

A-771-85  
A-772-85

A-771-85  
A-772-85

**Canada Post Corporation, Stuart Cooke, François Boyer, Yves Dubuc, Jacques Lamarche (Appellants)**

v.

**Canadian Union of Postal Workers, CUPW: 174 GG 208 (Respondent)**

and

**Attorney General of Canada (Mis-en-cause)**

INDEXED AS: C.U.P.W. v. CANADA POST CORP.

Court of Appeal, Marceau, Hugessen and Lacombe JJ.—Montréal, November 6; Ottawa, December 18, 1986.

*Practice — Contempt of court — Appeal from dismissal of application to rescind ex parte show cause order — Application for show cause order supported by affidavits of postal workers indicating practice prohibited by arbitral award continuing at three of Canada Post's branches — Application to rescind on ground affidavits irregular as not associating appellants with violation of arbitral award — Application dismissed as second judge not wanting to substitute own view for that of first Judge — Appeal of individual appellants allowed; corporate appeal dismissed (Marceau J. dissenting) — No evidence tying individual appellants to violation of arbitral award — Application for show cause order under R. 355(4) must comply with procedural requirements of R. 319(2) — Ex parte order against Canada Post justified based on prima facie evidence in affidavits of continuation of prohibited practice — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 319(1),(2), 330(a) (as am. by SOR/79-58, s. 1), 355(4).*

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Appeal from dismissal of application to rescind ex parte show cause order — Appeal allowed re: individual appellants as affidavits in support of application for show cause order defective — Inherent jurisdiction to set aside ex parte order if apparent, after party adversely affected heard, order should not have been made — R. 330(a) applying to any ex parte order including show cause order — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 319(1),(2), 330(a) (as am. by SOR/79-58, s. 1), 355(4).*

*Labour relations — Arbitral award filed with Federal Court — Appeal from dismissal of application to rescind ex parte show cause order — Affidavits in support showing prima facie evidence of violation of arbitral award, but not associating individual appellants with violation — Appeal re: individual appellants allowed (Marceau J. dissenting) — Order cannot be*

**Société canadienne des postes, Stuart Cooke, François Boyer, Yves Dubuc, Jacques Lamarche (appelants)**

c.

**Syndicat des postiers du Canada, SPC: 174 GG 208 (intimé)**

et

**Procureur général du Canada (mis-en-cause)**

c RÉPERTORIÉ: S.P.C. c. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES

Cour d'appel, juges Marceau, Hugessen et Lacombe—Montréal, 6 novembre; Ottawa, 18 décembre 1986.

*Pratique — Outrage au tribunal — Appel interjeté contre le rejet de la demande d'annulation de l'ordonnance de justification ex parte — Demande d'ordonnance de justification appuyée par des affidavits de postiers attestant du maintien dans trois succursales de la Société canadienne des postes d'une pratique interdite par une sentence arbitrale — Demande d'annulation au motif que les affidavits seraient irrecevables parce qu'ils ne lient pas les appelants à la violation de la sentence arbitrale — Rejet de la demande, le second juge ne voulant pas substituer ses vues à celles du premier juge — L'appel des appelants individuels est accueilli; l'appel de la société est rejeté (dissidence du juge Marceau) — Aucune preuve n'établit un rapport entre les appelants individuels et la violation de la sentence arbitrale — La demande d'ordonnance de justification visée à la Règle 355(4) doit être conforme aux exigences de la Règle 319(2) — L'ordonnance ex parte prononcée contre la Société canadienne des postes est justifiée selon la preuve prima facie des affidavits relative au maintien de la pratique interdite — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 319(1),(2), 330a (mod. par DORS/79-58, art. 1), 355(4).*

*Compétence de la Cour fédérale — Division de première instance — Appel contre le rejet de la demande d'annulation de l'ordonnance de justification rendue ex parte — L'appel est accueilli quant aux appelants individuels car les affidavits à l'appui de la demande d'ordonnance de justification sont entachés d'un vice — Il y a compétence naturelle d'annuler l'ordonnance ex parte s'il ressort, après audition de la partie lésée, que l'ordonnance n'aurait pas dû être rendue — La Règle 330a s'applique à toute ordonnance ex parte y compris aux ordonnances de justification — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 319(1),(2), 330a (mod. par DORS/79-58, art. 1), 355(4).*

*Relations du travail — Sentence arbitrale déposée auprès de la Cour fédérale — Appel contre le rejet de la demande d'annulation d'une ordonnance de justification rendue ex parte — Les affidavits justificatifs donnent une preuve prima facie de la violation de la sentence arbitrale, mais ils n'établissent pas de lien entre cette violation et les appelants individuels —*

based on defective information — Procedural requirements of R. 319(2) must be complied with — Aggrieved party not limited to raising only additional facts to those presented when *ex parte* order made — Appeal dismissed re: Canada Post as *prima facie* evidence of continuation of prohibited practice — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 159 (as am. by S.C. 1977-78, c. 27, s. 57) — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 319(1),(2), 330(a) (as am. by SOR/79-58, s. 1), 355(4).

This is an appeal from a judgment of the Trial Division dismissing an application to rescind an order made *ex parte* directing the appellants to appear to answer a charge of contempt of court. The respondent applied for a show cause order under Rule 355(4) on the ground that the appellants had not complied with the arbitral award ordering the employer to cease allowing letter carriers to perform the duties of inside postal workers. The appellants applied under Rule 330(a) for the Court to rescind the *ex parte* order on the ground that the respondent's application for this order had been irregular. The appellants did not seek to establish before the Judge sitting in review facts in addition to those submitted by the respondent to the Judge who had made the show cause order. They argued that the supporting affidavits did not establish the facts alleged in that they did not associate them with the violation of the arbitral award. The application was dismissed, the second Judge not being prepared to substitute his view of the evidence for that of the judge who had granted the order.

*Held* (Marceau J. dissenting), the appeal of the individual appellants should be allowed; the appeal of Canada Post Corporation should be dismissed.

*Per* Lacombe J. (Hugessen J. concurring): There is no evidence in the affidavits or elsewhere in the record that the individual appellants were involved in the violation of the arbitral award. There also was no evidence indicating in what respect and how they could be held personally responsible for disobeying the arbitral award. An application for a show cause order under Rule 355(4) falls within Rule 319(2), which requires that a motion be supported by an affidavit as to all facts on which the motion is based that do not appear on the record. The *ex parte* order should not have been made against the individual appellants.

*Wilson v. R.*, cited for the proposition that the Judge sitting in review can only intervene if additional facts are established before him, does not apply. That was a criminal case, concerning review of a wiretap authorization. Also, a judge hearing an application for a wiretap authorization has discretion to grant or deny it, but a judge hearing an application for a show cause order under Rule 355(4) has no discretion. He must make the order as required by law, the evidence and the pleadings. When such an order has been made *ex parte* a judge hearing an application to rescind under Rule 330(a) does not have any discretion to exercise himself. He must grant the remedy based on either peremptory legal grounds which were not considered by the judge making the order, or on additional facts raised by the aggrieved party now that he has an opportunity to be heard.

*L'appel est accueilli quant aux appelants individuels (dissidence du juge Marceau) — L'ordonnance ne peut se fonder sur des renseignements défectueux — Il doit être satisfait aux exigences procédurales de la Règle 319(2) — La partie lésée n'est pas tenue à ne soulever que d'autres faits que ceux qui ont été présentés au moment où a été rendue l'ordonnance ex parte — L'appel est rejeté à l'égard de la Société canadienne des postes en raison de la preuve prima facie du maintien de la pratique prohibée — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 159 (mod. par S.C. 1977-78, chap. 27, art. 57) — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règles 319(1),(2), 330a) (mod. par DORS/79-58, art. 1), 355(4).*

Il s'agit d'un appel d'un jugement de la Division de première instance qui a rejeté la requête en annulation d'une ordonnance rendue *ex parte* enjoignant aux appelants de comparaître pour répondre à une accusation d'outrage au tribunal. L'intimé avait présenté une demande d'ordonnance de justification, en vertu de la Règle 355(4), au motif que les appelants ne s'étaient pas conformés à la sentence arbitrale ordonnant à l'employeur de cesser d'engager des facteurs pour remplir les fonctions des postiers. Les appelants ont demandé à leur tour à la Cour, en vertu de la Règle 330a), d'annuler l'ordonnance *ex parte* par cause d'irrecevabilité de la demande visant la délivrance de cette ordonnance. Les appelants n'ont pas tenté d'établir devant le juge qui procédait à la révision, des faits additionnels à ceux dont l'intimé avait fait état devant le juge qui avait rendu l'ordonnance de justification. Ils ont soutenu que les affidavits justificatifs n'établissaient pas les faits allégués en ce sens qu'ils ne les rattachaient pas à la violation de la sentence arbitrale. La demande a été rejetée, le second juge n'étant pas disposé à substituer son opinion de la preuve à celle du juge qui avait rendu l'ordonnance.

*Arrêt* (le juge Marceau dissident): l'appel des appelants nommément désignés devrait être accueilli; l'appel de la Société canadienne des postes devrait être rejeté.

Le juge Lacombe (avec l'appui du juge Hugessen): Il n'existe aucune preuve dans les affidavits ni au dossier que les appelants désignés nommément aient participé à la violation de la sentence arbitrale. Encore moins y avait-il de preuve en quoi et comment pouvait leur être personnellement imputable la désobéissance à la sentence arbitrale. La demande d'ordonnance de justification visée à la Règle 355(4) relève de la Règle 319(2), qui exige qu'une requête soit appuyée par un affidavit certifiant tous les faits sur lesquels se fonde la requête sauf ceux qui ressortent au dossier. L'ordonnance *ex parte* n'aurait pas dû être prise contre les appelants désignés nommément.

L'arrêt *Wilson c. R.*, cité à l'appui de la proposition selon laquelle le juge qui procède à la révision ne peut intervenir que lorsque des faits supplémentaires sont établis devant lui, ne s'applique pas. Il s'agissait là d'une affaire criminelle, concernant l'examen d'une autorisation visant l'écoute électronique. De plus, le juge saisi d'une demande d'autorisation d'écoute électronique a discrétion de l'accorder ou de la refuser, alors que le juge saisi d'une demande d'ordonnance de justification en vertu de la Règle 355(4) n'a pas de pouvoir discrétionnaire. Il doit rendre l'ordonnance selon que le droit, la preuve et les procédures l'exigent. Lorsqu'une telle ordonnance a été rendue *ex parte*, le juge saisi d'une requête en annulation en vertu de la Règle 300a) n'a pas davantage de discrétion à exercer lui-même. Il doit accorder le recours soit pour des motifs de droit

The law applicable to the review of *ex parte* show cause orders remains as it was stated in *May & Baker (Canada) Ltd. v. The "Oak"*: when an order is made *ex parte* there is an inherent jurisdiction in the Court, after the party adversely affected has been given an opportunity to be heard, if it appears that it should not have been made, to set it aside. Rule 330(a) applies to "any order that was made *ex parte*" including a show cause order, which under Rule 355(4) may be issued without the opposing party being heard. Its purpose is to ensure, in accordance with the fundamental rule of *audi alteram partem*, that the aggrieved party can present all his arguments against the *ex parte* order being made. The aggrieved party cannot be limited to raising only facts additional to those presented when the *ex parte* order was made.

Although a show cause order is only a simple summons, a valid summons cannot be based on a defective information. The individual appellants did not have to await their appearance on a defective summons to challenge in court evidence which the respondent had not presented when it was issued. They were entitled to have the order lifted immediately.

However, the *ex parte* order against Canada Post was justified. The affidavits contained *prima facie* evidence that the prohibited practice was continuing at three of Canada Post's branches. This evidence was clear enough to justify the Trial Judge making the show cause order to summon the appellant to appear. The appellant can present its defence arguments at the hearing on the merits. On an application for a show cause order, a judge need only be satisfied that the evidence contained in the affidavits in support of the application is sufficient to authorize the making of the order: *Baxter Travenol Laboratories Inc. v. Cutter (Canada) Ltd.* (1985), 56 N.R. 282 (F.C.A.).

*Per Marceau J. (dissenting)*: The decision of the first Judge is not at issue. The appeal concerns the decision of the second Judge and whether he erred by refusing to put himself in the place of the first Judge.

Rule 330 confirms the power to rescind an *ex parte* decision, but gives no indication as to what such rescission consists of and no information as to the circumstances in which it may occur. However, it does provide that the original decision is not replaced, but is superceded, leaving intact all the effects which it has produced to date. The power in Rule 330 is not a power of appeal. The power of review in cases where the Court has had to make a decision *ex parte* derives from the common law. It is inherent in the Court's jurisdiction, arising out of necessity. Such power is necessary only to deal with a case in which the Court has acted on the basis of misleading or incomplete information, as otherwise an appeal would be made on the record. Since the decision in *May & Baker*, McIntyre J. in *Wilson v. R.* approved the statement in *Gulf Islands Navigation* that in any case it would not ordinarily be the function of a judge other than the one making the initial decision *ex parte* to

péremptoires qui ont échappé au juge qui a prononcé l'ordonnance, soit en raison de faits additionnels que la partie lésée soulève lorsqu'on lui donne la possibilité de se faire entendre. Le droit applicable à la révision des ordonnances rendues *ex parte* reste celui qui a été formulé dans l'arrêt *May & Baker (Canada) Ltée c. L'«Oak»*: quand une ordonnance est rendue *ex parte*, la Cour est naturellement compétente pour annuler celle-ci, après avoir accordé à la partie lésée l'occasion de faire valoir ses droits, s'il apparaît alors que l'ordonnance *ex parte* n'aurait pas dû être rendue. La Règle 330a) s'applique à «toute ordonnance rendue *ex parte*» y compris l'ordonnance de justification qui, selon la Règle 355(4), peut être rendue sans que la partie adverse soit entendue. Son objet est de permettre à la partie lésée, par application du principe fondamental *audi alteram partem*, de faire valoir tous ses moyens militant à l'encontre de la délivrance de l'ordonnance *ex parte*. La partie lésée ne peut être restreinte à ne pouvoir soulever que des faits additionnels à ceux qui ont présidé à la délivrance de l'ordonnance *ex parte*.

Bien que l'ordonnance de justification ne soit qu'une simple assignation, une dénonciation irrégulière ne peut conduire à une assignation valide. Les appelants désignés nommément n'avaient pas à attendre de comparaître en réponse à une assignation irrégulière pour attaquer devant le tribunal une preuve que l'intimé n'avait pas faite lors de sa délivrance. Ils avaient le droit d'obtenir la levée immédiate de l'ordonnance.

Toutefois, l'ordonnance *ex parte* prononcée contre la Société canadienne des postes était justifiée. Les affidavits contenaient la preuve *prima facie* que la pratique prohibée se poursuivait toujours dans trois succursales de la Société canadienne des postes. Cette preuve était suffisamment articulée pour permettre au juge de première instance qui prononçait l'ordonnance de justification de citer l'appelante à comparaître. C'est lors de l'audition au fond que l'appelante pourra faire valoir ses moyens de défense. Le juge qui est saisi d'une demande d'ordonnance de justification est simplement tenu de se rendre compte que la preuve dont font état les affidavits à l'appui de la demande suffit à justifier sa délivrance: *Baxter Travenol Laboratories Inc. c. Cutter (Canada) Ltd.* (1985), 56 N.R. 282 (C.A.F.).

Le juge Marceau (*dissident*): La décision du premier juge n'est pas en cause. L'appel vise la décision du second juge et la question de savoir s'il a commis une erreur en refusant de se mettre à la place du premier juge.

La Règle 330 confirme l'existence du pouvoir d'annuler une décision rendue *ex parte*, mais elle n'indique nullement en quoi consiste cette annulation ni ne fournit de précision sur les circonstances dans lesquelles elle pourra avoir lieu. On ne parle cependant pas d'une décision qui remplace celle initialement rendue, mais qui s'y superpose seulement, laissant intacts tous les effets produits jusque là. Le pouvoir réservé à la Règle 330 n'est pas un pouvoir d'appel. Le pouvoir de révision dans les cas où la Cour a dû rendre une décision *ex parte* dérive de la *common law*. Il est inhérent à la juridiction de la Cour, et il correspond à une nécessité. Un tel pouvoir est nécessaire seulement pour obvier au cas où la Cour aurait agi sur la base d'une information trompeuse ou incomplète, car autrement un appel, portant sur le dossier tel que constitué, serait interjeté. Depuis que l'arrêt *May & Baker* a été rendu, le juge McIntyre, dans l'arrêt *Wilson c. R.*, a approuvé les propos tenus dans l'arrêt

assume the power of reviewing it. Although *Wilson* involved a criminal matter, the statements approved had been made in a civil proceeding and were intended to summarize what the courts have consistently held in civil matters. The Trial Judge did not have the power to sit in appeal from the decision of the first Judge. However, assuming that he did have such power, the fact that the Judge could have acted on the application does not mean that he was required to act. If his refusal to exercise his power is based on valid grounds and not likely to cause a denial of justice by finally denying litigants a remedy to which they are entitled, the right to make that refusal cannot be denied. That is the situation here. The valid reason was his reluctance to place himself in his brother Judge's position and act as an appellate judge, a situation to be avoided as far as possible. The appellants will have the opportunity to explain the situation at the time of their appearance. The other solution is an appeal. A judge has the discretion to deny an application solely because in his opinion some other proceeding would have been preferable: *Rex v. Kennedy, a Metropolitan Magistrate* (1902), 86 L.T. Rep. 753 (H.C.).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*May & Baker (Canada) Ltd. v. The "Oak"*, [1979] 1 F.C. 401; (1978), 89 D.L.R. (3d) 692 (C.A.); *Baxter Travenol Laboratories Inc. v. Cutter (Canada) Ltd.* (1985), 56 N.R. 282 (F.C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Wilson v. R.*, [1983] 2 S.C.R. 594; [1984] 1 W.W.R. 481; (1984), 51 N.R. 321.

##### REFERRED TO:

*Kukan v. Minister of Manpower & Immigration*, [1974] 1 F.C. 12; (1974), 1 N.R. 445 (C.A.); *R. v. Perry*, [1982] 2 F.C. 519; (1982), 133 D.L.R. (3d) 703 (C.A.); *Gulf Islands Navigation Ltd. v. Seafarers Internat'l Union of North America* (1959), 18 D.L.R. (2d) 625; (1959), 28 W.W.R. 517 (B.C.C.A.); *Rex v. Kennedy, a Metropolitan Magistrate* (1902), 86 L.T. Rep. 753 (H.C.).

##### COUNSEL:

*R. Luc Beaulieu* for appellants.  
*Olivier Després* for respondent.

##### SOLICITORS:

*Ogilvy, Renault*, Montréal, for appellants.

*Trudel, Nadeau, Lesage, Cleary, Larivière et Associés*, Montréal, for respondent.

*Gulf Islands Navigation*, à savoir qu'en tout état de cause, il ne revenait pas normalement à un juge autre que celui qui avait pris la décision initiale *ex parte* de s'arroger le pouvoir de la réviser. Bien que l'arrêt *Wilson* ait porté sur une affaire criminelle, les propos approuvés avaient été prononcés dans une affaire civile, et ils prétendaient résumer l'état d'une jurisprudence constante en matière civile. Le juge de première instance n'avait pas le pouvoir de siéger en appel de la décision du premier juge. Toutefois, si l'on suppose qu'il avait ce pouvoir, le fait que le juge ait pu donner suite à la requête ne signifie pas qu'il était tenu de le faire. Si son refus d'exercer son pouvoir est fondé sur un motif valable et qu'il n'est pas susceptible de causer un déni de justice en privant définitivement des justiciables d'un remède auquel ils ont droit, le droit d'opposer un tel refus ne saurait être nié. C'est bien le cas ici. Le motif valable est la réticence du juge à se substituer à son collègue et à agir en juge d'appel, une situation qui est à éviter autant que faire se peut. Les appelants auront la possibilité d'exposer la situation au moment de leur comparution. L'autre solution réside dans un appel. Un juge a le pouvoir discrétionnaire de rejeter une demande pour le seul motif qu'il lui semble qu'une autre procédure serait préférable: *Rex v. Kennedy, a Metropolitan Magistrate* (1902), 86 L.T. Rep. 753 (H.C.).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*May & Baker (Canada) Ltée c. L'«Oak»*, [1979] 1 C.F. 401; (1978), 89 D.L.R. (3d) 692 (C.A.); *Baxter Travenol Laboratories Inc. c. Cutter (Canada) Ltd.* (1985), 56 N.R. 282 (C.A.F.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Wilson c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 594; [1984] 1 W.W.R. 481; (1984), 51 N.R. 321.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Kukan c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1974] 1 C.F. 12; (1974), 1 N.R. 445 (C.A.); *R. c. Perry*, [1982] 2 C.F. 519; (1982), 133 D.L.R. (3d) 703 (C.A.); *Gulf Islands Navigation Ltd. v. Seafarers Internat'l Union of North America* (1959), 18 D.L.R. (2d) 625; (1959), 28 W.W.R. 517 (C.A.C.-B.); *Rex v. Kennedy, a Metropolitan Magistrate* (1902), 86 L.T. Rep. 753 (H.C.).

##### AVOCATS:

*R. Luc Beaulieu* pour les appelants.  
*Olivier Després* pour l'intimé.

##### PROCUREURS:

*Ogilvy, Renault*, Montréal, pour les appelants.  
*Trudel, Nadeau, Lesage, Cleary, Larivière et Associés*, Montréal, pour l'intimé.

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

MARCEAU J. (*dissenting*): I regret, but I cannot concur in the view of Lacombe J. I do not think that the judge of first instance [judgment dated September 23, 1985, T-1015-1016-85] made an error which can be a basis for intervention by this Court. My brother judge suggests that the appeal be allowed in part; on the contrary, I am unable to disagree, if not with the wording of the judgment *a quo*, at least with its substance, and I would refuse to intervene. That being so, I must with respect explain my reservations regarding his analysis and attempt to defend my own.

First, however, we should agree on what is at issue. A Judge of the Trial Division, hearing an application to initiate a contempt of court proceeding, in September 1985 issued an order directing the appellants to appear on a given date to hear proof of the acts alleged against them and to urge any grounds of defence they might have. The application, made under Rule 355(4) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], had not been served, and the judge accordingly had to make his decision *ex parte*. When they learned of the proceedings initiated against them the appellants concluded that the affidavit evidence submitted in support of the application was insufficient to provide a valid basis for the order and they decided to challenge it. It was open to them to proceed by appeal (and they in fact prudently took the necessary steps to ensure that the eventual possibility of an appeal remained open should their choice of proceeding prove to be ill-advised), but they thought it preferable first to make use of the option which appeared to be offered by Rule 330 [as am. by SOR/79-58, s. 1], which is worth reproducing again in view of its importance for the ensuing discussion:

*Rule 330.* The Court may rescind

(a) any order that was made *ex parte*, or

(b) any order that was made in the absence of a party who had failed to appear through accident or mistake or by reason of insufficient notice of the application;

but no such rescission will affect the validity or character of anything done or not done before the rescinding order was made except to the extent that the Court, in its discretion, by rescission order expressly provides.

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

LE JUGE MARCEAU (*dissident*): Je le regrette, mais je ne partage pas l'avis de monsieur le juge Lacombe. Je ne crois pas que le juge de première instance [jugement en date du 23 septembre 1985, T-1015-1016-85] ait commis une erreur qui puisse donner ouverture à la sanction de cette Cour. Mon collègue suggère de maintenir l'appel pour partie; au contraire, je me sens incapable de contester, sinon la facture du jugement *a quo*, du moins sa substance, et je refuserais d'intervenir. Cela étant, il me faut, avec égards, expliquer mes réserves quant à sa façon de voir et tenter de défendre la mienne.

Mais d'abord entendons-nous sur ce dont il s'agit. Saisi d'une requête introductive d'une procédure d'outrage au tribunal, un juge de la Division de première instance émettait, en septembre 1985, une ordonnance enjoignant aux appelants de comparaître à une date déterminée pour entendre la preuve des actes qu'on leur reprochait et, le cas échéant, exposer les raisons de leur conduite. La requête, faite sous la Règle 355(4) [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663], n'avait pas fait l'objet de signification, de sorte que le juge avait dû prendre sa décision *ex parte*. En prenant connaissance des procédures engagées contre eux, les appelants formèrent l'opinion que la preuve par affidavit présentée au soutien de la requête n'était pas suffisante pour appuyer valablement l'émission de l'ordonnance, et ils décidèrent de l'attaquer. Il leur était loisible de procéder par la voie de l'appel (et de fait ils prirent prudemment les mesures pour que la possibilité éventuelle d'un appel leur reste ouverte au cas où leur choix de procédure s'avèrerait malheureux) mais ils crurent préférable de se prévaloir d'abord de la possibilité que semblait offrir la Règle 330 [mod. par DORS/79-58, art. 1] dont il convient de reproduire de nouveau le texte, vu son importance pour la discussion à venir:

*Règle 330.* La Cour peut annuler

(a) toute ordonnance rendue *ex parte*, ou

(b) toute ordonnance rendue en l'absence d'une partie qui a omis de comparaître par suite d'un événement fortuit ou d'une erreur ou à cause d'un avis de requête insuffisant;

mais une telle annulation n'affecte ni la validité ni la nature d'une action ou omission antérieure à l'ordonnance d'annulation sauf dans la mesure où la Cour, à sa discrétion, le prévoit expressément dans son ordonnance d'annulation.

The appellants accordingly filed an application asking the Court to rescind the order to appear, relying on Rule 330. The application came before a Judge other than the one who had made the order. The Judge considered the application, but seeing that the appellants were not proposing to add to the facts presented to the first Judge (they had not even filed a substantial affidavit) but were simply arguing that, solely on the basis of the facts duly attested under oath, the order should not have been made, he refused to intervene. The Judge chose his words poorly in briefly explaining his refusal, but I think it will readily be admitted that his real reasoning was clear enough: he did not want to determine the appositeness of the approach taken by his brother Judge and simply substitute his own reaction for that of the latter.<sup>1</sup> This Court has before it a challenge against the decision dismissing the application submitted pursuant to Rule 330—and nothing more.

I feel this point needs to be emphasized. The decision of the first Judge itself is not at issue. It seems clear that the deficiencies in the application submitted by the respondents to initiate the contempt of court proceedings are due to clumsiness in the preparation and wording rather than to any other cause, but in any case no one doubts that issuing the order was fully justified solely on the basis of the facts attested under oath. If the appeal at bar concerned the decision of the first Judge, it would I think present no problem; but that is not the case. The appeal concerns the decision of the second Judge and the question it presents is straightforward: by simply refusing to put himself in place of the first Judge and assess the propriety of his brother's reaction so as to affirm or reverse the action taken by him, did the second Judge commit an error which must be corrected by this Court?

<sup>1</sup> The reasons of Lacombe J. contain the three paragraphs of the judgment, but I should like to note the second in particular:

[TRANSLATION] As further this is a matter in which the Court does not intend to substitute its own view of the evidence for that of the judge who initially made the order, as the latter relied on the application, the affidavits and the record before him;

Les appelants inscrivirent donc une requête demandant l'annulation de l'ordre de comparaître en invoquant la Règle 330. La requête vint devant un juge autre que celui qui avait rendu l'ordonnance. Le juge considéra la demande, mais voyant que les appelants ne cherchaient nullement à ajouter aux faits invoqués devant le premier juge (ils n'avaient même produit aucun affidavit de substance) mais faisaient valoir uniquement que, sur la base des seuls faits dûment attestés sous serment, l'ordonnance n'aurait pas dû être émise, il refusa d'intervenir. Le juge choisit mal ses termes pour expliquer succinctement son refus mais sa véritable motivation, je pense qu'on l'admettra sans peine, était suffisamment claire: il ne voulait pas vérifier la pertinence de l'attitude adoptée par son collègue et substituer simplement sa propre réaction à celle que, lui, avait eue<sup>1</sup>. C'est une attaque contre cette décision de rejet de la requête soumise en vertu de la Règle 330 qui est devant nous—et uniquement celà.

Je me permets même d'insister. La décision du premier juge n'est pas elle-même en cause. Il semble bien que les lacunes de la requête présentée par les intimés aux fins de mettre en branle les procédures d'outrage au tribunal soient dues à des bévues de préparation et de rédaction plus qu'à autre chose, mais, de toute façon, personne ne doute que l'émission de l'ordonnance n'était pas pleinement justifiée sur la seule base des faits attestés sous serment. Si l'appel aujourd'hui portait sur la décision du premier juge, il ne présenterait, je pense, absolument aucun problème. Mais ce n'est pas le cas. L'appel porte sur la décision du deuxième juge et la question qu'il pose est sans détour: en refusant de se mettre purement et simplement à la place du premier juge pour vérifier la légitimité de la réaction de son collègue et confirmer ou infirmer le geste qu'il avait posé, le deuxième juge a-t-il commis une erreur que cette Cour doit sanctionner?

<sup>1</sup> On a pu lire dans les motifs de monsieur le juge Lacombe les trois paragraphes du jugement mais je voudrais plus précisément rappeler le texte du deuxième:

S'agissant en outre d'une matière où la Cour n'entend pas substituer sa propre appréciation de la preuve à celle du juge qui a rendu l'ordonnance en premier lieu, ce dernier s'étant fondé sur la requête, les affidavits et le dossier devant lui;

Once the real issue has been thus identified, it can immediately be seen what is necessary for the appeal to succeed. It is clear that this Court cannot disapprove the refusal of the second Judge to intervene in the decision of the first except to the extent that it can say, first, that the second Judge in fact had the power to intervene as he was being asked to do, and second, that in the circumstances he could not refuse to do so. Let us therefore examine the validity of each of these two statements.

1—Did the second Judge have the power to intervene as he was being asked to do?

Thinking that Rule 330 has solved the problem is failing to see the matter as it really is. Rule 330 confirms, for the Federal Court sitting at first instance, the existence of the power given to any court of law to rescind a decision it may have made *ex parte*, a power which clearly does not exist in the case of an ordinary decision, which is meant to be final. However, it gives no indication as to what such rescission consists of and no information as to the circumstances in which it may occur or who may impose it for the Court.

To begin with, it should be noted that though the word “*annulation*” in the French version is ambiguous, the word “*rescind*” in the English version is more precise and more meaningful: it is not synonymous with “*set aside*”. It will also be noted that the Rule speaks not of a decision which replaces the one initially rendered, but of one which simply supersedes it, leaving intact all the effects which it has produced to date. I consider that the words used to describe the power reserved in Rule 330 are not consistent with the idea of simply repeating the operation performed by the first Judge so as to determine its validity, and that the effect attached to the rescission order, which is simply superimposed with consequences for the future, is not consistent with the retroactive effect of a purely remedial decision like that of a court of appeal. I would add that, in my opinion, it is entirely understandable that this power mentioned in Rule 330 is not in the nature of a power of appeal. First it is necessary to inquire whence this power is derived, as it clearly does not have its source in the Rule itself: the principle that once it

Une fois ainsi fixé sur ce dont il s’agit vraiment, on voit tout de suite ce qu’implique la réussite de l’appel. Il est clair que cette Cour ne peut reprocher au deuxième juge son refus d’intervenir dans la décision du premier que dans la mesure où elle peut affirmer: premièrement, que le deuxième juge avait effectivement le pouvoir d’intervenir comme on le lui demandait; et deuxièmement, qu’il ne pouvait pas, dans les circonstances, refuser de le faire. Examinons donc la valeur de chacune de ces deux affirmations.

1—Le deuxième juge avait-il le pouvoir d’intervenir comme on le lui demandait?

Ce serait ne pas voir la difficulté telle qu’elle se présente que de penser que la Règle 330 l’a résolue. La Règle 330 confirme, pour la Cour fédérale siégeant en première instance, l’existence du pouvoir attribué à toute cour de justice d’annuler la décision qu’elle aurait pu rendre *ex parte*, un pouvoir qui n’existe évidemment pas dans le cas d’une décision ordinaire destinée à être définitive. Mais elle n’indique nullement en quoi consiste cette annulation ni ne fournit de précision quant à savoir dans quelles circonstances elle pourra avoir lieu et qui, au nom de la Cour, pourra la prononcer.

On voudra bien noter, d’abord, que si le terme «*annulation*» de la version française reste ambivalent, le terme «*rescind*» de la version anglaise est plus précis et plus révélateur: il n’est pas synonyme de «*set aside*». On notera aussi qu’on ne parle pas d’une décision qui remplace celle initialement rendue, mais qui s’y superpose seulement, laissant intacts tous les effets produits jusque-là. Je suis d’avis que les mots utilisés pour décrire le pouvoir réservé à la Règle 330 ne conviennent pas à l’idée d’une simple reprise de l’opération assumée par le premier juge pour en vérifier la valeur, et que l’effet attaché à l’ordonnance d’annulation, qui en est un de simple superposition et d’avenir, n’est pas compatible avec l’effet rétroactif d’une décision de pure correction comme l’est celle d’un tribunal d’appel. Et j’ajoute qu’il est, à mon sens, fort compréhensible que ce pouvoir dont fait état la Règle 330 n’en soit pas un de la nature d’un pouvoir d’appel. Il faut d’abord se demander d’où vient ce pouvoir car il n’a certes pas sa source dans la Règle elle-même: le principe qu’une fois sa décision rendue, une cour est *functus officio* et

has rendered its decision a court is *functus officio* and powerless to reverse itself is too fundamental to be overturned simply by means of a rule of practice; the Rule undoubtedly serves only to confirm the existence of the power. It is in fact a power which has never been conferred by legislation, but which all the common law courts have long held to be inherent in their jurisdiction (see the historical review made of the power by Smith J. in the British Columbia Court of Appeal judgment in *Gulf Islands Navigation Ltd. v. Seafarers Internat'l Union of North America* (1959), 18 D.L.R. (2d) 625; (1959), 28 W.W.R. 517). An inherent power is one which arises out of necessity. Why is it necessary for a Court to have a power of review in cases where, by exception, it has had to make a decision *ex parte*? In my opinion, it can only be because, as the case was not presented contradictorily, the Court may have acted on the basis of an abbreviated or partial view of the factual situation it had to consider. It would be contrary to the very notion of justice if, in such a case, the decision remained final, and this would be true if the Court had no power of rescission, since an appeal would be made on the record as it stood and so would be of no assistance. However, I see no such necessity otherwise. Why should an appeal proceeding not still be the only means available for determining the strict legality of a judge's decision, in the case of a decision *ex parte* or any other? Are the requirements of the *audi alteram partem* principle (assuming that they have anything to do with the case of a decision which it has been determined in advance may and even must be taken *ex parte*), to the extent that they merely imply a right to make representations on the law, not sufficiently satisfied by an appeal procedure? In short, the power is necessary to deal with the case in which the Court has acted on the basis of misleading or incomplete information, as this is essential for the sound administration of justice; but it certainly is not necessary otherwise. In any case, what I find it quite impossible to agree with is that, simply on the basis of a rule of practice, a judge of a court of law can be given the function of challenging and the power of reversing the appraisal of the action taken by another judge on the same level as himself. I realize that in *May & Baker (Canada) Ltd. v. The "Oak"*, [1979] 1 F.C. 401; (1978), 89 D.L.R. (3d) 692 (C.A.), this Court did not seek to limit the application of Rule

impuissante à se reprendre est un principe trop fondamental pour qu'il puisse être mis en brèche par le seul effet d'une règle de pratique; la Règle ne fait sans doute que confirmer l'existence du pouvoir. Il s'agit en fait d'un pouvoir qui n'a jamais été accordé législativement mais que toutes les cours de *common law* ont depuis longtemps déclaré inhérent à leur juridiction (voir la revue historique qu'en fait le juge Smith dans l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *Gulf Islands Navigation Ltd. v. Seafarers Internat'l Union of North America* (1959), 18 D.L.R. (2d) 625; (1959), 28 W.W.R. 517). Or, un pouvoir inhérent en est un qui correspond à une nécessité. Pourquoi donc est-il nécessaire qu'une cour puisse posséder un pouvoir de révision dans les cas où, par exception, elle a été appelée à rendre une décision *ex parte*? Ce ne peut être, à mon sens, que parce qu'elle a pu agir sur la base d'une vue tronquée ou incomplète, parce que non présentée contradictoirement, de la situation de faits qu'elle avait à considérer. Il répugnerait à la notion même de justice que, dans un tel cas, la décision conserve son caractère définitif, ce qui serait le cas si la cour n'avait pas un pouvoir de rescision, puisque l'appel, portant sur le dossier tel que constitué, ne serait alors d'aucun secours. Mais je ne vois nullement de nécessité ailleurs. Pourquoi la voie de l'appel ne resterait-elle pas, dans le cas d'une décision *ex parte* comme de toutes autres décisions, la seule voie ouverte pour vérifier la pure légalité de la décision du juge? Les exigences du principe de l'*audi alteram partem* (à supposer qu'elles aient un rôle à jouer dans le cas d'une décision prévue à l'avance comme pouvant et même devant être prise *ex parte*) en autant qu'elles se rapportent à la seule possibilité de faire des représentations sur le plan du droit ne sont-elles pas suffisamment respectées par la procédure d'appel? Bref, le pouvoir est nécessaire pour obvier au cas où la Cour aurait agi sur la base d'une information trompeuse ou incomplète, car il y va là de saine administration de la justice; mais il ne l'est certes pas autrement. Et, de toute façon, ce surtout que je me refuse à admettre c'est qu'on puisse sur la seule foi d'une règle de pratique donner à un juge d'une cour de justice la mission de contester et le pouvoir de contrer l'appréciation et le geste d'un collègue de même niveau que lui. Je sais bien que dans l'affaire *May & Baker (Canada) Ltée c. L'«Oak»*, [1979] 1 C.F. 401;

330 to cases in which a party not present at the first decision wanted to submit additional facts; but I would point out that the Court did not say in that case whether the anticipated review would be by the same judge; and even more important is the fact that, since the decision in *May & Baker*, there has been the approval given by McIntyre J. in *Wilson v. R.*, [1983] 2 S.C.R. 594; [1984] 1 W.W.R. 481, to the statements made by Smith J. in *Gulf Islands Navigation Ltd.*, cited above, that in any case it would not ordinarily be the function of a judge other than one making the initial decision *ex parte* to assume the power of reviewing it. It was pointed out that *Wilson* was a decision in a criminal matter, but in any event the statements approved had been made in a civil proceeding and moreover were intended to summarize what the courts have consistently held in civil matters.

I am thus inclined to think, with respect for the contrary view of my brother, that the Trial Judge did not have power to sit in appeal from the decision of the first Judge.<sup>2</sup> However, let us go further and assume that he had such a power: as we have seen, the success of the appeal would not be thereby assured, as the fact that the Judge could have acted on the application would not suffice to enable the Court to disapprove his inaction—there must have been a requirement that he act. Let us therefore look more closely at this second condition.

<sup>2</sup> It is interesting to note for purposes of comparison that, in Quebec civil law, the revocation of a judgment at the request of one of the parties is possible only when that party would have been present but was prevented from doing so for good cause, or in certain exceptional situations where the court may have acted on the basis of partial information and no other remedy exists. The two articles of the *Code of Civil Procedure of Québec* read as follows:

**482.** A party condemned by default to appear or to plead may, if he was prevented from filing his defence by surprise, by fraud or by any other reason considered sufficient, request that the judgment be revoked and that the action be dismissed.

The motion, addressed to the court which rendered the judgment, must contain not only the grounds for revocation of judgment, but also the grounds of defence to the action.

**483.** Likewise, where there is no other useful recourse against a judgment, the court which rendered it may revoke it at the request of one of the parties, in the following cases:

(1978), 89 D.L.R. (3d) 692 (C.A.), cette Cour n'a pas cherché à limiter l'application de la Règle 330 aux cas où la partie non présente lors de la première décision voudrait faire état de faits additionnels. Mais je ferai remarquer que la Cour n'a pas dit, là, si la révision envisagée ne devait pas venir du même juge; et je dirai surtout que, depuis cette décision de *May & Baker*, il y a eu l'approbation que le juge McIntyre, dans l'affaire *Wilson c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 594; [1984] 1 W.W.R. 481, a apportée aux propos qu'avait tenus le juge Smith dans l'arrêt *Gulf Islands Navigation Ltd.* ci-haut cité, à l'effet qu'en tout état de cause, il ne revenait pas normalement à un juge autre que celui qui avait pris la décision initiale *ex parte* de s'arroger le pouvoir de la réviser. On fait valoir que la décision *Wilson* portait sur une affaire criminelle mais, de toute façon, les propos approuvés avaient été prononcés dans une affaire civile et d'ailleurs prétendaient résumer l'état d'une jurisprudence constante en matière civile.

Je me permets ainsi de penser, avec égards pour l'opinion contraire de mon collègue, que le juge de première instance n'avait pas le pouvoir de siéger en appel de la décision du premier juge<sup>2</sup>. Mais allons plus loin et supposons qu'il avait ce pouvoir; le succès de l'appel, on l'a vu, ne serait pas pour autant acquis. Car il ne suffirait pas que le juge ait pu agir sur la requête pour que la Cour puisse lui reprocher son inaction, il faudrait qu'il eût été tenu de le faire. Voyons donc de plus près maintenant cette deuxième condition.

8

<sup>2</sup> Il est intéressant de noter, pour fin de comparaison, qu'en procédure civile québécoise, la rétractation de jugement à la demande d'une partie n'est possible que si cette partie devait être présente mais a été empêchée pour cause, ou encore en certaines hypothèses exceptionnelles où la Cour aurait pu agir sur la base d'une information tronquée, et qu'il n'existe aucun autre remède. Voici d'ailleurs les deux articles du *Code de procédure civile du Québec*:

**482.** La partie condamnée par défaut de comparaître ou de plaider peut, si elle a été empêchée de produire sa défense, par surprise, par fraude ou par quelque autre cause jugée suffisante, demander que le jugement soit rétracté, et la poursuite rejetée.

La requête, adressée au tribunal où le jugement a été rendu, doit contenir non seulement les motifs qui justifient la rétractation, mais aussi les moyens de défense à l'action.

**483.** De même, le jugement contre lequel n'est ouvert aucun autre recours utile peut être rétracté par le tribunal qui l'a rendu, à la demande d'une partie, dans les cas suivants:

(Continued on next page)

(Suite à la page suivante)

2—If the second Judge had the power to intervene, was he required to do so?

Here again the starting-point has to be the simplistic observation that Rule 330 recognizes the existence of a power but does not give anyone the right to ensure that it is exercised. It does not say that a party who is in a particular situation can obtain a particular remedy. In fact, as I have suggested, the assumption that such a power was necessary and therefore inherent was due to the needs of the administration of justice, as the courts quickly recognized that without it they might be in danger of making erroneous decisions and leaving the aggrieved party without a remedy, thus making themselves responsible for simple denials of justice. This in my view is the measure of the duty on the judge to use it.

It should not be forgotten that it is the discretion of the second Judge which is at issue here, not of the first. As I have said, no one disputes that the first Judge did not have the discretion to make an order based solely on the evidence presented by the affidavits as drafted; there was a discrepancy, which he might well have asked counsel to correct but which he undoubtedly did not notice. I accordingly agree that part of the show cause order is

2—Si le deuxième juge avait le pouvoir d'intervenir, était-il tenu de le faire?

Le point de départ, ici encore, se doit d'être l'observation simpliste que la Règle 330 reconnaît l'existence d'un pouvoir mais n'accorde à personne le droit d'en obtenir l'exercice. Elle ne dit pas qu'une partie qui se trouve dans telle ou telle circonstance peut obtenir tel remède. En fait, comme je l'ai suggéré, c'est à cause des besoins de l'administration de la justice qu'on a pu considérer qu'un tel pouvoir était nécessaire et partant inhérent, les cours s'étant vite rendu compte que sans lui elles risquaient de prendre des décisions erronées sans que la partie lésée n'ait de remède et d'être ainsi les instruments de purs dénis de justice. Et là se trouve, à mon sens, la mesure de l'obligation du juge de l'utiliser.

Il ne faut pas oublier que c'est la discrétion du deuxième juge dont il est question ici, non celle du premier. Personne ne conteste, je l'ai dit, que le premier juge n'avait pas la discrétion d'émettre une ordonnance sur la seule foi des éléments de preuve que les affidavits tel que rédigés établissaient; il y avait une lacune, dont il aurait pu requérir la correction fort possiblement mais dont il ne s'est sans doute pas rendu compte. J'accepte

(Continued from previous page)

(1) When the procedure prescribed has not been followed and the resulting nullity has not been covered;

(2) When the judgment has decided beyond the conclusions, or when it has failed to rule on one of the essential grounds of the suit;

(3) When, in the case of a minor or interdicted person, no valid defence has been produced;

(4) When judgment has been rendered upon an unauthorized consent or tender subsequently disavowed;

(5) When judgment has been rendered upon documents whose falsity has only been discovered afterwards, or following fraud of the adverse party;

(6) When, since the judgment, decisive documents have been discovered whose production had been prevented by a circumstance of irresistible force or because of the act of the adverse party;

(7) When, since the judgment, new evidence has been discovered and it appears that:

(a) if it had been brought forward in time, the decision would probably have been different;

(b) it was known neither to the party nor to his attorney or agent and

(c) it could not, with all reasonable diligence, have been discovered in time.

For a complete study of an application to revoke, reference may be made to J. Ancil, "La rétractation de jugement à la demande d'une partie" (1973), 4 *R.D.U.S.* 119.

(Suite de la page précédente)

1. Lorsque la procédure prescrite n'a pas été suivie et que la nullité qui en résulte n'a pas été couverte;

2. Lorsqu'il a été prononcé au-delà des conclusions, ou qu'il a été omis de statuer sur un des chefs de la demande;

3. Lorsque, s'agissant d'un mineur ou d'un interdit, aucune défense valable n'a été produite;

4. Lorsqu'il a été statué sur la foi d'un consentement ou à la suite d'offres non autorisés et subséquentement désavoués;

5. Lorsque le jugement a été rendu sur des pièces dont la fausseté n'a été découverte que depuis, ou à la suite du dol de la partie adverse;

6. Lorsque, depuis le jugement, il a été découvert des pièces décisives dont la production avait été empêchée par une circonstance de force majeure ou le fait de la partie adverse;

7. Lorsque, depuis le jugement, il a été découvert une preuve, et qu'il appert:

a) que si elle avait été apportée à temps, la décision eût probablement été différente;

b) qu'elle n'était connue ni de la partie, ni de son procureur ou agent et

c) qu'elle ne pouvait pas, avec toute la diligence raisonnable, être découverte en temps utile.

Pour une étude complète sur la demande de rétractation, on peut se référer à: J. Ancil, «La rétractation de jugement à la demande d'une partie» (1973), 4 *R.D.U.S.* 119.

subject to intervention, and that the individuals concerned are entitled to have it set aside; but I do not see how this automatically places the second Judge under a duty to act. If his refusal to exercise his power is based on valid grounds and not likely to cause a denial of justice by finally denying litigants a remedy to which they are entitled, I do not see on what basis the right to make that refusal, and even its legitimacy, can be denied. In my opinion, that is true in the case at bar. As for a valid reason, as we have seen essentially this was his reluctance to place himself in his brother Judge's position and act as an appellate Judge toward him, a situation which, if it is not legally unacceptable as I have suggested, is at the very least to be avoided so far as possible. So far as the absence of a denial of justice is concerned, the Judge speaks of the opportunity the appellants will have to explain the situation at the time of their appearance, which is perfectly true as regards the determination of their position with the Canada Post Corporation and their function in relation to the acts alleged, but I admit covers only the aspect of equity and not pure law, leaving aside the question of the legality of the very making of the order. However, the solution is ready to hand: it is of course an appeal. The courts have already held that a judge has the discretion to deny an application solely on the ground that in his opinion some other proceeding was preferable (*Rex v. Kennedy, a Metropolitan Magistrate* (1902), 86 L.T. Rep. 753 (H.C.)). The legitimacy of the refusal by the Judge in the case at bar seems to me for more easy to recognize.

Those are the reasons which—I say so with respect for those who take a different view—prevent me from agreeing that this Court can question the legality and legitimacy of the decision at present before it. I realize that in practice allowing the appeal will only give the appellants the result which they could obtain by proceeding with their appeal against the show cause order; but I think there is much more here than a question of procedure: there is a question of jurisdiction and principle the solution of which may have consequences for the future. This is why I have made a point of setting out my opinion.

donc qu'une partie de l'ordonnance de justification soit sujette à sanction, et que les individus concernés aient droit d'en obtenir la mise de côté. Mais je ne vois pas qu'on puisse automatiquement tirer de là une obligation d'agir pour le deuxième juge. Si le refus de ce dernier d'exercer son pouvoir est fondé sur un motif valable et qu'il ne soit pas susceptible de causer un déni de justice en niant définitivement à des justiciables un remède auquel ils ont droit, je ne vois pas sur quelle base on pourrait en nier la possibilité, voire même la légitimité. Et c'est bien le cas ici, à mon avis. Pour ce qui est du motif valable, il s'agit essentiellement, on l'a vu, d'une réticence à se substituer à son collègue et à agir en juge d'appel face à lui, une situation qui, si elle n'est pas juridiquement inacceptable comme je l'ai soutenu, est tout au moins à éviter autant que faire se peut. Et pour ce qui est de l'absence de déni de justice, le juge parle de l'opportunité qu'auront les appelants d'exposer la situation au moment de leur comparution, ce qui est parfaitement vrai quant à la détermination de leur fonction auprès de la Société canadienne des postes et de leur rôle relativement aux actes reprochés, mais ne couvre, je l'admets, que l'aspect équité et non de pur droit, le problème de la légalité de l'émission même de l'ordonnance étant laissé de côté. La réponse cependant est évidemment tout prête: il y a, bien sûr, l'appel. On a déjà reconnu qu'un juge avait la discrétion de refuser une demande pour le seul motif qu'il lui semblait qu'une autre procédure était préférable (*Rex v. Kennedy, a Metropolitan Magistrate* (1902), 86 L.T. Rep. 753 (H.C.)). La légitimité du refus du juge en l'espèce me semble autrement plus facile à reconnaître.

Voilà donc les motifs qui m'empêchent d'admettre,—je le dis avec égards pour ceux qui voient autrement,—que cette Cour puisse contester la légalité et la légitimité de la décision qui est actuellement attaquée devant elle. Je sais bien qu'en pratique, le maintien de l'appel ne va qu'assurer aux appelants un résultat qu'ils pourraient obtenir en poursuivant leur appel contre l'ordonnance de justification. Mais je crois qu'il y a beaucoup plus ici qu'une question de procédure; il y a une question de juridiction et de principe dont la solution peut avoir des conséquences futures. C'est pourquoi j'ai tenu à exprimer mon avis.

I would dismiss the appeal with costs.

\* \* \*

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

LACOMBE J.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division, which dismissed the application by the appellants to rescind an order made *ex parte* directing them to appear to answer a charge of contempt of court.

On April 12, 1985 an arbitral award was made in favour of the respondent; it filed the award with the Federal Court of Canada on May 14, 1985, pursuant to section 159 of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1 [as am. by S.C. 1977-78, c. 27, s. 57], and served the notice of its filing on the appellant on May 21, 1985.

The arbitral award allowed the grievance which the respondent had filed against the appellant under the postal workers' collective agreement. It concluded as follows:

The grievance is therefore granted as follows:

- the employer may not entrust to letter carriers the duties of collecting mail from the sortation frames by letter carrier route; take the sorted mail from the pigeon holes in the racks to rolling stock (carts, tubs) or transfer this material from the primary sortation section to designated locations without infringing the postal worker job descriptions and their collective agreement;
- we order the employer to cease the practice mentioned in the preceding paragraph.

On June 17, 1985 the respondent filed an application for a show cause order under Rule 355(4),<sup>3</sup> on the ground that the appellants had not complied with the arbitral award.

<sup>3</sup> Rule 355. . . .

(4) No one may be condemned for contempt of court committed out of the presence of the judge, unless he has been served with a show cause order ordering him to appear before the Court, on the day and at the hour fixed to hear proof of the acts with which he is charged and to urge any grounds of defence that he may have. The show cause order issued by the judge of his own motion or on application must be served personally, unless for valid reasons another mode of service is authorized. The application for the issuance of the show cause order may be presented without its being necessary to have it served.

Je rejetterais l'appel avec dépens.

\* \* \*

*Voici les motifs du jugements rendus en français par*

LE JUGE LACOMBE: Il s'agit d'un appel d'un jugement de la Division de première instance qui a rejeté la requête des appelants en annulation d'une ordonnance rendue *ex parte* les enjoignant de comparaître pour répondre à une accusation d'outrage au tribunal.

Le 12 avril 1985, une sentence arbitrale était prononcée en faveur de l'intimé; il la déposait à la Cour fédérale du Canada le 14 mai 1985, conformément à l'article 159 du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1 [mod. par S.C. 1977-78, chap. 27, art. 57], et il signifiait l'avis de son dépôt à l'appelante le 21 mai 1985.

La sentence arbitrale faisait droit au grief que l'intimé avait institué contre l'appelante en vertu de la convention collective des postiers. Elle concluait ainsi:

POUR CES MOTIFS, le tribunal fait droit au grief et,

- déclare que l'employeur ne peut confier aux facteurs les fonctions de cueillir le courrier dans les râteliers de tri par routes des facteurs, de transborder le courrier trié des cases des râteliers vers le matériel roulant (chariots, bacs) ainsi que de transférer ce matériel de la section de tri primaire aux endroits désignés, sans enfreindre les descriptions de fonctions des postiers et leur convention collective,
- ordonne à l'employeur de cesser la pratique mentionnée au paragraphe précédent . . .

Le 17 juin 1985, l'intimé présentait une demande d'ordonnance de justification, en vertu de la Règle 355(4)<sup>3</sup>, au motif que les appelants ne s'étaient pas conformés à la sentence arbitrale.

<sup>3</sup> Règle 355. . . .

(4) Une personne ne peut être condamnée pour outrage au tribunal commis hors de la présence du juge que s'il lui a été signifié une ordonnance de justification lui enjoignant de comparaître devant la Cour, au jour et à l'heure fixés pour entendre la preuve des actes dont il est accusé et pour présenter, le cas échéant, sa défense en exposant les raisons de sa conduite. Cette ordonnance, rendue par le juge soit de sa propre initiative, soit sur demande, doit obligatoirement être signifiée à personne, à moins qu'un autre mode de signification ne soit autorisé pour des raisons valables. La demande d'ordonnance de justification enjoignant d'exposer les raisons peut être présentée sans qu'il soit nécessaire de la faire signifier.

On July 11, 1985 the order was made *ex parte*.

On September 12, 1985 the appellants in turn applied under Rule 330(a)<sup>4</sup> for the Court to rescind the *ex parte* order on the ground that the respondent's application for this order was irregular.

On September 23, 1985 the Court, presided over by a Judge other than the one who had made the *ex parte* order, dismissed the application by the appellants to rescind, for short reasons which should be reproduced in full:

As the Court is not persuaded that the respondents would have presented additional facts if they had been heard before the order sought to be rescinded;

As further this is a matter in which the Court does not intend to substitute its own view of the evidence for that of the judge who initially made the order, as the latter relied on the application, the affidavits and the record before him;

Whereas the respondents will have an opportunity to challenge the applicant's evidence at the hearing on the contempt of court;

The application is dismissed with costs.

It was common ground that the appellants did not establish or seek to establish before the Judge sitting in review facts additional to those which the respondent had itself submitted to the Judge who made the show cause order.

In its application for a show cause order the respondent stated that the appellant, through the other appellants in their capacity as officers responsible for its labour relations and its personnel, and the latter acting in their personal capacity and hence outside the scope of their duties, had disregarded the prohibition in the arbitral award against entrusting to persons other than postal workers duties belonging to the latter under their collective agreement, in that certain mail handling operations were continuing to be done in the manner prohibited by the arbitral award at three named branches of the appellant in the city of Montréal.

<sup>4</sup> Rule 330. The Court may rescind  
(a) any order that was made *ex parte*, or

but no such rescission will affect the validity or character of anything done or not done before the rescinding order was made except to the extent that the Court, in its discretion, by the rescinding order expressly provides.

Le 11 juillet 1985, l'ordonnance était rendue *ex parte*.

Le 12 septembre 1985, les appelants faisaient requête à leur tour, en vertu de la Règle 330(a)<sup>4</sup>, en vue de faire annuler l'ordonnance *ex parte* pour cause d'irrecevabilité de la demande de l'intimé pour l'émission de cette ordonnance.

Le 23 septembre 1985, la Cour, présidée par un autre juge que celui qui avait émis l'ordonnance *ex parte*, rejetait la requête en annulation des appelants pour les courts motifs qu'il convient de reproduire intégralement:

La Cour n'étant pas satisfaite que les intimés auraient présenté des faits additionnels s'ils avaient été entendus avant l'ordonnance qu'on veut faire annuler;

S'agissant en outre d'une matière où la Cour n'entend pas substituer sa propre appréciation de la preuve à celle du juge qui a rendu l'ordonnance en premier lieu, ce dernier s'étant fondé sur la requête, les affidavits et le dossier devant lui;

Considérant que les intimés auront l'opportunité d'attaquer la preuve du requérant à l'occasion de l'audition relative au mépris de Cour;

La requête est rejetée, avec dépens.

Il est acquis au débat que les appelants n'ont pas établi ni cherché à établir devant le juge siégeant en révision des faits additionnels à ceux que l'intimé avait lui-même invoqués devant le juge qui avait émis l'ordonnance de justification.

Dans sa demande d'ordonnance de justification, l'intimé affirmait que l'appelante, par l'entremise des autres appelants en leur qualité d'agents responsables de ses relations de travail et de son personnel, et ces derniers, agissant à titre personnel et dès lors en dehors de l'exécution de leurs fonctions, ne respectaient pas l'interdit prononcé par la sentence arbitrale de faire exécuter par des personnes autres que des postiers les fonctions dévolues à ces derniers de par leur convention collective de travail, en ce que certaines opérations de manutention du courrier se poursuivaient toujours de la manière proscrire par la sentence arbitrale, à trois succursales, nommément désignées, de l'appelante dans la ville de Montréal.

<sup>4</sup> Règle 330. La Cour peut annuler  
a) toute ordonnance rendue *ex parte*, ou

mais une telle annulation n'affecte ni la validité ni la nature d'une action ou omission antérieure à l'ordonnance d'annulation sauf dans la mesure où la Cour, à sa discrétion, le prévoit expressément dans son ordonnance d'annulation.

The respondent's application was supported by a sworn statement by three postal workers employed at one or the other of three of the appellant's branches from May 21 to June 13, 1985. Two affidavits simply said in identical language that during this period "the duties of collecting mail from the sortation frames by letter carrier route were performed by persons other than postal workers, namely letter carriers" at two of the branches. For the other branch, the last affidavit adopted word for word the first conclusion of the arbitral award, saying that the duties described therein had been assigned "to persons other than postal workers, namely letter carriers".

In their application to rescind and their appeal to this Court, the appellants took the position that these affidavits did not establish the facts alleged by the respondent in its application for an order, in that they in no way associated them with the violation of the arbitral award complained of and, as the application was irregular, it could not in law be the basis for an *ex parte* order.

I consider that these arguments are only partly valid: they apply only in the case of the appellants Cooke, Boyer, Dubuc and Lamarche but not to the appellant Canada Post Corporation.

The postal worker's affidavits make no reference to any of these four individual appellants. Additionally, the arbitral award, the notice of filing of which in the Federal Court was not even served on them, makes no reference to their having been involved in this labour dispute between the appellant and the respondent in any way. There is therefore not a scintilla of evidence in the affidavit or elsewhere in the record that the appellants Cooke, Boyer, Dubuc and Lamarche, whether personally or in their capacity as employees of the appellant, were involved directly or indirectly in the violation of the arbitral award. Still less was there any evidence, even indirect and however tenuous, indicating in what respect and how they could be held personally responsible for disobeying the arbitral award, which the respondent alleged occurred at the three branches of the appellant between May 24 and June 13, 1985. As the affidavits said absolutely nothing about them, it was not

La demande de l'intimé était appuyée du serment de trois postiers qui avaient travaillé à l'une ou l'autre des trois succursales de l'appelante, du 21 mai au 13 juin 1985. Deux affidavits se bornaient à dire, dans des termes identiques, qu'au cours de cette période «les fonctions de cueillir le courrier dans les râteliers de tri par route des facteurs ont été effectuées par des personnes autres que des postiers, à savoir des facteurs» à deux de ces succursales. Pour l'autre succursale, le dernier affidavit empruntait le mot à mot même de la première conclusion de la sentence arbitrale pour dire que les fonctions y décrites avaient été confiées «à des personnes autres que des postiers, à savoir des facteurs».

Dans leur requête en annulation ainsi que dans leur appel devant cette Cour, les appelants ont pris la position que ces affidavits ne prouvaient pas les faits allégués par l'intimé dans sa demande d'ordonnance en ce qu'ils ne les reliaient en aucune façon à la violation de la sentence arbitrale qui y était dénoncée, et que, la demande étant irrégulière, elle ne pouvait, en droit, donner lieu à l'émission de l'ordonnance *ex parte*.

Je suis d'avis que ces prétentions ne sont fondées qu'en partie et qu'elles ne valent que pour les appelants Cooke, Boyer, Dubuc et Lamarche et nullement à l'égard de l'appelante, la Société canadienne des postes.

Les affidavits des postiers ne faisaient aucune mention des individus que sont ces quatre appelants. Par ailleurs, la sentence arbitrale, dont l'avis de dépôt à la Cour fédérale ne leur a même pas été signifié, ne faisait aucune allusion qu'ils avaient été impliqués à quelque titre que ce soit dans ce conflit syndical entre l'appelante et l'intimé. Il n'y avait donc aucun iota de preuve dans les affidavits ou ailleurs dans le dossier que, soit personnellement, soit ès qualité pour le compte de l'appelante, les appelants Cooke, Boyer, Dubuc et Lamarche aient été mêlés de près ou de loin, directement ou indirectement, à la violation de la sentence arbitrale. Encore moins y avait-il de preuve, même indirecte et si ténue soit-elle, qui eût dit en quoi et comment pouvait leur être personnellement imputable la désobéissance à la sentence arbitrale que l'intimé alléguait s'être produite aux trois succursales de l'appelante entre le 24 mai et le 13 juin 1985. Les affidavits des trois postiers étant com-

even established in evidence that they performed the duties of labour relations and personnel officers as the respondent's application alleged, or indeed that they worked for the appellant during the period in question.

Rule 319(1)<sup>5</sup> provides that any application made "to the Court, a judge or a prothonotary . . . shall be made by motion", and Rule 319(2)<sup>6</sup> requires that "A motion shall be supported by affidavit as to all the facts on which the motion is based that do not appear from the record", otherwise it will be denied: *Kukan v. Minister of Manpower & Immigration*, [1974] 1 F.C. 12; (1974), 1 N.R. 445 (C.A.).

An application for a show cause order under Rule 355(4), like any other application, falls within the procedural requirements of Rule 319(2). This is all the more true in the case of a contempt of court, which is a matter of strict law—*strictissimi juris*—at all stages of the proceeding, since it involves the freedom of the individual and may eventually lead to a term of imprisonment: Rule 355(2).<sup>7</sup>

It follows that the *ex parte* order should not have been made against the appellants Cooke, Boyer, Dubuc and Lamarche.

Even then, the respondent argued, the judge sitting in review could not rescind it because he can only intervene under Rule 330(a) if additional facts are established before him, and he accordingly had no discretion to decide in any other manner

<sup>5</sup> Rule 319 (1) Where any application is authorized to be made to the Court, a judge or a prothonotary, it shall be made by motion.

<sup>6</sup> Rule 319. . . .

(2) A motion shall be supported by affidavit as to all the facts on which the motion is based that do not appear from the record, which affidavit shall be filed; and an adverse party may file an affidavit in reply.

<sup>7</sup> Rule 355. . . .

(2) Except where otherwise provided, anyone who is guilty of contempt of court is liable to a fine, which in the case of an individual shall not exceed \$5,000, or to imprisonment for a period not exceeding one year. Imprisonment, and in the case of a corporation a fine, for refusal to obey any process or order may be repeatedly inflicted until the person condemned obeys.

plètement silencieux à leur égard, il n'est même pas établi en preuve qu'ils détenaient les fonctions d'agents responsables des relations de travail et du personnel que la requête de l'intimé leur attribue, voire même qu'ils travaillaient pour l'appelante durant la période dont il s'agit.

La Règle 319(1)<sup>5</sup> stipule que toute demande faite «à la Cour, à un juge ou un protonotaire . . . doit être faite par voie de requête» et la Règle 319(2)<sup>6</sup> exige qu'«une requête doit être appuyée par un affidavit certifiant tous les faits sur lesquels se fonde la requête sauf ceux qui ressortent du dossier», à défaut de quoi la demande doit être refusée. *Kukan c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1974] 1 C.F. 12; (1974), 1 N.R. 445 (C.A.).

Comme toute autre demande, la demande d'une ordonnance de justification prévue à la Règle 355(4) tombe sous le coup des exigences procédurales de la Règle 319(2). À plus forte raison, doit-il en être ainsi en matière d'outrage au tribunal, qui est de droit strict, *strictissimi juris*, et ce, à toutes les étapes de la procédure, vu qu'elle se rattache à la liberté des individus et qu'elle peut les mener éventuellement à une peine d'emprisonnement. Règle 355(2).<sup>7</sup>

Il s'ensuit que l'ordonnance *ex parte* n'aurait pas dû être émise contre les appelants Cooke, Boyer, Dubuc et Lamarche.

Même à cela, prétend l'intimé, le juge siégeant en révision ne pouvait l'annuler parce que c'est seulement en présence de faits additionnels établis devant lui qu'il pouvait intervenir dans les cadres de la Règle 330(a) et qu'il n'avait pas discrétion dès

<sup>5</sup> Règle 319. (1) Lorsqu'il est permis de faire une demande à la Cour, à un juge ou un protonotaire, la demande doit être faite par voie de requête.

<sup>6</sup> Règle 319. . . .

(2) Une requête doit être appuyée par un affidavit certifiant tous les faits sur lesquels se fonde la requête sauf ceux qui ressortent du dossier; cet affidavit doit être déposé, et une partie adverse peut déposer un affidavit en réponse.

<sup>7</sup> Règle 355. . . .

(2) Sauf disposition contraire, quiconque est coupable d'outrage au tribunal est passible d'une amende qui, dans le cas d'un particulier ne doit pas dépasser \$5,000 ou d'un emprisonnement d'un an au plus. L'emprisonnement et, dans le cas d'une corporation, une amende, pour refus d'obéissance à un bref ou une ordonnance, peuvent être renouvelés jusqu'à ce que la personne condamnée obéisse.

than his brother had done, on the record as it stood when the show cause order was made.

The respondent supported this argument by a passage from the judgment of McIntyre J. of the Supreme Court of Canada in *Wilson v. R.*, [1983] 2 S.C.R. 594; (1984), 51 N.R. 321, which also seems to have been relied on by the Trial Judge.

In *Wilson v. R.*, McIntyre J. wrote, at pages 608 S.C.R.; 336 N.R.:

The exigencies of court administration, as well as death or illness of the authorizing judge, do not always make it practical or possible to apply for a review to the same judge who made the order. There is support for the proposition that another judge of the same court can review an *ex parte* order. See, for example, *Bidder v. Bridges* (1884), 26 Ch.D. 1 (C.A.), and *Boyle v. Sacker* (1888), 39 Ch.D. 249 (C.A.) In the case of *Gulf Islands Navigation Ltd. v. Seafarers' International Union* (1959), 18 D.L.R. (2d) 625 (B.C.C.A.), Smith J.A. said, at pp. 626-27:

After considering the cases, which are neither as conclusive nor as consistent as they might be, I am of opinion that the weight of authority supports the following propositions as to one Judge's dealings with another Judge's *ex parte* order: (1) He has power to discharge the order or dissolve the injunction; (2) he ought not to exercise this power, but ought to refer the motion to the first Judge, except in special circumstances, e.g., where he acts by consent or by leave of the first Judge, or where the first Judge is not available to hear the motion; (3) if the second Judge hears the motion, he should hear it *de novo* as to both the law and facts involved.

I would accept these words in the case of review of a wiretap authorization with one reservation. The reviewing judge must not substitute his discretion for that of the authorizing judge. Only if the facts upon which the authorization was granted are found to be different from the facts proved on the *ex parte* review should the authorization be disturbed. It is my opinion that, in view of the silence on this subject in the *Criminal Code* and the confusion thereby created, the practice above-described should be adopted.

With respect, *Wilson v. R.* does not apply in the case at bar. First, that was a criminal and not a civil case. In that case the accused was tried on charges of illegal gambling before a Judge of the Manitoba Provincial Court. The Crown's case was based exclusively on evidence obtained by wiretapping under four authorizations granted by judges of the Manitoba Court of Queen's Bench. The Trial Judge acquitted the accused because he said the wiretap was unlawful and the evidence so

lors pour décider autrement que ne l'avait fait son collègue, sur le dossier tel que constitué lors du prononcé de l'ordonnance de justification.

L'intimé appuie cette prétention sur un passage du jugement de l'honorable juge McIntyre de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Wilson c. R.*, [1983] 2 R.C.S. 594; (1984), 51 N.R. 321, qui semble aussi avoir inspiré le juge de première instance.

Dans l'affaire *Wilson c. R.*, le juge McIntyre écrit, aux pages 608 R.C.S.; 336 N.R.:

Les exigences de l'administration judiciaire ainsi que le décès ou la maladie du juge qui a accordé l'autorisation font qu'il n'est pas toujours pratique ou possible d'adresser une demande de révision au juge qui a rendu l'ordonnance. Il ressort de la jurisprudence qu'un autre juge de la même cour peut réviser une ordonnance rendue *ex parte*. Voir, par exemple, les arrêts *Bidder v. Bridges* (1884), 26 Ch.D. 1 (C.A.) et *Boyle v. Sacker* (1888), 39 Ch.D. 249 (C.A.) Dans l'arrêt *Gulf Islands Navigation Ltd. v. Seafarers' International Union* (1959), 18 D.L.R. (2d) 625 (C.A.C.-B.), le juge Smith affirme, aux pp. 626 et 627:

[TRADUCTION] Examen fait des arrêts, qui ne sont ni aussi concluants ni aussi uniformes qu'ils pourraient l'être, j'estime qu'il y a une jurisprudence prépondérante qui appuie les propositions suivantes relativement à la révision par un juge d'une ordonnance rendue *ex parte* par un autre juge: (1) il a le pouvoir d'annuler l'ordonnance ou l'injonction; (2) plutôt que d'exercer ce pouvoir, il devrait déférer la demande au premier juge, sauf dans des circonstances spéciales, par exemple, lorsqu'il agit avec le consentement ou l'autorisation du premier juge, ou lorsque celui-ci ne peut entendre la demande; (3) si le second juge entend la demande, il doit en reprendre l'audition au complet à la fois sur le plan du droit et celui des faits en cause.

J'estime qu'à une seule restriction près, ce passage s'applique à la révision d'une autorisation d'écoute électronique. Le juge chargé de la révision ne doit pas substituer son appréciation à celle du juge qui a accordé l'autorisation. Il n'y a lieu de toucher à l'autorisation que s'il appert que les faits sur lesquels on s'est fondé pour l'accorder diffèrent de ceux prouvés dans le cadre de la révision *ex parte*. À mon avis, compte tenu du mutisme du *Code criminel* sur ce point et de la confusion qui en résulte, il convient de suivre la pratique déjà décrite.

Avec égards, l'arrêt *Wilson c. R.* ne s'applique pas dans l'espèce. D'abord, il s'agissait là d'une affaire criminelle et non d'une affaire civile. Dans cette cause, l'accusé subissait son procès sur des accusations de paris illégaux devant un juge de la Cour provinciale du Manitoba. La cause de la Couronne reposait exclusivement sur les preuves recueillies par écoute électronique obtenue à la suite de quatre autorisations accordées par des juges de la Cour du Banc de la Reine du Mani-

obtained inadmissible, as the four authorizations given in this regard did not meet the conditions imposed by law. The Manitoba Court of Appeal quashed this judgment and ordered a new trial. What the Supreme Court principally held in that case, affirming the Manitoba Court of Appeal, was that wiretap authorizations cannot be disputed in an indirect or collateral manner by the Trial Judge, especially where the latter exercises jurisdiction at a level below that of the judges who authorized the wiretap. Any application for review of a wiretap authorization must be made to the court which granted it, in the proper form and at the proper time, which means that it cannot be made at the time of the trial of the accused. Moreover, a judge hearing an application for a wiretap authorization has discretion to grant or deny it and another judge who has to review the decision cannot substitute his own discretion for that of his brother judge: for him to do so he must have different facts before him from those put forward at the time of the initial authorization.

Seen in this light McIntyre J.'s comments are readily understandable: to make up for the lack of provisions on the matter in the *Criminal Code*, he adopted the civil law rules dealing with the review of *ex parte* orders and applied them to the review of criminal law wiretap authorizations with one limitation, relating to the discretion of judges to grant or deny applications for wiretap authorizations.

However, that is not true of contempt of court proceedings. A judge has no discretion to grant or deny an application for a show cause order made under Rule 355(4). He must make the order as required by the law, the evidence and the pleadings, and in the event of error his decision can be appealed to this Court: *R. v. Perry*, [1982] 2 F.C. 519; (1982), 133 D.L.R. (3d) 703 (C.A.).

Nor, conversely, when such an order has been made *ex parte*, does a judge hearing an application to rescind under Rule 330(a) have any discretion to exercise himself, just as he does not have to observe the non-existent discretion of the other

toba. Le juge du procès acquitta l'accusé parce que, selon lui, l'écoute électronique était illégale, et les preuves ainsi recueillies, inadmissibles, les quatre autorisations accordées à cet effet ne rencontraient pas les conditions imposées par la loi. La Cour d'appel du Manitoba cassa ce jugement et ordonna un nouveau procès. Ce que la Cour suprême a décidé avant tout dans cette affaire, en confirmant la Cour d'appel du Manitoba, c'est que les autorisations d'écoute électronique ne peuvent être mises en question de façon indirecte ou collatérale par le juge du procès, surtout si ce dernier exerce une juridiction de niveau inférieur à celle des juges qui avaient autorisé l'écoute électronique. Toute demande de révision d'autorisation d'écoute électronique doit être adressée à la cour qui l'a accordée, en la forme appropriée et en temps utile, ce qui exclut qu'elle soit faite à l'étape du procès de l'accusé. De plus, un juge saisi d'une demande d'autorisation d'écoute électronique a discrétion de l'accorder ou de la refuser et un autre juge, appelé à la réviser, ne peut substituer sa propre discrétion à celle de son collègue; pour ce faire, doivent lui être présentés des faits différents de ceux établis lors de l'autorisation initiale.

Dans cette optique, les commentaires du juge McIntyre se comprennent facilement: pour suppléer à l'absence de dispositions sur le sujet dans le *Code criminel*, il adopte les règles du droit civil en matière de révision d'ordonnances *ex parte* et les applique à la révision d'autorisations d'écoute électronique en droit criminel avec une seule restriction, celle relative à la discrétion des juges d'accorder ou de refuser les demandes d'autorisation d'écoute électronique.

Mais tel n'est pas le cas en matière d'outrage au tribunal. Un juge n'a pas discrétion d'accorder ou de refuser une demande d'ordonnance de justification faite conformément à la Règle 355(4). Il doit rendre l'ordonnance selon que le droit, la preuve et les procédures l'exigent, sa décision, en cas d'erreur, étant susceptible d'appel en cette Cour: *R. c. Perry*, [1982] 2 C.F. 519; (1982), 133 D.L.R. (3d) 703 (C.A.).

À l'inverse, lorsqu'une telle ordonnance a été rendue *ex parte*, un juge saisi d'une requête en annulation en vertu de la Règle 330(a), n'a pas davantage de discrétion à exercer lui-même comme il n'a pas à respecter la discrétion inexis-

judge who made the *ex parte* order. He must grant the remedy and rescind the *ex parte* order, either on peremptory legal grounds which were not considered by the judge making it because the aggrieved party, as it had not been heard at that time, was unable to bring them before him, or on account of additional facts which the aggrieved party is raising now that he has an opportunity to be heard.

It therefore appears that the view of McIntyre J. in *Wilson v. R.* changed nothing in the civil rules governing the review of *ex parte* orders and made no change to the way in which Rule 330(a) is to be applied. The law on this point continues to be as it was decisively stated by the former Chief Justice of this Court in *May & Baker (Canada) Ltd. v. The "Oak"*, [1979] 1 F.C. 401 (C.A.). In that case, two extensions of time to serve the statement of claim were granted *ex parte* by two Judges of the Trial Division. An application to set aside the service was submitted to the Judge who had granted the second extension "on the grounds that the extensions of time for service . . . were granted without sufficient reason". This Court set aside the Trial Division judgment which had dismissed the application to set aside because it was of the view [at page 404], unlike the Trial Judge, that "The material filed in support of the two orders extending time does not reveal any facts that . . . disclose 'sufficient reason'". After recalling the general rule that a judgment can only be reviewed on appeal, Jackett C.J. wrote, at page 405:

When, however, an order is made *ex parte*, in my view, in the absence of something to the contrary, there is an inherent jurisdiction in the Court, after the party adversely affected has been given an opportunity to be heard, if it then appears that the *ex parte* order or judgment should not have been made,

(a) to set aside the *ex parte* order or judgment as of the time when the order setting aside is made, and

It follows, in my view, that, in such a case, the party aggrieved is entitled, upon an application to set aside an *ex parte* order, to obtain such relief, and that the appellant, as such an aggrieved party, should have been granted such relief by the judgment that is the subject matter of this appeal. [My emphasis.]

In a note at the bottom of the page, he added the following:

tante de l'autre juge qui a émis l'ordonnance *ex parte*. Il doit accorder le recours et annuler l'ordonnance rendue *ex parte*, soit pour des motifs de droit péremptoires qui ont échappé au juge qui l'a prononcée parce que la partie lésée, n'ayant pas été entendue à cette occasion, n'a pu les porter à son attention, soit en raison de faits additionnels que la partie lésée soulève alors qu'on lui donne l'opportunité de se faire entendre.

b Il apparaît dès lors que l'opinion du juge McIntyre émise dans l'arrêt *Wilson c. R.* n'a rien changé aux règles civiles régissant la révision d'ordonnances rendues *ex parte* et n'a apporté aucune modification aux modalités d'application de la Règle 330a). Le droit à ce sujet reste celui qui a été formulé de façon décisive par l'ancien juge en chef de cette Cour dans la cause *May & Baker (Canada) Ltée c. L'«Oak»*, [1979] 1 C.F. 401 (C.A.). Dans cette affaire, deux prorogations de délais pour signifier la déclaration avaient été accordées *ex parte* par deux juges de la Division de première instance. Une requête pour annulation de la signification avait été présentée au juge qui avait accordé la deuxième prorogation «au motif que les prorogations du délai de signification . . . ont été accordées sans raison suffisante». Cette Cour cassa le jugement de la Division de première instance qui avait rejeté la requête en annulation, parce que [à la page 404], d'avis contraire à celui du premier juge, «Les documents produits à l'appui des deux ordonnances de prorogation du délai ne révèlent aucun fait qui dénote une "raison suffisante"». Après avoir rappelé la règle générale à l'effet qu'un jugement ne peut être révisé qu'en appel, le juge en chef Jackett écrit, à la page 405:

Toutefois, quand une ordonnance est rendue *ex parte*, à mon sens, sauf disposition contraire, la Cour est naturellement compétente, après avoir accordé à la partie lésée l'occasion de faire valoir ses droits, s'il apparaît alors que l'ordonnance ou le jugement *ex parte* n'aurait pas dû être rendu,

a) pour annuler l'ordonnance ou le jugement *ex parte* à compter du jour où elle rend cette ordonnance et

i Il s'ensuit, selon moi, dans un tel cas, que la partie lésée a le droit de se voir accorder l'annulation de l'ordonnance *ex parte* et que l'appelante, en tant que partie lésée, aurait dû obtenir ce redressement en vertu du jugement qui fait l'objet du présent appel. [C'est moi qui souligne.]

j Et, dans un renvoi en bas de page, il ajoute ce qui suit:

By *ex parte* order or judgment I refer to one where the party adversely affected was not given an opportunity to respond. When the Court reviews the matter it will do so after considering either

- (a) further evidence offered by such party, or
  - (b) representations made by him,
- or both.

Rule 330(a) is general in application. It applies in the same way and without limitation to "any order that was made *ex parte*"; there is no exception for a show cause order, which under Rule 355(4) *in fine* may be issued without the opposing party being heard. Its very purpose is to ensure, in accordance with the fundamental rule of *audi alteram partem*, that the aggrieved party gets a full hearing before the Court and can present to it all his arguments against the *ex parte* order being made. It is accordingly clear that the aggrieved party cannot be limited to raising only facts additional to those presented when the *ex parte* order was made, on the ground for example that the judge hearing the application to set aside is not the same one as the one who made the order. If that were so, the aggrieved party would obtain only a half measure of justice and his right to be fully heard would depend on the make-up of the particular Court hearing his application to set aside. Rule 330(a) and the decided cases make no such distinctions. There is no reason why the rules stated by this Court in *May & Baker (Canada) Ltd. v. The "Oak"*, *supra*, should not apply to the review of show cause orders made *ex parte* in a contempt of court proceeding.

It follows from all of this, to return to the facts of the case at bar, that the appellants Cooke, Boyer, Dubuc and Lamarche were strictly entitled to be discharged in the preliminary stages of the contempt of court proceeding brought against them by the respondent. To do this, they only needed to show its fundamental defect, namely the total absence of evidence against them in the affidavits submitted in support of the proceeding. The Trial Judge should have rescinded their summons, as he was not asked to substitute his view of the evidence for that of the Judge who had made the *ex parte* order. What he was actually required to do was to rule that such evidence did not exist,

J'entends par ordonnance ou jugement *ex parte* celui où la partie lésée n'a pas pu faire valoir ses droits. Quand elle révisé la question, la Cour doit tenir compte

- a) des nouveaux éléments de preuve présentés par cette partie ou
  - b) des observations présentées par celle-ci
- ou par les deux parties.

La Règle 330a) est d'application générale. Elle vise de même façon et sans restriction «toute ordonnance rendue *ex parte*»; n'y fait pas exception l'ordonnance de justification qui, au désir de la Règle 355(4) *in fine*, peut être émise sans que la partie adverse ne soit entendue. Par application du principe fondamental *audi alteram partem*, son objet est justement de permettre à la partie lésée de se faire entendre pleinement devant la Cour et d'y faire valoir tous ses moyens militant à l'encontre de l'émission de l'ordonnance *ex parte*. Il est évident dès lors que la partie lésée ne peut être restreinte à ne pouvoir y soulever que des faits additionnels à ceux qui ont présidé à l'émission de l'ordonnance *ex parte*, au motif, par exemple, que le juge qui entend sa requête en annulation n'est pas le même que celui qui a rendu l'ordonnance. Si tel était le cas, la partie lésée n'obtiendrait qu'une demi-mesure de justice et son droit d'être pleinement entendu dépendrait de la constitution particulière de la Cour qui est saisie de sa requête en annulation. La Règle 330a) et la jurisprudence ne font pas de telles distinctions. Il n'y a aucune raison pour que les principes émis par cette Cour dans l'arrêt *May & Baker (Canada) Ltée c. L'«Oak»*, *supra*, ne s'appliquent pas à la révision d'ordonnances de justification rendues *ex parte* en matière d'outrage au tribunal.

Il s'ensuit de tout ceci, pour revenir aux données de l'espèce, que les appelants Cooke, Boyer, Dubuc et Lamarche avaient le droit strict d'être mis hors cause, dès le stade préliminaire de la procédure d'outrage au tribunal entreprise contre eux par l'intimé. Pour ce faire, il leur suffisait d'en démontrer le vice fondamental, soit l'absence totale de preuve contre eux dans les affidavits soumis à son appui. Le juge de première instance aurait dû annuler leur assignation, car il ne s'agissait pas pour lui de substituer son appréciation de la preuve à celle du juge qui avait émis l'ordonnance *ex parte*. Il s'agissait plutôt pour lui de statuer que telle preuve n'existait pas, et que, en conséquence,

and that therefore their summons for contempt of court was invalid.

The Trial Judge equally could not refuse to grant their application to rescind on the further ground that, in any case, they would have an opportunity to challenge the respondent's evidence at the later stage of the hearing on the merits of its application for contempt of court. For such a reasoning to be valid, once again the affidavit or affidavits filed in support of an application for a show cause order must contain some evidence that the contempt of court alleged in the application was committed. Though the latter is similar to an information, and the order is only a simple summons, it is still well established that a valid summons cannot be based on a defective information. The appellants Cooke, Boyer, Dubuc and Lamarche did not have to await their appearance on a defective summons to challenge in court evidence which the respondent had not presented when it was issued. They were entitled, in raising this peremptory argument in their application to rescind, to have the order made against them *ex parte* lifted immediately *in limine*.

However, is the same true with regard to the appellant Canada Post Corporation? At the hearing, its counsel put forward the following clever proposition. In its application for an order, the respondent alleged that it committed the contempt of court at issue through the other appellants, whereas the affidavits filed in support of the application in no way implicated the latter in the violation of the arbitral award. Consequently, and by a converse, if not *ab absurdo*, application of the rule *qui facit per alium facit per se*, the appellant argued that it could not be charged with contempt of court which it was only said to have committed through intermediaries, if the latter have to be discharged for lack of evidence against them at this preliminary stage of the proceedings.

Though at first sight attractive, this argument does not stand up to scrutiny. It could not be sustained without imposing a much too byzantine construction on the respondent's application and its supporting affidavit. As we have seen, the application alleged that persons other than postal

leur assignation pour outrage au tribunal était invalide.

Le juge de première instance ne pouvait davantage refuser de leur accorder leur recours en annulation au motif additionnel que, de toute façon, ils auraient le loisir d'attaquer la preuve de l'intimé au stade ultérieur de l'audition au fond de sa requête pour outrage au tribunal. Pour qu'un tel raisonnement puisse être retenu, encore faut-il que l'affidavit ou les affidavits produits au soutien d'une demande d'ordonnance de justification comportent une preuve quelconque de la commission de l'outrage au tribunal alléguée dans la demande. Même si cette dernière participe de la nature d'une dénonciation et quoique l'ordonnance n'est qu'une simple assignation, il est de principe, cependant, qu'une dénonciation irrégulière ne peut conduire à une assignation valide. Les appelants Cooke, Boyer, Dubuc et Lamarche n'avaient pas à attendre de comparaître sur une assignation irrégulière pour attaquer devant le tribunal une preuve que l'intimé n'avait pas faite lors de son émission. Ils avaient le droit, en soulevant ce moyen péremptoire dans leur requête en annulation, d'obtenir, *in limine*, la levée immédiate de l'ordonnance rendue *ex parte* contre eux.

En est-il de même, cependant, en ce qui a trait à l'appelante, la Société canadienne des postes? À l'audience, son procureur a avancé la proposition astucieuse suivante. Dans sa demande d'ordonnance, l'intimé alléguait que c'était par l'entremise des autres appelants qu'elle avait commis l'outrage au tribunal dont il s'agit, alors que les affidavits produits au soutien de la demande n'impliquaient en aucune façon ces derniers dans la violation de la sentence arbitrale. Par voie de conséquence et par application à l'inverse, sinon par absurde, du principe *qui facit per alium facit per se*, l'appelante soutient qu'elle ne peut être citée pour un outrage au tribunal qu'elle n'aurait commis que par personnes interposées, si ces dernières doivent être mises hors cour, faute de preuve contre elles, à ce stade préliminaire des procédures.

Séduisant de prime abord, cet argument ne résiste pas à l'examen. Il ne saurait être retenu sans imposer une lecture par trop byzantine de la requête de l'intimé et des trois affidavits à son appui. Comme nous l'avons vu, la requête alléguait que des personnes autres que des postiers avaient

workers had performed the postal workers' duties, in breach of the arbitral award, "at the 'R', St-Michel and Ahuntsic branches of the Canada Post Corporation, respectively located at 7115 boulevard St-Laurent . . ." and so on (my emphasis). Each of the deponents stated in his affidavit that he was a postal worker employed by the appellant, and in particular at one of the branches mentioned in the application, and that while there, during the period from May 24 to June 13, 1985 when he worked there, he saw certain of the operations to which the arbitral award applied being done by persons other than postal workers, namely letter carriers. There was accordingly *prima facie* evidence that the practice which the arbitral award had directed the employer to cease was still continuing at three of its branches.

Whether this was the result of intervention by the other appellants or occurred for some other reason hardly mattered so far as the making of the show cause order was concerned. A specific material fact which affected the appellant in some way, if not directly, had been established in the affidavits of the postal workers submitted in support of the respondent's application: the prohibition contained in the arbitral award had not been observed in three of its establishments. There was accordingly *prima facie* evidence that the arbitral award had been disobeyed, and this was submitted to the Judge making the show cause order for his consideration. This evidence was clear enough to allow him, in view of the allegations of the respondent's application, to tie it to the personal responsibility of the appellant and to justify him in summoning the latter to appear and eventually answer to the Court on the matter. It is at the later stage, at the hearing on the merits, that the appellant will be able to present its defence arguments in an effort to avoid liability, possibly including the one now being made in its appeal. On an application for a show cause order, a judge needs only to be satisfied that the evidence contained in the affidavits filed in support of the application is sufficient to authorize the making of the order: *Baxter Travenol Laboratories Inc. v. Cutter (Canada) Ltd.* (1985), 56 N.R. 282 (F.C.A.), at page 288.

In the case at bar, this evidence existed against the appellant and justified an *ex parte* order being

exercé les fonctions de ces derniers, en violation de la sentence arbitrale, «aux succursales "R", St-Michel et Ahuntsic de la Société canadienne des postes, respectivement sises au 7115 boulevard St-Laurent . . .» etc. (c'est moi qui souligne). Chacun des affiants disait dans son affidavit être postier à l'emploi de l'appelante et nommé à l'une ou l'autre des succursales mentionnées dans la requête et y avoir constaté que, durant la période du 24 mai au 13 juin 1985 où il y a travaillé, des fonctions visées par la sentence arbitrale avaient été confiées à des personnes autres que des postiers, à savoir des facteurs. Il y avait donc là une preuve, *prima facie*, que la pratique que la sentence arbitrale avait ordonné à l'employeur de cesser se poursuivait toujours à trois de ses succursales.

Que cela ait été ou non le résultat de l'entremise des autres appelants ou se soit produit pour une autre raison n'importait guère pour les fins de l'émission de l'ordonnance de justification. Un fait matériel précis qui visait l'appelante d'une façon ou d'une autre, sinon directement, avait été établi dans les affidavits des postiers à l'appui de la requête de l'intimé; l'interdit prononcé par la sentence arbitrale n'était pas observé dans trois de ses établissements. Il y avait donc là une preuve *prima facie* d'une désobéissance à la sentence arbitrale, qui a été soumise à l'appréciation du juge qui a émis l'ordonnance de justification. Cette preuve était suffisamment articulée pour lui permettre, eu égard aux allégations de la requête de l'intimé, de la relier à la responsabilité personnelle de l'appelante et le justifier d'assigner cette dernière à comparaître pour en répondre éventuellement devant le tribunal. C'est au stade ultérieur, lors de l'audition au mérite, que l'appelante pourra faire valoir ses moyens de défense en vue de se disculper, dont possiblement celui qu'elle soulève présentement dans son appel. Sur une demande d'ordonnance de justification, un juge n'a qu'à se satisfaire que la preuve contenue dans les affidavits produits à son soutien est suffisante pour autoriser l'émission de l'ordonnance. *Baxter Travenol Laboratories Inc. c. Cutter (Canada) Ltd.* (1985), 56 N.R. 282 (C.A.F.), à la page 288.

Dans l'espèce, cette preuve existait contre l'appelante et justifiait qu'une ordonnance *ex parte*

made against it. Accordingly, the application to rescind was properly dismissed by the Trial Judge.

To conclude, the appeal should only be allowed in part. I would therefore allow the appeal of the appellants Cooke, Boyer, Dubuc and Lamarche and dismiss that of the appellant Canada Post Corporation; I would reverse in part the judgment of the Trial Division and I would rescind the *ex parte* show cause order made against the appellants Cooke, Boyer, Dubuc and Lamarche and allow it against the appellant Canada Post Corporation, and dismiss its application to rescind.

Since the result is divided in this Court as it should have been in the Trial Division, there is no basis for awarding costs to any of the parties on appeal or at trial.

HUGESSEN J.: I concur.

soit rendue contre elle. Ainsi, c'est à bon droit que sa requête en annulation a été rejetée par le juge de première instance.

<sup>a</sup> En conclusion, le présent appel ne doit être accueilli qu'en partie. Je ferais donc droit à l'appel des appelants Cooke, Boyer, Dubuc et Lamarche et je rejetterais celui de l'appelante, la Société canadienne des postes; j'infirmes en partie le jugement de la Division de première instance et <sup>b</sup> j'annulerais l'ordonnance de justification *ex parte* émise contre les appelants Cooke, Boyer, Dubuc et Lamarche et je la maintiendrais contre l'appelante, la Société canadienne des postes et <sup>c</sup> rejetterais sa requête en annulation.

<sup>d</sup> Vu que le résultat est partagé en cette Cour comme il aurait dû l'être en Division de première instance, il n'y a pas lieu d'accorder de frais à aucune des parties tant en appel qu'en première instance.

LE JUGE HUGESSEN: J'y souscris.