

Marvco Color Research Limited *Appellant;*
and

Dennis Harris and Thora Harris
Respondents.

File No.: 16460.

1982: November 3; 1982: December 6.

Present: Laskin C.J., Ritchie, Dickson, Estey and
Lamer JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

*Contracts — Non est factum — Document, signed by
respondents without being read, not as represented —
Applicability of defence of non est factum.*

This action was for foreclosure on a charge executed by respondents at the behest of one Johnson in connection with his acquisition of an associate's interest in a firm. The charge was, in fact, a collateral security securing the performance of the covenantors under a Deed of Covenants and it was relied upon by the appellant in releasing one Suwald from his obligations under a chattel mortgage given by him and Johnson at the time of the purchase of the firm from appellant. Respondents executed the charge, without reading it, on Johnson's assurances that the document being signed related to minor adjustments to an earlier mortgage executed by respondents, the funds from which had been advanced in connection with Johnson's transaction. In reality, however, the document was a second charge in favour of the appellant. The issue is whether or not *non est factum*, respondents' only defence, is available.

Held: The appeal should be allowed.

The defence of *non est factum* was not available to respondents. Any person who fails to exercise reasonable care in signing a document is precluded from relying on *non est factum* as against a person who relies upon that document in good faith and for value. The application of the principle, which is based in part on the need for commercial certainty and security, depends on the circumstances of each case. Here, while both appellant and respondents are innocent of any wrongdoing as against any persons, it was the carelessness of the respondents which resulted in the wrongdoing being able to inflict the loss. Simple justice demanded that the party able to prevent the loss through the exercise of reasonable care

Marvco Color Research Limited *Appelante;*
et

Dennis Harris et Thora Harris *Intimés.*

Nº du greffe: 16460.

1982: 3 novembre; 1982: 6 décembre.

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

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

*Contrats — Non est factum — Le document signé
par les intimés sans le lire est différent de celui décrit
— Applicabilité de la défense de non est factum.*

Il s'agit d'une action en forclusion d'une charge que les intimés ont signée sur l'ordre d'un nommé Johnson relativement à l'acquisition, par ce dernier, de la part d'un associé dans une entreprise. En fait, la charge était une garantie subsidiaire pour garantir l'exécution des engagements pris par les débiteurs en vertu d'un contrat, et c'est sur la foi de cette obligation que l'appelante a libéré un nommé Suwald de ses obligations en vertu d'une hypothèque mobilière consentie par lui-même et Johnson au moment de l'achat de l'entreprise à l'appelante. Les intimés ont signé la charge sans la lire, lorsque Johnson les a assurés que le document à signer se rapportait à des corrections mineures apportées à une hypothèque que les intimés avaient signée antérieurement et pour laquelle des sommes avaient été avancées relativement à l'achat fait par Johnson. En réalité cependant, le document était une deuxième hypothèque en faveur de l'appelante. Il s'agit de décider si la défense de *non est factum*, la seule défense des intimés, peut être invoquée avec succès.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les intimés ne peuvent invoquer la défense de *non est factum*. Une personne qui omet de prendre des précautions raisonnables lorsqu'elle signe un document ne peut invoquer la défense de *non est factum* à l'encontre d'une personne qui se fie à ce document de bonne foi et contre valeur. L'application de ce principe, qui s'appuie en partie sur le besoin de certitude et de sécurité dans le commerce, dépend des circonstances de chaque cas. En l'espèce, bien que l'appelante et les intimés n'aient commis aucun tort à qui que ce soit, la conduite insouciante des intimés a permis que le tort entraîne une perte. La simple justice exige que la partie qui pouvait empêcher la perte en exerçant une diligence raisonnable

should bear that loss when the only other alternative would be for the innocent appellant to bear it.

Prudential Trust Co. Ltd. et al. v. Cugnet, [1956] S.C.R. 914, overturned; *Carlisle and Cumberland Banking Co. v. Bragg*, [1911] 1 K.B. 489, not followed; *Saunders v. Anglia Building Society*, [1971] A.C. 1004, applied; *Foster v. Mackinnon* (1869), L.R. 4 C.P. 704, considered; *Howatson v. Webb*, [1907] 1 Ch. 537, aff'd [1908] 1 Ch. 1; *Muskham Finance Ltd. v. Howard*, [1963] 1 Q.B. 904; *Commercial Credit Corporation Ltd. v. Carroll Bros. Ltd.* (1971), 20 D.L.R. (3d) 504; *Custom Motors Ltd. v. Dwinell* (1975), 61 D.L.R. (3d) 342, 12 N.S.R. (2d) 524 (N.S.C.A.); *Bank of Nova Scotia v. Battiste* (1979), 22 Nfld. & P.E.I.R. 192 (Newfoundland Trial Division); *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Kanadian Kiddee Photo Ltd. and Romano*, [1979] 3 W.W.R. 256 (B.C.S.C.); *Waberley v. Cockerel* (1542), 1 Dy. 51. a., referred to.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1980), 115 D.L.R. (3d) 512, 30 O.R. (2d) 162, dismissing an appeal from a judgment of Grange J. Appeal allowed.

W. A. D. Millar, for the appellant.

John J. Lawlor, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—This is an action for foreclosure on a mortgage (or more accurately, a charge under *The Land Titles Act*, R.S.O. 1970, c. 234) securing the sum of \$55,650.43 granted by the respondents to the appellant. The only defence raised in the action was that of *non est factum*. The respondents unquestionably executed the charge in favour of the appellant and it is clear that the appellant has not been guilty of fraud or improper conduct of any kind, and in concurrent findings below has been found to be, but for *non est factum*, fully entitled to the relief requested. The respondents executed the charge at the request of a third party, Johnston, in connection with the acquisition by Johnston of an interest of an associate in a firm owned by Johnston and the associate. In connection with this acquisition the respondents had advanced \$15,000 in cash raised by them through an earlier mortgage on the same property, granted by them to the Bank of Montreal. The husband,

assume cette perte lorsque la seule autre solution serait de faire supporter cette perte par l'appelante innocente.

Jurisprudence: arrêt écarté: *Prudential Trust Co. Ltd. et al. v. Cugnet*, [1956] R.C.S. 914; arrêt non suivi: *Carlisle and Cumberland Banking Co. v. Bragg*, [1911] 1 K.B. 489; arrêt appliqué: *Saunders v. Anglia Building Society*, [1971] A.C. 1004; arrêt examiné: *Foster v. Mackinnon* (1869), L.R. 4 C.P. 704; arrêts mentionnés: *Howatson v. Webb*, [1907] 1 Ch. 537, confirmé par [1908] 1 Ch. 1; *Muskham Finance Ltd. v. Howard*, [1963] 1 Q.B. 904; *Commercial Credit Corporation Ltd. v. Carroll Bros. Ltd.* (1971), 20 D.L.R. (3d) 504; *Custom Motors Ltd. v. Dwinell* (1975), 61 D.L.R. (3d) 342, 12 N.S.R. (2d) 524 (C.A. N.-É); *Bank of Nova Scotia v. Battiste* (1979), 22 Nfld. & P.E.I.R. 192 (Division de première instance de Terre-Neuve); *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Kanadian Kiddee Photo Ltd. and Romano*, [1979] 3 W.W.R. 256 (C.S.C.-B.); *Waberley v. Cockerel* (1542), 1 Dy. 51. a.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1980), 115 D.L.R. (3d) 512, 30 O.R. (2d) 162, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Grange. Pourvoi accueilli.

W. A. D. Millar, pour l'appelante.

John J. Lawlor, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Il s'agit d'une action en foreclosure d'une hypothèque (ou, plus précisément, d'une charge en vertu de *The Land Titles Act*, R.S.O. 1970, chap. 234) que les intimés ont consentie à l'appelante en garantie de la somme de \$55,650.43. La défense de *non est factum* est la seule défense soulevée dans l'action. Il est incontestable que les intimés ont signé l'obligation en faveur de l'appelante et il est évident que l'appelante n'est pas coupable de fraude ou d'une conduite répréhensible, et il est constant dans les cours d'instance inférieure que, sous réserve de la défense de *non est factum*, l'appelante a pleinement droit au redressement demandé. Les intimés ont signé la charge à la demande d'un tiers, Johnston, relativement à l'acquisition, par Johnston, de la part d'un associé dans une entreprise que possédaient Johnston et l'associé. Relativement à cette acquisition, les intimés avaient avancé \$15,000 comptant qu'ils s'étaient procurés au moyen d'une

Dennis Harris, one of the respondents, had also executed a contract of guarantee in favour of the appellant of the same principal sum as secured by the mortgage which is the subject of this action. In this guarantee the appellant, in consideration of the covenants by the respondent husband and Johnston, released its claims against Suwald, the person whose interest in the firm was being purchased by Johnston. Prior to the release, Suwald had been liable to the appellant on a covenant in a chattel mortgage which had been given by Johnston and Suwald at the time of the purchase of the firm from the appellant. Apparently on the same day, but after this contract of guarantee was executed, the respondents signed the mortgage or charge in question, the last paragraph of which included the following passage typed in a blank space in the form of charge used by the parties:

This mortgage is given as collateral security for the liability of Dennis Albert Harris under the terms of a Deed of Covenants bearing even date wherein the said Dennis Albert Harris and the Mortgagee are (*inter alia*) parties as co-covenantor and covenantee respectively. No financial liability on the part of the Mortgagors shall arise hereunder unless and until there shall be default on the part of the covenantors of the terms of the said Deed of Covenants and no rights shall accrue to the Mortgagee prior to any such default. The Mortgagee agrees with the Mortgagors that it will pursue all other remedies under the Deed of Covenants and Chattel Mortgage referred to therein before enforcing the security hereby constituted. Discharge of the liabilities arising under the Deed of Covenants and the said Chattel Mortgage shall rank pro tanto as a discharge (or partial discharge, as the case may be) of the principal secured hereby. All other terms and conditions of this Mortgage shall be read and construed accordingly.

The mortgage was in fact, therefore, a collateral security granted by the respondents in favour of the appellant securing the performance by the covenantors, including the respondent husband, and it was relied upon by the appellant in releasing Suwald from his obligations under the chattel mortgage.

hypothèque antérieure sur le même immeuble qu'ils avaient consentie à la Banque de Montréal. L'époux, Dennis Harris, un des intimés, avait également signé en faveur de l'appelante un contrat servant à garantir le même montant de capital que celui visé par l'hypothèque dont il s'agit en l'espèce. Par cette garantie, en considération des engagements de l'époux intimé et de Johnston, l'appelante a renoncé à ses droits contre Suwald, la personne dont la part dans l'entreprise a été achetée par Johnston. Antérieurement à cette quittance, Suwald était responsable envers l'appelante en vertu d'un engagement garanti par hypothèque mobilière consentie par Johnston et Suwald à l'époque de l'achat de l'entreprise à l'appelante. Le même jour apparemment, mais après la signature de ce contrat de garantie, les intimés ont signé l'hypothèque ou charge en question, dont le dernier paragraphe comportait le passage suivant dactylographié dans un espace en blanc sous forme de charge que les parties ont utilisée:

[TRADUCTION] La présente hypothèque est consentie à titre de garantie subsidiaire des obligations de Dennis Harris en vertu des conditions d'une convention datée de ce jour dans lequel ledit Dennis Albert Harris et le créancier hypothécaire sont (entre autres) respectivement débiteurs et créanciers. Les débiteurs hypothécaires n'encourront aucune responsabilité pécuniaire en vertu des présentes tant que les débiteurs se conformeront aux conditions de ladite convention, et aucun droit ne sera dévolu au créancier hypothécaire avant un manquement à ces engagements. Le créancier hypothécaire convient avec les débiteurs hypothécaires qu'il fera valoir tous les autres recours prévus à la convention et à l'hypothèque mobilière avant de demander l'exécution de la garantie constituée aux présentes. La quittance des obligations qui découlent de la convention et de ladite hypothèque mobilière vaudra quittance pour autant (ou quittance partielle, selon le cas) du capital dont le remboursement est garanti par les présentes. Toutes les autres clauses et conditions de la présente hypothèque doivent être lues et interprétées en conséquence.

Par conséquent, l'hypothèque était en fait une garantie subsidiaire accordée par les intimés à l'appelante pour garantir l'exécution des obligations des débiteurs, y compris par l'époux intimé, et c'est sur la foi de cette hypothèque que l'appelante a libéré Suwald de ses obligations en vertu de l'hypothèque mobilière.

Johnston was at all material times living with the daughter of the respondents. The daughter also executed the aforementioned contract of guarantee as trustee because she had been the trustee under a bill of sale executed by the appellant in favour of a company owned or controlled by Suwald and Johnston at the time the appellant sold its business to those individuals or their corporate nominee. The daughter did not personally guarantee the indebtedness to the appellant. Other than the association of their daughter with Johnston, the purchaser of the Suwald interest in the firm in question, there appears to be no reason for the participation by the respondents in the financing of Johnston's purchase of Suwald's interest in the firm.

The mortgage in question was executed by the respondents individually at different times and places on the same date, apparently January 27, 1976. When the respondent wife signed the document her daughter was present, but the finding is that in executing the mortgage the respondent wife relied upon the representations made by Johnston, who was also present, as to the nature and content of the document, and did not do so in reliance upon anything said by the daughter. The respondent husband executed the mortgage later on the same day in the presence of Johnston upon whose representations he likewise apparently relied. The learned trial judge stated this about the execution of the mortgage by the respondents:

When she [the respondent wife] arrived Johnston said they were to wait for Clay [an employee in the lawyer's office] who was bringing a paper for her to sign. Clay arrived, said there was an error in the document, left and returned and presented the document to the wife. At some point Johnston, perhaps in the presence of Clay, said it was "just to correct the date" in the Bank of Montreal mortgage. In any event the defendant wife signed it without reading it. Later that day Johnston and Clay attended upon her husband at home and got him to sign as well. The husband testified they told him it related to discrepancies in the date of the Bank of Montreal mortgage. He signed without question and without reading.

Johnston vivait avec la fille des intimés. Celle-ci a également signé le contrat de garantie précité en qualité de fiduciaire parce qu'elle était fiduciaire en vertu de l'acte de vente consenti par l'appelante à une compagnie que Suwald et Johnston possédaient ou contrôlaient à l'époque où l'appelante a vendu son commerce à ces personnes ou à leur représentant. La fille n'a pas garanti personnellement la dette envers l'appelante. Si ce n'est le lien de leur fille avec Johnston, l'acquéreur de la part de Suwald dans l'entreprise en question, aucune raison ne paraît expliquer la participation des intimés au financement de l'achat, par Johnston, de la part de Suwald dans l'entreprise.

L'hypothèque en question a été signée le même jour par chacun des intimés à des moments et en des lieux différents, apparemment le 27 janvier 1976. Lorsque l'épouse intimée a signé le document, sa fille était présente, mais les faits révèlent que lorsqu'elle a signé l'hypothèque, l'épouse intimée l'a fait sur la foi de ce que lui a dit Johnston, qui était également présent, quant à la nature et au contenu du document, et elle ne l'a pas fait sur la foi de ce qu'a pu lui dire sa fille. L'époux intimé a signé l'hypothèque plus tard le même jour en présence de Johnston et apparemment également sur la foi de ce que ce dernier lui a dit. Concernant la signature de l'hypothèque par les intimés, le savant juge de première instance a dit:

[TRADUCTION] Lorsqu'elle [l'épouse intimée] est arrivée, Johnston a dit qu'ils devaient attendre Clay [un employé du bureau de l'avocat] qui apportait un document qu'elle devait signer. Clay est arrivé, a dit que le document comportait une erreur, il est reparti puis est revenu et a présenté le document à l'épouse. A un moment donné, peut-être en présence de Clay, Johnston a dit que c'était «seulement pour corriger la date» sur l'hypothèque de la Banque de Montréal. En tout cas, l'épouse intimée a signé le document sans le lire. Plus tard le même jour, Johnston et Clay ont rencontré l'époux chez lui et l'ont fait signer lui aussi. L'époux a témoigné qu'ils lui ont dit qu'il s'agissait d'une différence quant à la date de l'hypothèque de la Banque de Montréal. Il a signé le document sans le lire et sans poser de question.

There is also no doubt that the defendants were careless in not reading the document before signing. The wife is well educated, the husband less so, but both are literate and English-speaking and both have a basic understanding of mortgages, having executed at least three others since the purchase of their home. It is the undisputed evidence however that they were told it was an unimportant amendment to the Bank of Montreal mortgage when in reality it was a second substantial mortgage to the plaintiff.

The mortgage in favour of the Bank of Montreal has been paid off and the only issue arising on this appeal concerns the mortgage which is the subject of the action, and in that connection this issue was put by the appellant:

Is the defence of *non est factum* available to a party who, knowing that a document has legal effect, carelessly fails to read the document thereby permitting a third party to perpetrate a fraud on another innocent party?

This issue turns on the decision of this Court in *Prudential Trust Co. Ltd et al. v. Cugnet*, [1956] S.C.R. 914, a four-to-one decision. The majority, applying the decision of the English Court of Appeal in *Carlisle and Cumberland Banking Co. v. Bragg*, [1911] 1 K.B. 489, found that where a document was executed as a result of a misrepresentation as to its nature and character and not merely its contents the defendant was entitled to raise the plea of *non est factum* on the basis that his mind at the time of the execution of the document did not follow his hand. In such a circumstance the document was void *ab initio*. So when the judgment of Nolan J. with whom Justices Taschereau and Fauteux, as they then were, concurred. Locke J. reached the same result, but added the following comment, at p. 929, on the effect of careless conduct on the ability of the defendant to raise the plea of *non est factum*:

It is my opinion that the result of the authorities was correctly stated in *Bragg's Case*. To say that a person may be estopped by careless conduct such as that in the present case, when the instrument is not negotiable, is to assert the existence of some duty on the part of the person owing to the public at large, or to other persons unknown to him who might suffer damage by acting upon the instrument on the footing that it is valid in the

En outre, il est évident que les défendeurs ont été négligents en ne lisant pas le document avant de le signer. L'épouse est instruite, l'époux l'est un peu moins, mais tous deux savent lire et écrire et parlent l'anglais; ils savent tous deux ce qu'est une hypothèque et en ont consenti au moins trois autres depuis qu'ils ont acheté leur maison. On ne conteste cependant pas qu'on leur a dit qu'il s'agissait d'une modification mineure à l'hypothèque de la Banque de Montréal alors qu'il s'agissait véritablement d'une deuxième hypothèque importante consentie à la demanderesse.

L'hypothèque consentie à la Banque de Montréal a été acquittée, et la seule question en litige en l'espèce concerne l'hypothèque qui fait l'objet de la présente action et, à cet égard, l'appelante a posé la question suivante:

[TRADUCTION] Une partie qui connaît la portée juridique d'un document et qui omet de façon négligente de le lire, en permettant à un tiers de commettre une fraude à l'égard d'une autre partie innocente, peut-elle invoquer la défense de *non est factum*?

La réponse à cette question dépend de l'arrêt de cette Cour, *Prudential Trust Co. Ltd. et al. c. Cugnet*, [1956] R.C.S. 914, rendu à quatre juges contre un. La Cour à la majorité a appliqué l'arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre, *Carlisle and Cumberland Banking Co. v. Bragg*, [1911] 1 K.B. 489, et a conclu que lorsqu'un document a été signé sur la foi d'une déclaration inexacte quant à sa nature et non simplement quant à son contenu, le défendeur pouvait soulever la défense de *non est factum* parce qu'au moment de la signature du document, il a signé un document autre que celui qu'il voulait signer. Dans un cas de la sorte, le document était nul *ab initio*. Tels étaient les motifs du juge Nolan auxquels ont souscrit les juges Taschereau et Fauteux, alors juges puînés. Le juge Locke est parvenu au même résultat, mais il a ajouté la remarque suivante concernant l'effet qu'a la négligence sur l'aptitude du défendeur à soulever la défense de *non est factum*, à la p. 929:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que l'arrêt *Bragg* énonce avec justesse les principes. Dire qu'une personne peut se voir opposer une fin de non-recevoir en raison de la négligence comme on le voit en l'espèce, lorsque l'effet n'est pas négociable, équivaut à affirmer l'existence d'une obligation que la personne a envers le public en général, ou encore envers d'autres personnes qu'elle ne connaît pas et qui peuvent subir un préjudice en se fiant

hands of the holder. I do not consider that the authorities support the view that there is any such general duty, the breach of which imposes a liability in negligence.

Cartwright J., as he then was, dissented. His Lordship commenced with a recitation, at p. 932, of the general priorities:

... generally speaking, a person who executes a document without taking the trouble to read it is liable on it and cannot plead that he mistook its contents, at all events, as against a person who acting in good faith in the ordinary course of business has changed his position in reliance on such document.

and then moved to the exception arising under the principle of *non est factum*. After making reference to *Carlisle v. Bragg, supra*, his Lordship said at p. 934:

An anxious consideration of all the authorities referred to by counsel and in the Courts below has brought me to the conclusion that, in so far as *Carlisle v. Bragg* decides that the rule that negligence excludes a plea of *non est factum* is limited to the case of negotiable instruments and does not extend to a deed such as the one before us, we should refuse to follow it.

He concluded, therefore, that any person who fails to exercise reasonable care in signing a document is precluded from relying on the plea of *non est factum* as against a person who relies upon that document in good faith and for value.

As the basis for the judgments of Justice Nolan, concurred in by two other members of the Court, and of Justice Locke was the judgment of the Court of Appeal of England in *Carlisle v. Bragg, supra*, it should be pointed out at once that that case has been overruled by the House of Lords in *Saunders v. Anglia Building Society*, (reported in the Court of Appeal as *Gallie v. Lee*), [1971] A.C. 1004, *per* Lord Pearson at p. 1038; *per* Lord Wilberforce at p. 1027; *per* Viscount Dilhorne at p. 1023; and *per* Lord Hodson at p. 1019. Lord Reid stated at p. 1015: "I am in general agreement with the speech of my noble and learned friend, Lord Pearson."

à l'effet en tenant pour acquis que le détenteur le détient validement. Je ne crois pas que la jurisprudence reconnaît cette obligation générale dont l'inexécution entraîne une responsabilité fondée sur la négligence.

Le juge Cartwright, alors juge puîné, était dissident. Il a commencé par exposer les principes généraux, à la p. 932:

[TRADUCTION] ... en général, une personne qui signe un document sans se donner la peine de le lire engage sa responsabilité et ne peut, en tout état de cause, invoquer qu'elle s'est trompée sur son contenu à l'encontre d'une personne qui, agissant de bonne foi dans le cours normal des affaires, a modifié sa situation sur la foi de ce document.

Il a alors examiné l'exception que prévoit le principe de *non est factum*. Après avoir mentionné l'arrêt *Carlisle v. Bragg*, précité, il a dit, à la p. 934:

[TRADUCTION] Un examen attentif de la jurisprudence citée par les avocats et par les cours d'instance inférieure m'amène à conclure que, dans la mesure où l'arrêt *Carlisle v. Bragg* décide que la règle suivant laquelle la négligence exclut la défense de *non est factum* se limite au cas des effets négociables et ne s'étend pas à un contrat du genre de celui en l'espèce, nous devons refuser de le suivre.

Il a par conséquent conclu qu'une personne qui omet prendre des précautions raisonnables lorsqu'elle signe un document ne peut invoquer la défense de *non est factum* à l'encontre d'une personne qui se fie à ce document, de bonne foi et contre valeur.

Comme les motifs de jugement du juge Nolan, auxquels ont souscrit deux autres membres de la Cour, et du juge Locke s'appuient sur l'arrêt *Carlisle v. Bragg*, précité, de la Cour d'appel d'Angleterre, il importe de souligner que cet arrêt a été rejeté par la Chambre des lords dans l'arrêt *Saunders v. Anglia Building Society* (arrêt de la Cour d'appel sous l'intitulé *Gallie v. Lee*), [1971] A.C. 1004, lord Pearson à la p. 1038; lord Wilberforce à la p. 1027; le vicomte Dilhorne à la p. 1023; et lord Hodson à la p. 1019. Lord Reid a déclaré, à la p. 1015: [TRADUCTION] «Je souscris dans l'ensemble aux motifs de mon noble et savant collègue, lord Pearson.»

The doctrine of *non est factum* sprang into prominence with the judgment in *Foster v. Mackinnon* (1869), L.R. 4 C.P. 704. At trial in that case the jury was directed that if the defendant's signature on the document in question "was obtained upon a fraudulent representation that it was a guarantee, and the defendant signed it without knowing that it was a bill, and under the belief that it was a guarantee, and if the defendant was not guilty of any negligence in so signing the paper, the defendant was entitled to the verdict". On appeal, the Court of Common Pleas endorsed the direction of the trial judge, and held, at p. 712, that:

... in the case now under consideration, the defendant, according to the evidence, if believed, and the finding of the jury, never intended to indorse a bill of exchange at all, but intended to sign a contract of an entirely different nature. It was not his design, and, if he were guilty of no negligence, it was not even his fault that the instrument he signed turned out to be a bill of exchange.

In *Foster v. Mackinnon, supra*, a distinction is drawn between negotiable instruments and other documents. A qualification of the general rule was felt to be necessary when applied to negotiable instruments in order to protect innocent transferees for value. As a result, the Court concluded that where "the party signing knows what he is doing: the indorser intended to indorse, and the acceptor intended to accept, a bill of exchange," the party signing the document cannot deny its validity against a holder in due course whether or not he was negligent in affixing his signature. This rule was said to be a limitation on the general principle of *non est factum* established in earlier cases under which the signor, in order to deny successfully his signature, had to show that he had not been careless in executing the document. This general rule was applicable to deeds, and "equally applicable to other written contracts" (at p. 712).

Following the decision in *Foster v. Mackinnon, supra*, and prior to the decision of the Court of Appeal in *Carlisle v. Bragg, supra*, it is clear that the presence or absence of negligence on the part of the defendant was a critical factor in determining his ability to raise successfully the plea of *non*

La doctrine du *non est factum* est issue de l'arrêt *Foster v. Mackinnon* (1869), L.R. 4 C.P. 704. En première instance dans cette affaire, le jury a reçu la directive que si la signature du défendeur sur le document en question [TRADUCTION] «a été obtenue par la déclaration frauduleuse qu'il s'agissait d'une garantie et que le défendeur l'a signé sans savoir qu'il s'agissait d'une lettre de change et en croyant qu'il s'agissait d'une garantie, et si le défendeur ne s'est rendu coupable d'aucune négligence en signant ainsi le document, il avait droit au verdict». En appel, la Cour des plaidis communs a endossé la directive du juge de première instance et a conclu, à la p. 712:

[TRADUCTION] ... en l'espèce, le défendeur, selon son témoignage, si on le croit, et selon ce qu'a conclu le jury, n'a jamais eu l'intention d'endosser une lettre de change; il avait plutôt l'intention de signer un contrat d'une nature entièrement différente. Ce n'était pas son but et, s'il n'a commis aucune négligence, ce n'était même pas sa faute si le document qu'il a signé s'est avéré une lettre de change.

L'arrêt *Foster v. Mackinnon*, précité, établit une distinction entre les effets négociables et les autres documents. Il a été jugé nécessaire de restreindre l'application de la règle générale à l'égard des effets négociables afin de protéger les acquéreurs contre valeur. La Cour a conclu en conséquence que lorsque [TRADUCTION] «la partie qui signe sait ce qu'elle fait: l'endosseur a l'intention d'endosser et l'accepteur, d'accepter une lettre de change,» la personne qui signe l'effet ne peut en contester la validité à l'encontre d'un détenteur régulier, peu importe qu'elle l'ait signé ou non par négligence. On a dit que cette règle limite le principe général du *non est factum* établi dans des arrêts plus anciens en vertu desquels le signataire devait, pour contester avec succès sa signature, établir qu'il n'avait pas été négligent en signant le document. Cette règle générale s'appliquait aux actes translatifs et [TRADUCTION] «s'appliquait également aux autres contrats écrits» (à la p. 712).

Après l'arrêt *Foster v. Mackinnon*, précité, et avant l'arrêt de la Cour d'appel *Carlisle v. Bragg*, précité, il est clair que la présence ou l'absence de négligence de la part du défendeur était un facteur déterminant pour décider s'il pouvait soulever avec succès la défense de *non est factum*. Deux des

est factum. The rule as stated in two of the leading textbooks of the day was as follows:

So a man may avoid a deed or other instrument, which he was induced to execute by a fraudulent misrepresentation of its contents, as was held in *Foster v. Mackinnon*....

And if the party who executes an instrument in such circumstances has not been guilty of negligence in so doing, he may avoid it, not only against him who made the fraudulent misrepresentation, but as against a third party who has acted innocently, on the faith of the instrument being genuine.

(*Chitty on Contracts* (15th ed. 1909) 673-674)

... Mistake as to the nature of the transaction entered into ... must arise from some deceit which ordinary diligence could not penetrate, or some mischance which ordinary diligence could not avert ...

(*Anson, Law of Contracts* (12th ed. 1910) 151-52)

Only one exception to this rule was recognized: if the document signed was a bill of exchange and the signor intended to sign a bill of exchange, he could not successfully plead *non est factum*, even though he had not been negligent.

Almost a half a century after the decision in *Foster v. Mackinnon*, *supra*, the Court of Appeal in *Carlisle v. Bragg*, *supra*, substantially modified the law in the United Kingdom with reference to the plea of *non est factum*. In that case the Court allowed the plea to be entered by a defendant who had executed a guarantee believing it to be a document of a different character, and went on to hold that the defendant was not estopped from raising the plea even though it was the negligence of the defendant which lead to the loss in question. The jury indeed had found the defendant to be negligent in signing the document. The Court of Appeal concluded that any doctrine which limited the application of the plea where the defendant was negligent was confined to negotiable instruments.

The decision of the Court of Appeal in *Carlisle v. Bragg* may be summarized as follows:

principaux ouvrages de l'époque énoncent la règle en ces termes:

[TRADUCTION] Ainsi une personne peut se soustraire à un contrat ou autre acte instrumentaire, qu'elle a été amenée à signer par une description frauduleuse de son contenu, comme l'a décidé l'arrêt *Foster v. Mackinnon* ...

Et si la partie qui signe un acte dans de telles circonstances ne s'est rendue coupable d'aucune négligence en le signant, elle peut s'y soustraire, non seulement à l'égard de l'auteur de la déclaration frauduleuse, mais à l'égard d'un tiers qui a agi innocemment, sur la foi de la sincérité de l'acte.

(*Chitty on Contracts* (15^e éd. 1909) 673 et 674)

[TRADUCTION] ... L'erreur sur la nature de l'opération conclue ... doit découler d'une duperie que la diligence ordinaire ne peut percer, ou d'un accident que la diligence ordinaire ne peut prévenir ...

(*Anson, Law of Contracts* (12^e éd. 1910) 151 et 152)

Une seule exception à cette règle a été admise: si le document signé est une lettre de change et que le signataire avait l'intention de signer une lettre de change, il ne peut invoquer avec succès la défense de *non est factum*, même s'il n'a pas été négligent.

Près d'un demi-siècle après l'arrêt *Foster v. Mackinnon*, précité, la Cour d'appel a modifié en substance dans l'arrêt *Carlisle v. Bragg*, précité, le droit du Royaume-Uni relatif à la défense de *non est factum*. Dans cette affaire, la Cour a permis que cette défense soit soulevée par un défendeur qui avait signé une garantie en croyant qu'il s'agissait d'un document d'une nature différente, et elle a décidé ensuite que le défendeur pouvait soulever ce moyen de défense avec succès même si la perte en question découlait de sa propre négligence. Le jury avait en effet conclu que le défendeur s'était montré négligent en signant le document. La Cour d'appel a conclu que la doctrine qui limitait l'application du moyen de défense lorsque le défendeur était négligent était cantonnée aux effets négociables.

L'arrêt *Carlisle v. Bragg* de la Cour d'appel peut se résumer comme suit:

- (1) *Foster v. Mackinnon* applies only to bills of exchange.
- (2) Negligence on the part of the signor is therefore relevant only to bills of exchange.
- (3) Negligence is used in the tortious sense, and therefore, only when a duty of care exists in the signor and his act is the proximate cause of the loss by the third party, can it be a bar to a successful plea of *non est factum*.
- (4) In all other cases negligence is irrelevant, and *non est factum* may be pleaded where the document signed is of a different nature from that which the signor intended to execute. *Vide Chitty on Contracts* (18th ed. 1930) at p. 803, and *Anson, Law of Contracts* (14th ed. 1917) at p. 164.

Carlisle v. Bragg has attracted unfavourable comment in legal writings and the following is an example of the criticisms of the judgment written shortly after its issuance:

A man who signs a document which he has not taken the trouble to read, who makes therein a promise on which other persons may act to their detriment, and who is found by a jury to have acted without reasonable care, is not liable for the consequences of his act to the party who has suffered by reliance on his promise, unless the document, the nature and contents of which he has neglected to ascertain, should chance to be a negotiable instrument; or unless the promisee, whose identity he has also neglected to ascertain, should chance to be a person to whom he owes a duty to take care. Such is the decision of the Court of Appeal in *Carlisle and Cumberland Banking Co. v. Bragg* [1911] 1 K.B. 489, 80 L.J.K.B. 472.

Shortly stated, the Court was asked to say which of two innocent parties should suffer for the fraud of a third, and the Lords Justices decided in favour of the man whose admitted negligence was the cause of the trouble.

[Anson, *Carlisle and Cumberland Banking Co. v. Bragg*, (1912) 28 L.Q. Rev. 190, 190.]

Although the decision in *Carlisle v. Bragg* was the subject of much criticism, it was adopted by the majority of this Court in *Prudential Trust Co.*

- 1) L'arrêt *Foster v. Mackinnon* s'applique uniquement aux lettres de change.
- 2) La négligence de la part du signataire n'est en conséquence pertinente qu'à l'égard des lettres de change.
- 3) La négligence s'emploie au sens délictuel et, par conséquent, elle peut empêcher de recourir avec succès à la défense de *non est factum* uniquement lorsque le signataire a une obligation de diligence et que son acte est la cause immédiate de la perte subie par le tiers.
- 4) Dans tous les autres cas, la négligence n'est pas pertinente, et la défense de *non est factum* peut être invoquée lorsque le document signé est d'une nature différente de celui que le signataire entendait signer. Voir *Chitty on Contracts*, 18e éd. 1930, à la p. 803, et *Anson, Law of Contracts*, 14e éd. 1917, à la p. 164.

L'arrêt *Carlisle v. Bragg* s'est attiré les commentaires défavorables de la doctrine, et le passage qui suit, rédigé peu après cet arrêt, est un exemple de ces critiques:

[TRADUCTION] Un homme qui signe un document qu'il ne s'est pas donné la peine de lire, qui y fait une promesse sur laquelle d'autres personnes peuvent se fonder pour agir à leur détriment, et qui est reconnu par un jury avoir agi sans diligence raisonnable, n'est pas responsable des conséquences de son acte envers la partie qui subit un préjudice sur la foi de sa promesse, à moins que le document, dont il a négligé de vérifier la nature et le contenu, soit par hasard un effet négociable; ou à moins que la personne à laquelle est faite la promesse, dont il a également négligé de vérifier l'identité, soit par hasard une personne envers laquelle il a une obligation de diligence. Telle est la décision de la Cour d'appel dans l'arrêt *Carlisle and Cumberland Banking Co. v. Bragg* [1911] 1 K.B. 489, 80 L.J.K.B. 472.

En résumé, on a demandé à la Cour de dire laquelle de deux parties innocentes doit subir les conséquences de la fraude d'une troisième personne, et les lords juges ont décidé en faveur de l'homme dont la négligence reconnue est la cause du problème.

[Anson, *Carlisle and Cumberland Banking Co. v. Bragg*, (1912) 28 L.Q.Rev. 190, à la p. 190.]

Bien que l'arrêt *Carlisle v. Bragg* ait fait l'objet de nombreuses critiques, il a été adopté par cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Prudential Trust*

Ltd. et al. v. Cugnet, supra. As previously mentioned, Cartwright J. in his dissenting judgment recognized the flaws in the Court of Appeal's decision and refused to follow it, adopting instead the rule recognized prior to *Carlisle v. Bragg* that a person who was negligent in executing a written instrument, whether or not it was a bill of exchange, was estopped, as against an innocent transferee, from denying the validity of the document. He also recognized that "negligence" in the sense that the term was used in relation to the plea of *non est factum*, connoted carelessness, rather than the attributes of the term in the law of tort. This aspect of the matter was dealt with, at p. 935, in this way:

It may be said that the term negligence is inappropriate because it presupposes a duty owed by Cugnet Senior to Canuck, but in the passages quoted the term is, I think, used as meaning that lack of reasonable care in statement which gives rise to an estoppel. As it was put by Sir William Anson [(1912), 28 L.Q.R. 190 at 194] in an article on *Carlisle v. Bragg*:

And further, there seems some confusion between the negligence which creates a liability in tort, and the lack of reasonable care in statement which gives rise to an estoppel. Bragg might well have been precluded by carelessness from resisting the effect of his written words, though the Bank might not have been able to sue him for negligence.

The law in Canada prior to the decision of the House of Lords in *Saunders* has been summarized by Professor Fridman as follows:

The Canadian situation, prior to the *Saunders* case, would appear to have been that there was considerable sympathy for the position of some illiterate, ill-educated, or otherwise disadvantaged parties, who signed a document, perhaps not fully realizing what was involved. But for *non est factum* to be pleaded successfully, the party raising the plea would have to show some kind of misconception, not necessarily fraudulently induced, as to the intended legal effect of the document. Negligence does not seem to have played a very large part in the thinking of Canadian judges in this context: although they were concerned with the sort of *intent* shown by the signer of the document. [Fridman, *The Law of Contract in Canada* (1976) 109.]

Co. Ltd. et autre c. Cugnet, précité. Comme je l'ai déjà dit, le juge Cartwright, dans les motifs de sa dissidence, a reconnu les faiblesses de l'arrêt de la Cour d'appel et a refusé de le suivre; il a plutôt adopté la règle reconnue antérieurement à l'arrêt *Carlisle v. Bragg*, à savoir qu'une personne qui a signé de façon négligente un acte instrumentaire, qu'il s'agisse ou non d'une lettre de change, ne pouvait en contester la validité à l'encontre d'un cessionnaire innocent. Il a également reconnu que la «néGLIGENCE», au sens donné à ce terme relativement à la défense de *non est factum*, avait une connotation d'insouciance, et non le sens que lui attribue le droit délictuel. Il a traité cet aspect de la question de la façon suivante, à la p. 935:

[TRADUCTION] On peut dire que le terme néGLIGENCE ne convient pas parce qu'il présuppose une obligation de la part de Cugnet Senior envers Canuck, mais dans les passages cités, ce terme est, je pense, employé comme signifiant cette absence de diligence raisonnable dans une déclaration, qui entraîne une fin de non-recevoir. Comme l'a dit sir William Anson [(1912) 28 L.Q.Rev. 190, à la p. 194] dans un article concernant l'arrêt *Carlisle v. Bragg*:

Et en outre, il semble y avoir confusion entre la néGLIGENCE qui entraîne une responsabilité délictuelle, et l'absence de diligence raisonnable dans une déclaration, qui entraîne une fin de non-recevoir. Bragg aurait fort bien pu être empêché, en raison de son insouciance, de se soustraire aux conséquences des mots qu'il avait écrits même si la banque aurait pu ne pas être à même de le poursuivre pour néGLIGENCE.

Le professeur Fridman a résumé comme suit le droit canadien antérieur à la décision de la Chambre des lords dans l'arrêt *Saunders*:

[TRADUCTION] La situation au Canada, avant l'arrêt *Saunders*, paraît avoir été qu'on manifestait beaucoup de sympathie pour les parties qui ne savent pas lire, qui n'ont pas d'instruction ou qui sont autrement désavantagées et qui ont signé un document sans peut-être se rendre entièrement compte de ce que cela comportait. Mais pour invoquer avec succès la défense de *non est factum*, la partie qui la soulevait devait établir quelque forme de méprise, qui n'était pas nécessairement provoquée frauduleusement, quant à l'effet juridique qu'elle attribuait au document. Il ne semble pas que la néGLIGENCE ait joué un très grand rôle dans l'esprit des juges canadiens dans ce contexte: ils s'attachaient plutôt à la nature de l'*intention* dont faisait preuve le signataire du document. [Fridman, *The Law of Contract in Canada* (1976) à la p. 109.]

It was not until *Saunders v. Anglia Building Society*, *supra*, that the law was put back to the position which it was in after *Foster v. Mackinnon*. It is interesting to note that in doing so all the judges dealt with the meaning of the word negligence as employed by the Court in *Foster v. Mackinnon* as meaning "carelessness" in the same way that Cartwright J. did in *Prudential*, *supra*. Thus the rule with reference to *non est factum* in the United Kingdom requires that the defendant be not guilty of carelessness in order to be entitled to raise the defence of *non est factum*.

It is not necessary for us to concern ourselves with the second leg of *Saunders v. Anglia*, *supra*, namely, those circumstances in which a defendant who has not been guilty of negligence may raise the defence of *non est factum*. Here the respondents, by concurrent findings below, were found to be negligent or careless. I do note in passing, however, that it was the consensus of the several members of the House of Lords participating in the *Saunders* case, *supra*, that for the principle to operate, the document must be fundamentally different, either as to content, character or otherwise from the document that the signor intended to execute. Prior to this decision the plea of *non est factum* was available only if the mistake was as to the very nature or character of the transaction. It was not sufficient that there be a mistake as to the contents of the document: *Howatson v. Webb*, [1907] 1 Ch. 537, affirmed [1908] 1 Ch. 1; *Muskham Finance Ltd. v. Howard*, [1963] 1 Q.B. 904. This distinction was rejected by the House of Lords in favour of a more flexible test. In the words of Lord Pearson (at p. 1039): "In my opinion, one has to use a more general phrase, such as 'fundamentally different' or 'radically different' or 'totally different'." Lord Wilberforce at pp. 1026-27 concluded that the principle would come into play on "rare occasions".

The decision of the House of Lords in *Saunders* has been considered by a number of Canadian courts. In *Commercial Credit Corporation Ltd. v. Carroll Bros. Ltd.* (1971), 20 D.L.R. (3d) 504 (Man. C.A.), the question of whether the prin-

Ce n'est qu'avec l'arrêt *Saunders v. Anglia Building Society*, précité, que le droit est revenu à l'état dans lequel il était après l'arrêt *Foster v. Mackinnon*. On remarque avec intérêt que dans cet arrêt tous les juges ont examiné le sens du terme négligence que la Cour avait employé dans l'arrêt *Foster v. Mackinnon* et lui ont donné le sens d'"insouciance" comme l'a fait le juge Cartwright dans l'arrêt *Prudential*, précité. Ainsi, au Royaume-Uni, la règle exige que, pour avoir droit de soulever la défense de *non est factum*, le défendeur ne soit pas coupable d'insouciance.

Il ne nous est pas nécessaire d'examiner la deuxième partie de l'arrêt *Saunders v. Anglia*, précité, savoir les circonstances dans lesquelles un défendeur qui n'a commis aucune négligence peut soulever la défense de *non est factum*. En l'espèce, les cours d'instance inférieure ont toutes conclu que les intimés ont été négligents ou insoucients. Cependant, je fais remarquer en passant que tous les membres de la Chambre des lords qui ont entendu l'affaire *Saunders*, précitée, étaient d'accord pour dire que, pour que le principe s'applique, le document doit être fondamentalement différent, quant à son contenu, à sa nature ou d'une autre façon, du document que le signataire a voulu signer. Avant cette décision, la défense de *non est factum* ne pouvait être soulevée que si l'erreur portait sur la nature même ou sur le caractère de l'opération. Il n'était pas suffisant qu'il y ait erreur quant au contenu du document: *Howatson v. Webb*, [1907] 1 Ch. 537, confirmé par [1908] 1 Ch. 1; *Muskham Finance Ltd. v. Howard*, [1963] 1 Q.B. 904. La Chambre des lords a rejeté cette distinction en faveur d'un critère plus souple. Lord Pearson a dit (à la p. 1039): [TRADUCTION] «A mon avis, il faut employer une expression plus générale, comme «fondamentalement différent» ou «absolument différent» ou «entièrement différent»». Lord Wilberforce, aux pp. 1026 et 1027, a conclu que le principe s'appliquerait en [TRADUCTION] «de rares occasions».

Plusieurs cours canadiennes ont examiné l'arrêt *Saunders* de la Chambre des lords. Dans l'arrêt *Commercial Credit Corporation Ltd. v. Carroll Bros. Ltd.* (1971), 20 D.L.R. (3d) 504 (C.A. Man.), la question de savoir si les principes établis

ciples laid down in *Saunders* are good law in Canada was left open by the Court. In a number of more recent decisions, however, the reasoning of the House of Lords has been directly applied: *Custom Motors Ltd. v. Dwinell* (1975), 61 D.L.R. (3d) 342, 12 N.S.R. (2d) 524 (N.S.C.A.); *Bank of Nova Scotia v. Battiste* (1979), 22 Nfld. & P.E.I.R. 192 (Newfoundland Trial Division); *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Kanadian Kiddee Photo Ltd. and Romano*, [1979] 3 W.W.R. 256 (B.C.S.C.).

In my view, with all due respect to those who have expressed views to the contrary, the dissenting view of Cartwright J. (as he then was) in *Prudential, supra*, correctly enunciated the principles of the law of *non est factum*. In the result the defendants-respondents are barred by reason of their carelessness from pleading that their minds did not follow their hands when executing the mortgage so as to be able to plead that the mortgage is not binding upon them. The rationale of the rule is simple and clear. As between an innocent party (the appellant) and the respondents, the law must take into account the fact that the appellant was completely innocent of any negligence, carelessness or wrongdoing, whereas the respondents by their careless conduct have made it possible for the wrongdoers to inflict a loss. As between the appellant and the respondents, simple justice requires that the party, who by the application of reasonable care was in a position to avoid a loss to any of the parties, should bear any loss that results when the only alternative available to the courts would be to place the loss upon the innocent appellant. In the final analysis, therefore, the question raised cannot be put more aptly than in the words of Cartwright J. in *Prudential, supra*, at p. 929: "... which of two innocent parties is to suffer for the fraud of a third". The two parties are innocent in the sense that they were not guilty of wrongdoing as against any other person, but as between the two innocent parties there remains a distinction significant in the law, namely that the respondents, by their carelessness, have exposed the innocent appellant to risk of loss, and even though no duty in law was owed by the respondents to the appellant to safeguard the appellant

dans l'arrêt *Saunders* font partie du droit positif canadien a été laissée sans réponse. Dans plusieurs décisions plus récentes cependant, les motifs de la Chambre des lords ont été directement appliqués: *Custom Motors Ltd. v. Dwinell* (1975), 61 D.L.R. (3d) 342, 12 N.S.R. (2d) 524 (C.A.N.-É.); *Bank of Nova Scotia v. Battiste* (1979), 22 Nfld. & P.E.I.R. 192 (Division de première instance de Terre-Neuve); *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Kanadian Kiddee Photo Ltd. and Romano*, [1979] 3 W.W.R. 256 (C.S.C.-B.).

A mon avis, avec tous égards pour ceux qui ont exprimé des opinions contraires, l'opinion dissidente du juge Cartwright (alors juge puîné) dans l'arrêt *Prudential*, précité, a énoncé avec justesse les principes du *non est factum*. En conséquence, les défendeurs intimés ne peuvent, en raison de leur insouciance, faire valoir qu'ils ont signé un document autre que celui qu'ils voulaient signer lorsqu'ils ont signé l'hypothèque, de façon à pouvoir plaider qu'ils ne sont pas liés par l'hypothèque. La raison d'être de la règle est simple et évidente. Entre une partie innocente (l'appelante) et les intimés, le droit doit tenir compte du fait que l'appelante était absolument innocente de toute négligence, insouciance et n'avait commis aucun tort, alors que les intimés, par leur conduite insouciante, ont permis aux auteurs du tort d'infliger une perte. Entre l'appelante et les intimés, la simple justice exige que la partie qui pouvait, en exerçant une diligence raisonnable, éviter une perte à l'une ou l'autre des parties assume toute perte qui en résulte lorsque la seule autre solution pour la Cour serait de faire supporter la perte par l'appelante innocente. En dernière analyse, la question ne peut être posée avec plus de justesse que ne l'a fait le juge Cartwright dans l'arrêt *Prudential*, précité, à la p. 929: [TRADUCTION] «... laquelle de deux parties innocentes doit souffrir de la fraude d'une troisième? Les deux parties sont innocentes en ce sens qu'elles ne sont coupables d'aucun tort envers une autre personne, mais entre les deux parties innocentes, il reste une distinction importante en droit, savoir que les intimés, par leur insouciance, ont exposé l'appelante innocente au risque d'une perte, et même si les intimés n'ont envers l'appelante aucune obligation

from such loss, nonetheless the law must take this discarded opportunity into account.

In my view, this is so for the compelling reason that in this case, and no doubt generally in similar cases, the respondent's carelessness is but another description of a state of mind into which the respondents have fallen because of their determination to assist themselves and/or a third party for whom the transaction has been entered into in the first place. Here the respondents apparently sought to attain some advantage indirectly for their daughter by assisting Johnston in his commercial venture. In the *Saunders* case, *supra*, the aunt set out to apply her property for the benefit of her nephew. In both cases the carelessness took the form of a failure to determine the nature of the document the respective defendants were executing. Whether the carelessness stemmed from an enthusiasm for their immediate purpose or from a confidence in the intended beneficiary to save them harmless matters not. This may explain the origin of the careless state of mind but is not a factor limiting the operation of the principle of *non est factum* and its application. The defendants, in executing the security without the simple precaution of ascertaining its nature in fact and in law, have nonetheless taken an intended and deliberate step in signing the document and have caused it to be legally binding upon themselves. In the words of *Foster v. Mackinnon* this negligence, even though it may have sprung from good intentions, precludes the defendants in this circumstance from disowning the document, that is to say, from pleading that their minds did not follow their respective hands when signing the document and hence that no document in law was executed by them.

This principle of law is based not only upon the principle of placing the loss on the person guilty of carelessness, but also upon a recognition of the need for certainty and security in commerce. This has been recognized since the earliest days of the plea of *non est factum*. In *Waberley v. Cockerel* (1542), 1 Dy. 51. a., for example, it was said that:

... although the truth be, that the plaintiff is paid his money, still it is better to suffer a mischief to one man

en droit de la protéger de cette perte, la loi doit néanmoins tenir compte de cette occasion manquée de le faire.

A mon avis, il en est nécessairement ainsi parce qu'en l'espèce, et certainement de façon générale dans des cas semblables, l'insouciance des intimés n'est qu'une autre description de l'état d'esprit des intimés en raison de leur intention arrêtée de s'aider eux-mêmes ou d'aider une troisième personne pour laquelle l'opération a été conclue en premier lieu. En l'espèce, il appert que les intimés ont cherché à procurer indirectement un avantage à leur fille en aidant Johnston dans son entreprise commerciale. Dans l'affaire *Saunders*, précitée, la tante avait hypothqué son immeuble au profit de son neveu. Dans les deux cas, l'insouciance a pris la forme d'une omission de vérifier la nature du document que les défendeurs respectifs ont signé. Il n'est pas important de savoir si leur insouciance provenait d'un enthousiasme pour leur dessein immédiat ou de la confiance que le bénéficiaire visé ne leur nuirait pas. Cela peut expliquer l'origine de l'imprudence, mais ce n'est pas un facteur qui limite la portée du principe du *non est factum* et son application. En signant la garantie sans prendre la simple précaution d'en vérifier la nature en fait et en droit, les défendeurs ont néanmoins accompli un geste délibéré en signant le document et ont fait en sorte d'être liés par ce document. Selon les termes de l'arrêt *Foster v. Mackinnon*, cette négligence, même si elle peut provenir de bonnes intentions, empêche les défendeurs dans les circonstances de désavouer le document, c'est-à-dire de plaider qu'ils ont signé un document autre que celui-ci qu'ils voulaient signer et, partant, qu'ils ne l'ont pas signé en droit.

Ce principe de droit ne se fonde pas uniquement sur le principe que la personne coupable d'insouciance doit assumer la perte, mais également sur la reconnaissance du besoin de certitude et de sécurité dans le commerce. Il en est ainsi depuis les premiers temps de la défense de *non est factum*. L'arrêt *Waberley v. Cockerel* (1542), 1 Dy. 51. a., par exemple, dit:

[TRADUCTION] ... bien qu'il soit vrai que le demandeur reçoit son argent, il est préférable de faire subir un

than an inconvenience to many, which would subvert a law: for if matter in writing may be so easily defeated, and avoided by such surmise and naked breath, a matter in writing would be of no greater authority than a matter of fact

More recently in *Muskham Finance Ltd. v. Howard, supra*, at p. 912, Donovan L.J. stated:

Much confusion and uncertainty would result in the field of contract and elsewhere if a man were permitted to try to disown his signature simply by asserting that he did not understand that which he had signed.

The appellant, as it was entitled to do, accepted the mortgage as valid, and adjusted its affairs accordingly. For example, the appellant released Suwald from the chattel mortgage held by the appellant.

I wish only to add that the application of the principle that carelessness will disentitle a party to the document of the right to disown the document in law must depend upon the circumstances of each case. This has been said throughout the judgments written on the principle of *non est factum* from the earliest times. The magnitude and extent of the carelessness, the circumstances which may have contributed to such carelessness, and all other circumstances must be taken into account in each case before a court may determine whether estoppel shall arise in the defendant so as to prevent the raising of this defence. The policy considerations inherent in the plea of *non est factum* were well stated by Lord Wilberforce in his judgment in *Saunders, supra*, at pp. 1023-24:

The law . . . has two conflicting objectives: relief to a signer whose consent is genuinely lacking . . . ; protection to innocent third parties who have acted upon an apparently regular and properly executed document. Because each of these factors may involve questions of degree or shading any rule of law must represent a compromise and must allow to the court some flexibility in application.

The result in this case has depended upon the intervention by this Court in the development and the principle of *non est factum* and its invocation in a way inconsistent with that applied many years

dommage à une seule personne que de causer un embarras à plusieurs, ce qui serait contraire au droit; parce que si un écrit peut être si facilement contredit et écarté par de vulgaires conjectures, un écrit n'aurait pas plus de poids qu'un simple fait.

Plus récemment, dans l'arrêt *Muskham Finance Ltd. v. Howard*, précité, à la p. 912, le lord juge Donovan a déclaré:

[TRADUCTION] Si on permettait à une personne de dénier sa signature simplement en disant qu'elle n'a pas compris ce qu'elle a signé, il en résulterait beaucoup de confusion et d'incertitude dans le domaine des contrats et dans d'autres domaines.

L'appelante, comme elle en avait le droit, a tenu l'hypothèque pour valide et a arrêté ses affaires en conséquence. Par exemple, l'appelante a libéré Suwald de l'hypothèque mobilière qu'il lui avait consentie.

Je tiens seulement à ajouter que l'application du principe suivant lequel l'insouciance enlève à une partie à un document le droit de désavouer celui-ci doit dépendre des circonstances de chaque espèce. C'est ce qu'ont affirmé depuis toujours les jugements qui ont porté sur le principe du *non est factum*. Il faut dans chaque cas tenir compte de l'importance et du degré de l'insouciance, des circonstances qui peuvent avoir contribué à cette insouciance et de toutes les autres circonstances avant qu'une cour puisse décider s'il y a lieu de déclarer le défendeur irrecevable dans sa défense. Les principes généraux inhérents à la défense de *non est factum* ont été bien posés par lord Wilberforce dans le jugement qu'il a rendu dans l'arrêt *Saunders*, précité, aux pp. 1023 et 1024:

[TRADUCTION] La loi . . . vise deux objectifs opposés: un redressement pour le signataire dont le consentement est véritablement absent . . . ; la protection des tiers innocents qui ont agi sur la foi d'un document apparemment régulier et valablement signé. Parce que chacun de ces facteurs peut comporter des questions d'appréciation ou de nuance, toute règle de droit doit représenter un compromis et doit permettre à la cour de l'appliquer d'une façon flexible.

Pour la solution du présent litige, cette Cour a dû intervenir dans le développement du principe du *non est factum* qu'elle a invoqué d'une façon incompatible avec l'application qu'elle en avait

ago in the *Prudential* case, *supra*. The respondents have pleaded their case in the courts below and in this Court consistent with the result in the *Prudential* judgment. In these circumstances consideration can and should be given to the application of the general principle that costs follow the event. The appellant, of course, was required to persevere to the level of this Court in order to bring about a review of the reasoning which led to the determination in the *Prudential* case. The respondents, on the other hand, acted reasonably in founding their position upon that decision notwithstanding the revision of the law of England consequent upon the judgments in *Saunders*, *supra*. In all these circumstances, therefore, I would award to the appellant costs only before the Court of First Instance with no costs being awarded either party in the Court of Appeal or in this Court.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Weir & Foulds, Toronto.

Solicitors for the respondents: Lawlor & Leclaire, Richmond Hill.

faite il y a plusieurs années dans l'arrêt *Prudential*, précité. Les intimés ont plaidé devant les cours d'instance inférieure et devant cette Cour en s'appuyant sur l'arrêt *Prudential*. Dans les circonstances, il y a lieu de s'interroger sur l'application du principe général que les dépens suivent le sort de l'action. Certes, l'appelante a dû persévérer jusqu'à cette Cour pour provoquer une révision des motifs qui ont mené à la décision dans l'arrêt *Prudential*. D'autre part, les intimés ont agi de façon raisonnable en s'appuyant sur cette décision en dépit de la révision du droit anglais consécutive à l'arrêt *Saunders*, précité. Dans les circonstances, par conséquent, je suis d'avis d'accorder à l'appelante ses dépens en première instance seulement et de ne pas adjuger de dépens en Cour d'appel ni en cette Cour.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante: Weir & Foulds, Toronto.

Procureurs des intimés: Lawlor & Leclaire, Richmond Hill.