dépenses d'exercice de la médecine—Frais d'utilisation d'une automobile—Allocations de coût en capital—Occupation de «charges» statutaires—Frais de déplacement.

PROWSE C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL (non publié, T-1391-71).

29. Appel de la cotisation—Imposition du cessionnaire d'un revenu—L'appel d'une cotisation est-il annulé par une nouvelle cotisation—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 46(4), 53(1)a), 58(3).

WALKEM C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL (non publié, T-1573-71).

30. Revenu tiré de l'agriculture—Signification d'«agriculture»—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 13, 139(1)p).

MABER C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL (non publié, T-1631-71).

31. Déduction pour personnes à charge—Signification des termes: enfant «non antérieurement qualifié aux fins des allocations familiales»—Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148, art. 26(1)c), 85c.

KORICAN C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL (non publié, T-1663-71).

32. Appel—Corporation cotisée—Avis d'objection déposé sans pouvoir—Il est mis fin à l'appel.

VINELAND QUARRIES & CRUSHED STONE LTD. C. LE MINISTRE DU REVENU NATIONAL (non publié, T-2031-71).

MARQUES DE COMMERCE

1. Contrefaçon—Plaidoiries—Rectification—La raison sociale de la défenderesse constitue-t-elle une contrefaçon de la marque de commerce de la demanderesse—La raison sociale n'est pas un nom «personnel»—Droit de la défenderesse d'obtenir une ordonnance l'autorisant à utiliser une marque dans un secteur déterminé—Loi sur les marques de commerce, 1953, c. 49, art. 17(1), (2), 20a), 21(1).

KAYSER-ROTH C. FASCINATION LINGERIE INC., 84.

2. Demande d'enregistrement du mot «Standard» et d'un symbole en liaison avec des appareils de télévision, etc.—Opposition—La requérante s'est désistée pour ce mot mais non pour la marque—Ce mot peut-il être distinctif—Y a-t-il confusion entre les deux marques—Appel d'une décision du registraire des marques de commerce—Preuve additionnelle présentée à la Cour—Loi sur les marques de commerce, art. 6(2), 12(2), 16(1).

STANDARD COIL PRODUCTS LTD. C. STANDARD RADIO CORP., 106.

MARQUES DE COMMERCE—Fin

3. Injonction—Marques de commerce—Requête demandant une condamnation pour outrage au tribunal au motif que l'injonction n'a pas été respectée—La mauvaise foi n'a pas été prouvée—Les termes de l'injonction donnaient lieu à interprétation de la part des défendeurs.

KOFFLER STORES LTD. C. TURNER, 145.

4. Violation—Croix bleue: marque de commerce déposée, relative aux soins médicaux—Les défendeurs l'emploient pour des produits de beauté—Y a-t-il violation, concurrence déloyale ou mauvais usages commerciaux—Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, c. T-10, art. 7*b*) et *e*), 19, 20, 22(1).

CANADIAN COUNCIL OF BLUE CROSS PLANS C. BLUE CROSS BEAUTY PRODUCTS INC., 543.

5. Demande d'enregistrement de la marque «23 Skidoo» applicable à des lubrifiants—Opposition en raison de la prétendue confusion qu'elle créait avec la marque de commerce «Skidoo» de l'opposante—Charge de la preuve incombant à l'opposante pour établir la renommée acquise par «Skidoo»—Loi sur les marques de commerce, art. 2*r*)(i), 16(3)*a*)—Rejet de l'opposition—Appel de la décision du registraire accueilli.

BRITISH PETROLEUM CO. LTD. C. BOMBARDIER LTD. (non publié, T-1253-71).

6. Contrefaçon—École de ski «Snowy Eagle» dirigée par la compagnie hôtelière depuis 1937—Marque «Snowy Eagle» enregistrée en 1968—«Snowy Eagle» Ski Club dirigé par la défenderesse depuis 1965—Confusion réelle—La compagnie hôtelière est-elle dissociée de la marque de commerce—Injonction—Retard à intenter une action—Droit aux seuls dommages-intérêts symboliques—Loi sur les marques de commerce, 1953, c. 49, art. 6(4), 17(1) et (2), 21(1).

GRAY ROCKS INN C. SNOWY EAGLE SKI CLUB (non publié, T-1425-71).

7. Radiation—Marque de commerce utilisée par un fabricant étranger sur des marchandises vendues à des acheteurs canadiens—Y a-t-il «emploi au Canada»—Admissibilité des affidavits—Règle 704 de la Cour fédérale—Loi sur la preuve au Canada, art. 30(3)—Loi sur les marques de commerce, art. 4, 17, 18, 19.

MANHATTAN INDUSTRIES INC. C. PRINCETON MANUFACTURING LTD. (non publié, T-1498-71).

8. Produit concurrent dans un container semblable—Impossibilité de confondre—Rejet de l'injonction interlocutoire.

COSMETIC IMPORT CO. LTD. C. BASSILI (non publié, T-3984-71).

NAVIGATION

Voir: DROIT MARITIME

PROCÉDURE

1. Action en matière de conflit entre des brevets—Ordonnance allouant un délai de 30 jours pour le dépôt de la défense—Délai expirant pendant les grandes vacances—Une ordonnance prolongeant le délai est-elle nécessaire—Règles 3(1*b*), 701(7) de la Cour fédérale.

DOW CHEMICAL CO. C. FIRESTONE TIRE & RUBBER CO., 81.

2. Jugement contre la Commission de la Capitale nationale, demanderesse dans une action en expropriation—Saisies émanant de créanciers des défendeurs—Requête de la demanderesse visant à obtenir des directives et à pouvoir consigner—Incompétence—La C.C.N. n'est pas la Couronne—Loi sur la Cour fédérale, art. 17(3)*c*)—Règles 441 et 604 de la Cour fédérale.

COMMISSION DE LA CAPITALE NATIONALE C. BOURQUE (N° 1), 131.

3. Dépens—Le tarif de la Cour fédérale s'applique aux dépens encourus devant la Cour de l'Échiquier s'ils n'ont pas été taxés antérieurement à son entrée en vigueur—Frais entre clients et procureurs—Compétence—Loi sur la Cour fédérale, art. 17(3)*c*).

COMMISSION DE LA CAPITALE NATIONALE C. BOURQUE (N° 2), 133.

4. Dépens—Action en expropriation—Jugement accordant \$60,000—Action faisant partie du Tarif A—Dépens d'expertise—Demande de directives—Loi sur la Cour fédérale, Tarif A, art. 1(3)*d*) et (4)*a*)—Règle 344(7).

COMMISSION DE LA CAPITALE NATIONALE C. DUSSAULT, 355.

5. Parties—Requête introductive d'instance demandant un *mandamus*—Droit d'une personne intéressée à être constituée partie à une procédure—Règles 5 et 1716 de la Cour fédérale—Procédure anglaise et ontarienne correspondante.

ADIDAS (CAN.) LTD. C. SKORO ENTERPRISES LTD., 382.

6. Signification de documents—Corporation défenderesse—Signification à son contrôleur—Signification irrégulière—Règle 309(2).

MCA CANADA LTÉE C. ROBERT SIMPSON PRODUCTIONS, 445.

7. Plaidoiries—Allégations à l'appui dans la déclaration—Contrefaçon de brevet et de marque de commerce—Révélation de secrets commerciaux—Insuffisance des détails—Radiation.

VAPOR CANADA LTD. C. MACDONALD (N° 1), 452.

8. Dépens—Somme globale au lieu des dépens taxés—Adjudication à la défenderesse à l'encontre de la mise en cause—Taxation.

NORD-DEUTSCHE VERSICHERUNGS GESELLSCHAFT C. LA REINE (non publié, B-814-71).

PROCÉDURE—Suite

9. Dépens—Taxation (Cour de l'Échiquier)—Appel de la décision du fonctionnaire taxateur—Demande de radiation du registre de la marque de commerce—Procédures interlocutoires—Fin des procédures par ordonnance de consentement—La requérante a-t-elle droit à des honoraires pour la préparation de l'instruction—Pas de procès—Discretion du juge.

RED OWL FOODS C. RED OWL STORES (non publié, T-561-71).

PROCÉDURE—Fin

10. Plaidoiries—Requête interlocutoire—Prétentions dans la pétition de droit—Sans pertinence—Radiation.

LEITH C. LA REINE (non publié, T-1857-71).

11. *Voir aussi*: COMPÉTENCE

12. *Voir aussi*: DROIT MARITIME

13. *Voir aussi*: EXAMEN JUDICIAIRE

14. *Voir aussi*: BREVETS