

Ken Gordon Excavating Limited *Appellant;*
and

**Edstan Construction Limited, Ontario
Mortgage Corporation and Ontario Housing
Corporation** *Respondents;*

and between

Ontario Housing Corporation *Appellant;*
and

**Ken Gordon Excavating Limited, Ontario
Mortgage Corporation and Edstan
Construction Limited** *Respondents.*

File Nos.: 17143 and 17132.

1984: May 16 and 17; 1984: October 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Mechanics' liens — Owner — Public works — Crown corporation selling land and holding mortgage — Project inspired by that corporation — Whether or not Crown corporation an "owner" — Whether or not project a "public work".

Mechanics' liens — Validity — Public works — Notice — Crown to receive notice of lien — Whether or not liens valid in absence of notice — Whether or not defect curable.

Mechanics' liens — Priorities — Advances made under mortgage — Legal nature of advances — Whether or not liens payable out of monies advanced — Whether or not amount payable limited to statutory holdback — The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267, (now R.S.O. 1980, c. 261), as amended by 1975 (Ont.), c. 43, ss. 1(1)(d), (da), 5(2), 11, 14, 18, 21a.

This appeal concerned the validity of a group of lien claims filed by suppliers against a small housing project undertaken by two Ontario Crown corporations, Ontario Housing Corporation (OHC), the Ontario Mortgage Corporation (OMC), and a now bankrupt builder, Edstan Construction Limited (E). The lien claims fell into two groups. Two claimants filed notice on OHC and OMC (as required where the project in question was a public work) in addition to filing their claim in the Registry Office. The remaining ten lien claimants only

Ken Gordon Excavating Limited *Appelante;*
et

**Edstan Construction Limited, Société
d'hypothèques de l'Ontario et Société de
logement de l'Ontario** *Intimées;*

et entre

Société de logement de l'Ontario *Appelante;*
et

**Ken Gordon Excavating Limited, Société
d'hypothèques de l'Ontario et Edstan
Construction Limited** *Intimées.*

N^os du greffe: 17143 et 17132.

1984: 16 et 17 mai; 1984: 11 octobre.

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

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

Privilèges de constructeur — Propriétaire — Ouvrages publics — Société d'État qui vend un bien-fonds et qui détient une hypothèque — Projet inspiré par cette société — La société d'État est-elle un «propriétaire»? — Le projet est-il un «ouvrage public»?

Privilèges de constructeur — Validité — Ouvrages publics — Avis — Sa Majesté est censée recevoir avis du privilège — À défaut d'avis, les privilèges sont-ils valides? — Ce défaut peut-il être corrigé?

Privilèges de constructeur — Priorités — Avances faites en vertu d'une hypothèque — Caractère juridique des avances — Les montants des privilèges doivent-ils être payés à même les fonds avancés? — La somme à payer est-elle limitée au montant de la retenue prévue par la loi? — The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, chap. 267 (maintenant R.S.O. 1980, chap. 261), modifiée par 1975 (Ont.), chap. 43, art. 1(1)d, da), 5(2), 11, 14, 18, 21a.

Le pourvoi porte sur la validité d'un ensemble de revendications de privilège que des fournisseurs ont déposées à l'égard d'un petit projet d'habitations entrepris par deux sociétés d'État ontariennes, savoir la Société de logement de l'Ontario (SLO) et la Société d'hypothèques de l'Ontario (SHO), et un entrepreneur en bâtiments, maintenant en faillite, Edstan Construction Limited (Edstan). Il y a deux groupes de revendications de privilège. Deux créancières privilégiées ont déposé leurs revendications de privilège au bureau d'en-

filed in the usual way in the Registry Office. The claims were asserted against OHC as a non-contracting owner, given E's insolvency.

E bought twenty-five lots from OHC subject to an interest-free second mortgage held by OHC and representing the "primary principal" (capital invested) and the "remainder principal" (capital profit). The construction costs were covered by a first mortgage granted E by OMC. The arrangements were later amended by an agreement between OHC and E where the "primary principal" was deducted from the second mortgage and was to be financed through an increase in the first mortgage. Progress draws were to be authorized by Central Mortgage and Housing Corporation (CMHC) but the agreements did not stipulate how the draws were to be authorized or what expenses were to be covered by the draw. Sometime later, OMC and OHC entered an agreement where OMC undertook to secure and protect the interest of OHC, as its agent, for the "primary principal"; E was not a party to the agreement.

The work began well before the financial arrangements were registered but the project was abandoned shortly after the first draw for want of funds. OMC first deducted the "primary principal" for the lots involved and paid OHC and then paid the remainder to E. The second draw (made after the project was abandoned) was paid entirely to OMC. The twelve lien claims were filed and the two notices were given after E abandoned the project. OMC sold the property under its power of sale and by agreement held the proceeds pending the outcome of these proceedings. At issue here was (1) whether or not OHC was an owner as defined by the statute, (2) whether or not the project was a "public work" such that the Crown or crown agency involved was entitled to notice of a lien claim, (3) whether or not those with a valid claim were entitled to payment in full or only to the amount of the statutory holdback and (4) the legal nature of—and the legal consequences flowing from that characterization—the payments by OMC out of the proceeds of the first mortgage.

registrement et, de plus, ont signifié des avis à SLO et à SHO (comme c'est requis dans le cas d'un ouvrage public). Les dix autres créanciers privilégiés se sont contentés de déposer leurs revendications de privilège de la façon habituelle au bureau d'enregistrement. Compte tenu de l'insolvabilité d'Edstan, les priviléges ont été revendiqués contre SLO en sa qualité de propriétaire qui ne fait pas office d'entrepreneur.

Edstan a acheté à SLO 25 terrains; ces terrains étaient grevés d'une seconde hypothèque détenue par SLO, dont le montant se composait du «capital principal» (le capital investi) et du «capital restant» (le profit en capital). Les coûts de construction devaient être payés au moyen d'un prêt sur première hypothèque consenti par SHO à Edstan. Par la suite, un contrat est intervenu entre SLO et Edstan, qui a eu pour effet de modifier ces modalités de manière que le «capital principal» soit déduit du montant de la seconde hypothèque pour être affecté à la première hypothèque, augmentant d'autant celle-ci. La Société centrale d'hypothèques et de logement (SCHL) était censée autoriser le versement d'acomptes, mais les contrats ne précisaien pas de quelle manière, pas plus qu'ils n'indiquaient les dépenses auxquelles les acomptes devaient être imputés. Quelque temps après, SHO et SLO ont conclu un accord dans lequel SHO, en sa qualité de mandataire de SLO, s'est engagée à garantir et à protéger le droit de cette dernière sur le «capital principal»; Edstan n'était pas partie à l'accord.

Les travaux ont commencé bien avant l'enregistrement des engagements financiers, mais un manque de fonds a provoqué l'abandon du projet peu après le versement du premier acompte. SHO a d'abord déduit le «capital principal» afférent aux terrains en question et a payé SLO avant de remettre le restant à Edstan. Le second acompte (postérieur à l'abandon du projet) a été versé intégralement à SHO. Le dépôt des douze revendications de privilège et la signification des deux avis ont également fait suite à l'abandon du projet par Edstan. SHO a vendu le bien-fonds en vertu de son pouvoir de vendre et, conformément à un accord intervenu à cet effet, a gardé le produit en attendant l'issue des procédures. Les questions en litige sont de savoir (1) si SLO est un propriétaire au sens de la Loi, (2) si le projet constitue un «ouvrage public» de sorte que Sa Majesté ou un de ses organismes intéressés avait droit à un avis de toute revendication de privilège, (3) si les titulaires d'un privilège valide avaient droit au paiement intégral ou seulement au montant de la retenue prévue par la Loi et (4) quelles sont les conséquences et la nature juridiques des versements effectués par SHO à même les fonds avancés en vertu de la première hypothèque.

Held: The appeal of Ken Gordon Excavating Limited should be allowed and the appeal of Ontario Housing Corporation should be dismissed.

Ontario Housing Corporation fell within the Act's definition of owner under s. 1(1)(d). The arrangements between E and OHC and the similarity of that relationship to other cases where the Court found statutory "ownership" amply justified this finding.

The ten lien claimants cannot rely on the registered liens for a claim against the interest of OHC since this building project was a "public work" as defined in s. 1(1)(da). Notice to the Crown agency or ministry of government concerned was explicitly required by the statute and was an elementary and essential requirement to create and preserve the lien. The absence of notice was a breach of statute without judicial remedy. The two lien holders who did deliver notice, however, had valid and enforceable liens against OHC for the absence of an affidavit was a defect curable by s. 18.

The two lien claimants were entitled to the total claimed, and whether or not the claims exceeded the statutory holdback requirements of s. 11(7) was not determinative. Section 5(2), as enacted in 1975, did not limit persons claiming liens against a public work to the holdback provision of subss. 11(7) and (9), but rather invoked the whole of s. 11, including s. 11(6). If the amounts in question remaining in possession, or which should have remained in possession of the owners, exceeded the amount of the liens advanced in compliance with s. 21a, the lien claimants are entitled to payment in full.

The payments made by OMC to OHC were advances made under a building mortgage pursuant to the contractual direction of the mortgagor. These advances, made in the face of validly registered liens, were available to retire the claims of the lien claimants. E had been obligated to buy the lots from OHC and to pay for the combined land costs (capital cost plus capital profit). No document executed by OHC and E annulled this obligation. OHC had the right under the agreement to receive a mortgage from E in part payment of the price and to receive the balance in cash from E who, in turn, was entitled to raise that cash by way of an enlarged first mortgage from OMC. The agreement between OMC and OHC could not construct or reconstruct a transaction binding on E—E was not a party to this

Arrêt: Le pourvoi de Ken Gordon Excavating Limited est accueilli et le pourvoi de la Société de logement de l'Ontario est rejeté.

La Société de logement de l'Ontario est un propriétaire au sens de la définition donnée par l'al. 1(1)d) de la Loi. Le contrat intervenu entre Edstan et SLO et la ressemblance des rapports entre eux avec ceux qui existent dans d'autres affaires où la Cour a jugé opportun d'appliquer la définition légale de «propriétaire» suffisent largement pour confirmer le bien-fondé d'une conclusion dans ce sens.

Les dix créanciers qui n'ont pas donné d'avis ne peuvent se fonder sur l'enregistrement pour revendiquer un privilège sur le droit de SLO, puisque le projet de construction en cause constitue un «ouvrage public» défini à l'al. 1(1)da). La Loi exige expressément qu'un avis soit donné à l'organisme de Sa Majesté ou au ministère concerné, cet avis étant une exigence fondamentale pour la création et la conservation du privilège. Le défaut d'avis enfreint la Loi sans que les tribunaux puissent y remédier. Toutefois, les deux créancières qui ont donné un avis détiennent des privilèges valides qu'elles peuvent exercer contre SLO, car l'art. 18 remédie à l'absence d'affidavit.

Les deux créancières en question ont droit au plein montant revendiqué et il est sans intérêt que ce montant dépasse ou non celui de la retenue prévue au par. 11(7). Le paragraphe 5(2), tel qu'il a été adopté en 1975, n'oblige pas les personnes qui revendiquent des privilégiés grevant un ouvrage public à se fonder uniquement sur les par. 11(7) et (9) relatifs aux retenues, mais leur permet d'invoquer l'ensemble de l'art. 11, y compris son par. (6). Si les montants en question qui restent ou qui auraient dû rester en la possession des propriétaires dépassent le montant des privilèges revendiqués conformément à l'al. 21a, les créanciers privilégiés ont droit au paiement intégral.

Les versements effectués par SHO à SLO étaient des avances hypothécaires faites conformément à une directive contractuelle de la débitrice hypothécaire. Puisqu'il y avait des privilèges validement enregistrés au moment des avances, on pouvait puiser dans ces montants pour désintéresser les créanciers privilégiés. Edstan était obligée d'acheter les terrains à SLO moyennant paiement à celle-ci d'une somme composée de son coût en capital et de son profit en capital. Aucun document signé par SLO et Edstan n'a annulé cette obligation. Aux termes du contrat, SLO pouvait recevoir, en paiement partiel du prix d'achat, une hypothèque consentie par Edstan et le solde en espèces, montant que le contrat autorisait Edstan à réunir à cette fin en augmentant le montant de la première hypothèque accordée à SHO. L'accord

contract—which would deprive E of its right to receive the cash from the mortgagee on the first mortgage in order to retire the obligation to OHC as the vendor under the basic agreement. The documentation fell hopelessly short of that required to establish the transaction as the sale of an unregistered inchoate mortgage interest which, by the design of its principal actors, was never to come into existence.

Phoenix Assurance Co. v. Bird Construction Co., [1984] 2 S.C.R. 199; *Northern Electric Co. v. Manufacturers Life Insurance Co.*, [1977] 2 S.C.R. 762; *Hamilton (City of) v. Cipriani*, [1977] 1 S.C.R. 169; *Smith & Sons Ltd. v. May* (1923), 54 O.L.R. 21; *Dorbern Investments Ltd. v. Provincial Bank of Canada*, [1981] 1 S.C.R. 459, referred to.

Macklem and Bristow, *Mechanics' Liens in Canada* (4th ed. 1978), referred to.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 133 D.L.R. (3d) 114, 36 O.R. (2d) 130, allowing an appeal by Ken Gordon Excavating Limited (in its individual capacity) and dismissing an appeal by Ken Gordon Excavating Limited (in its representative capacity) from a judgment of the Divisional Court varying a judgment of Doyle J. Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 133 D.L.R. (3d) 114, 36 O.R. (2d) 130, dismissing an appeal by Ontario Housing Corporation from a judgment of the Divisional Court varying a judgment of Doyle J. Appeal dismissed.

Paul Leamen and Renée-Marie Barrette, for Ken Gordon Excavating Limited (in its representative capacity).

Tom Marshall, Q.C., and *Leith Hunter*, for Ontario Housing Corporation.

John Tavel, Q.C., and *Robert Steinberg*, for Ontario Mortgage Corporation.

Peter J. Bishop, for Ken Gordon Excavating Limited (in its individual capacity).

intervenu entre SHO et SLO ne peut jouer de manière à porter atteinte au droit d'Edstan, qui n'y est pas partie, de recevoir de sa créancière hypothécaire, en vertu de la première hypothèque, les fonds destinés à l'acquittement de son obligation envers la venderesse SLO conformément au contrat de base. Les documents en cause sont bien loin de représenter ce qui serait nécessaire pour prouver que l'opération est la vente d'un droit hypothécaire incomplet non enregistré qui, selon les intentions des principaux intéressés, ne devait jamais prendre naissance.

Jurisprudence: *Phoenix Assurance Co. c. Bird Construction Co.*, [1984] 2 R.C.S. 199; *Northern Electric Co. c. La compagnie d'assurance-vie Manufacturers*, [1977] 2 R.C.S. 762; *Hamilton (Municipalité de) c. Cipriani*, [1977] 1 R.C.S. 169; *Smith & Sons Ltd. v. May* (1923), 54 O.L.R. 21; *Dorbern Investments Ltd. c. La Banque Provinciale du Canada*, [1981] 1 R.C.S. 459.

Doctrine: Macklem and Bristow, *Mechanics' Liens in Canada* (4^e éd. 1978).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 133 D.L.R. (3d) 114, 36 O.R. (2d) 130, accueillant un appel interjeté par Ken Gordon Excavating Limited (en son propre nom) et rejetant un appel interjeté par Ken Gordon Excavating Limited (en sa qualité de représentante) contre un jugement de la Cour divisionnaire, qui avait modifié une décision du juge Doyle. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 133 D.L.R. (3d) 114, 36 O.R. (2d) 130, rejetant un appel interjeté par la Société de logement de l'Ontario contre un jugement de la Cour divisionnaire, qui avait modifié une décision du juge Doyle. Pourvoi rejeté.

Paul Leamen et Renée-Marie Barrette, pour Ken Gordon Excavating Limited (en sa qualité de représentante).

Tom Marshall, c.r., et *Leith Hunter*, pour la Société de logement de l'Ontario.

John Tavel, c.r., et *Robert Steinberg*, pour la Société d'hypothèques de l'Ontario.

Peter J. Bishop, pour Ken Gordon Excavating Limited (en son propre nom).

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—This appeal concerns the validity of a group of lien claims filed by suppliers against a project undertaken by the Ontario Housing Corporation, a Crown corporation, (herein referred to as "OHC") in association with a builder, now bankrupt, and the Ontario Mortgage Corporation, another Crown corporation, (herein referred to as "OMC"). The facts are rather complex, and while in the final analysis are not determinative of the legal issues, they are essential to an understanding of the legal problem and the isolation of the solutions. The defunct builder, Edstan Construction Limited (herein referred to as "E"), plays no part in these proceedings except that the personal judgment rendered against E remains outstanding, not having been appealed, and is in the amount of \$136,319.10.

The lien claims fall into two groups:

- (a) Two lien claimants, S. Henry & Sons Limited and Ken Gordon Excavating Limited, filed notices on the two Crown agencies, OHC and OMC, in addition to filing their claim for lien in the Registry Office in the ordinary manner prescribed by *The Mechanics' Lien Act, infra*. The amount of these lien claims totals \$54,900.01;
- (b) The remaining ten lien claimants registered their liens against the lands of E in the usual way pursuant to *The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267*, as amended by 1975 (Ont.), c. 43 (the "Act"), but did not give the notice required by that Act where the project in question is "a public work" as defined by s. 1(1)(da) of the Act. (The 1980 revision (R.S.O. 1980, c. 261) incorporates the 1975 amendments with new numbers. All references herein will be to the numbers as they were prior to 1980.) The total amount of the ten lien claims is \$81,419.09.

The project concerns a small subdivision in the Ottawa region owned by OHC. Under the plan, as

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Ce pourvoi porte sur la validité d'un ensemble de revendications de privilège que des fournisseurs ont déposées à l'égard d'un projet mis en oeuvre par la Société de logement de l'Ontario, une société d'État (ci-après appelée «SLO»), de concert avec un constructeur maintenant failli et la Société d'hypothèques de l'Ontario, une autre société d'État (ci-après appelée «SHO»). Les faits sont assez complexes et, même si en définitive ils ne sont pas déterminants sur le plan des questions de droit, ils sont essentiels pour comprendre le problème juridique en présence et dégager des solutions. Le constructeur failli, Edstan Construction Limited (ci-après appelée «Edstan»), ne participe pas à ces procédures, sauf que le jugement personnel de 136 319,10 \$ rendu contre lui n'a pas été porté en appel et demeure exécutoire.

Les revendications de privilège se divisent en deux catégories:

- a) Deux créancières privilégiées, S. Henry & Sons Limited et Ken Gordon Excavating Limited, ont signifié des avis aux deux sociétés d'État, SLO et SHO, en plus de déposer leurs revendications de privilège au bureau d'enregistrement de la manière habituelle prescrite par *The Mechanics' Lien Act, infra*. Le montant total de ces revendications s'élève à 54 900,01 \$.
- b) Les dix autres créanciers privilégiés ont enregistré leurs priviléges grevant les biens-fonds d'Edstan de la façon habituelle conformément à *The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, chap. 267*, modifiée par 1975 (Ont.), chap. 43 (la «Loi»). Ils n'ont toutefois pas donné l'avis exigé par cette loi dans le cas d'un [TRADUCTION] «ouvrage public» au sens de l'al. 1(1)da) de la Loi. (Les modifications apportées en 1975 sont reprises dans R.S.O. 1980, chap. 261; seule la numérotation a changé. Dans les présents motifs, nous gardons l'ancienne numérotation.) Le montant total de ces dix revendications de privilège s'élève à 81 419,09 \$.

Le projet concerne un petit lotissement appartenant à SLO et situé dans la région d'Ottawa. Selon

embodied in an agreement dated May 5, 1977, E would purchase the twenty-five lots from OHC by paying therefor by a second mortgage to OHC securing the total price of the lands. This price amounted to \$670,500 and was made up of (a) the sum referred to as the "primary principal" of \$350,930 which was the cost to OHC of acquiring and developing the land; and, (b) the sum referred to as the "remainder principal" of \$319,570, the difference between the costs in (a) above and the agreed market value of the land. This mortgage was to become a second mortgage and called for no interest payments by E. The ultimate purchasers of the houses were required to pay the "remainder principal" without interest by a lump sum payment on the expiry of the mortgage, some thirty-three years hence. The "primary principal" was repayable with interest on an amortized basis over the life of this second mortgage.

By a further provision in the agreement between E and OHC, E was to arrange a first mortgage with OMC, or some other lender approved by OHC, for an amount not less than 95 per cent of the maximum selling prices of the houses themselves as stipulated in the agreement which was \$625,740. The mortgage therefore was to amount to not less than \$594,453. Thus the total sale price for all lots and houses when constructed was:

Sale price of houses per agreement—	\$ 625,740
Total land value—	670,500
Total	<u>\$1,296,240</u>

On August 9, 1977, OMC gave to E a mortgage commitment of \$931,001.84 which was much in excess of the minimum specified in the agreement.

On August 22, 1977, after some correspondence between the parties, the agreement between OHC and E was amended so as to provide for the transfer from the second mortgage, to be granted by E to OHC, of the "primary principal" to the first mortgage by increasing the amount of the

le plan contenu dans un contrat en date du 5 mai 1977, Edstan devait acheter les vingt-cinq terrains à SLO en consentant à cette dernière une seconde hypothèque en garantie du prix total de ces biens-fonds. Ce prix était de 670 500 \$ et comprenait a) le montant désigné comme le «capital principal», soit la somme de 350 930 \$ représentant ce qu'il en a coûté à SLO pour acquérir et aménager le bien-fonds, et b) le montant désigné comme le «capital restant», soit la somme de 319 570 \$ représentant la différence entre les coûts mentionnés en a) et la valeur marchande convenue du bien-fonds. Cette hypothèque, qui devait devenir une hypothèque de second rang, n'exigeait aucun paiement d'intérêts de la part d'Edstan. À l'expiration de l'hypothèque, au bout d'environ trente-trois ans, les derniers acquéreurs seraient tenus de payer le «capital restant» en un versement unique sans intérêts. Quant au «capital principal», il devait être remboursé avec intérêts au moyen de versements échelonnés sur la durée de la seconde hypothèque.

De plus, en vertu du contrat intervenu entre Edstan et SLO, Edstan devait consentir à SHO ou à un autre prêteur approuvé par SLO, une première hypothèque dont le montant devrait représenter au moins 95 pour 100 du prix de vente maximal des maisons elles-mêmes, soit 625 740 \$, tel que stipulé dans le contrat. Le montant de l'hypothèque devrait donc s'élever à au moins 594 453 \$. Ainsi, le prix de vente total de l'ensemble des terrains et des maisons qui y seraient construites était le suivant:

Prix de vente des maisons selon le contrat—	625 740 \$
Valeur totale des biens-fonds—	670 500 \$
Total	<u>1 296 240 \$</u>

Le 9 août 1977, SHO a consenti à Edstan un prêt hypothécaire de 931 001,84 \$, ce qui dépassait largement le montant minimum spécifié dans le contrat.

Le 22 août 1977, à la suite d'un échange de correspondance entre les parties, le contrat entre SLO et Edstan a été modifié de manière à ce que le «capital principal» soit garanti non plus par la seconde hypothèque qu'Edstan devait consentir à SLO, mais par la première hypothèque dont le

first mortgage accordingly. The agreement there-upon provided that:

... an amount equal to the primary principal sum for that parcel shall be deducted from the advances to the Builder on the first mortgage and paid to O.H.C.

OHC perhaps thereby intended to "sell" its second mortgage interest, represented by the "primary principal", to OMC, but the legal mechanics adopted did not implement any such intent. As a result, the OMC mortgage now extended beyond construction financing and included the "primary principal", being part of the land costs payable by E to OHC, in the amount of \$350,930, and OHC held a second mortgage for the balance of the land costs payable under the agreement by E to OHC. The effect of the alteration to the agreement of May made in August was to accelerate the payment of the "primary principal" to OHC who would now receive it as cash on closing from E, or as later paid out by OMC on the direction of E, the mortgagor, from the principal secured under the OMC first mortgage.

The transaction became further complicated by two mortgage commitments issued by OMC in favour of E. The first commitment, issued on August 9, 1977, provided for a first mortgage of \$931,001.84 which, as already observed, appears to be about \$300,000 higher than the 95 per cent of construction cost specified in the basic agreement as the minimum first mortgage. This commitment was amended on August 22, 1977 so as to provide for the transfer of the "primary principal" from the second mortgage to the first mortgage, the avowed purpose being to consolidate in one mortgage all payments which bore interest and which called for repayment on a progressive basis during the term of the mortgage.

The plan established by the mortgage commitment was for progress draws to be advanced by OMC from time to time "as authorized by Central Mortgage and Housing Corporation" ("CMHC").

montant serait augmenté en conséquence. Le contrat ainsi modifié portait:

[TRADUCTION] ... un montant égal à celui du capital principal payé pour ce bien-fonds sera déduit des avances consenties au constructeur en vertu de la première hypothèque et versé à SLO ...

SLO a peut-être voulu par là «vendre» à SHO son droit hypothécaire de second rang, représenté par le «capital principal», mais le mécanisme juridique adopté n'a pas eu pour effet de réaliser une telle intention. Par conséquent, l'hypothèque de SHO portait maintenant non seulement sur le financement de la construction, mais également sur le «capital principal». Ce «capital principal» s'élevait à 350 930 \$ et représentait une partie du coût du bien-fonds qu'Edstan devait payer à SLO. SLO, pour sa part, détenait une seconde hypothèque relativement au solde du coût du bien-fonds payable par Edstan à SLO en vertu du contrat. La modification qu'on a apportée en août au contrat intervenu en mai a eu pour effet d'accélérer le paiement du «capital principal» à SLO qui, désormais, recevrait ce montant en espèces, le paiement devant être effectué soit par Edstan à la conclusion du marché, soit par SHO, sur l'ordre d'Edstan, la débitrice hypothécaire, à même le capital garanti par la première hypothèque consentie à SHO.

L'opération est compliquée davantage par deux engagements hypothécaires contractés par SHO en faveur d'Edstan. Le premier de ces engagements, en date du 9 août 1977, prévoyait une première hypothèque de 931 001,84 \$ qui, comme nous l'avons déjà souligné, semble dépasser d'environ 300 000 \$ le 95 pour 100 du coût de construction fixé dans le contrat de base comme montant minimal de la première hypothèque. Cet engagement a été modifié le 22 août 1977 de manière à ce que le «capital principal» soit garanti non plus par la seconde hypothèque, mais par la première hypothèque, l'objet déclaré étant de consolider en une seule hypothèque tous les paiements qui portaient intérêts et qui devaient être remboursés progressivement pendant la durée de l'hypothèque.

Suivant le plan établi par l'engagement hypothécaire, SHO devait verser, à l'occasion, des acomptes [TRADUCTION] «autorisés par la Société centrale d'hypothèques et de logement» (la «SCHL»).

That Corporation was not a party to any of the mortgage commitments or to the basic agreement or to the amendment of the basic agreement. Significantly, OHC was also not a party to these mortgage commitments and the arrangements therein established. Specifically, there is nothing in any of the documents as to how the progress payments were to be authorized by CMHC or whether they were to include more than advances to be paid to the mortgagor, E, as E incurred costs in constructing the houses. Certainly, OMC was not connected to the "deemed" advances to OHC.

Construction commenced in June or early July 1977 and continued until E abandoned the project on October 7, 1977 when it was estimated that 25 to 30 per cent of the work had been completed.

On September 26, 1977, OHC transferred the twenty-five lots to E, and the first and second mortgages (actually charges) were registered under *The Land Titles Act* in favour of OMC and OHC respectively. After the abandonment of the project, the twelve liens or notices of lien were registered or delivered between October 18 and November 18, 1977.

Advances were made under the first mortgage by OMC to E as follows. On October 6, 1977, OMC advanced a total of \$26,225 to E under the first mortgage. This represented progress payments authorized by CMHC on five lots amounting in all to \$96,100. The amount paid over to E is the remainder, after subtracting from the authorized progress payments the sum of \$69,875 representing the amount of the primary principal with reference to each of these five lots. This deduction of \$69,875 was paid out by OMC to OHC by what appears to have been an intra-departmental cheque dated December 1, 1977. The actual cheque was in the amount of \$69,870, the discrepancy of \$5 being unexplained. I will return to the question of other payments made by OMC to OHC shortly.

La SCHL n'était partie ni aux engagements hypothécaires, ni au contrat de base, ni à la modification de ce dernier. Fait à souligner, SLO n'était pas elle non plus partie à ces engagements hypothécaires ni aux arrangements qui y étaient prévus. Plus précisément, aucun des documents en cause n'indique la façon dont le versement des acomptes devait être autorisé par la SCHL, ni si le montant de ces acomptes devait comprendre plus que les sommes qui devaient être avancées à la débitrice hypothécaire, Edstan, à mesure que celle-ci engageait des dépenses pour la construction des maisons. Chose certaine, SHO n'avait rien à voir avec les avances qu'on est «censé» avoir versées à SLO.

Les travaux de construction ont débuté en juin ou vers le début de juillet 1977 et ils se sont poursuivis jusqu'à ce que Edstan abandonne le projet le 7 octobre 1977. D'après les estimations, les travaux étaient à ce moment-là terminés dans une proportion de 25 pour 100 à 30 pour 100.

Le 26 septembre 1977, SLO a cédé les vingt-cinq terrains à Edstan et les première et seconde hypothèques (en réalité des charges) ont été enregistrées au nom de SHO et SLO respectivement, conformément à *The Land Titles Act*. À la suite de l'abandon du projet, les douze priviléges ou avis de privilège ont été, selon le cas, enregistrés ou signifiés entre le 18 octobre et le 18 novembre 1977.

Passons maintenant à un examen des avances consenties par SHO à Edstan en vertu de la première hypothèque. Le 6 octobre 1977, SHO a avancé à Edstan, en vertu de la première hypothèque, la somme totale de 26 225 \$. Cette somme représentait l'ensemble des acomptes autorisés par la SCHL à l'égard de cinq terrains, soit 96 100 \$, moins la somme de 69 875 \$, c'est-à-dire le montant du capital principal relativement aux cinq terrains en question. Ce montant de 69 875 \$ a été payé à SLO par SHO au moyen de ce qui semble être un chèque intraministériel en date du 1^{er} décembre 1977. Toutefois, le montant de ce chèque était de 69 870 \$ et la différence de 5 \$ demeure inexpliquée. Je reviendrai un peu plus loin sur la question des autres paiements faits par SHO à SLO.

By another cheque dated November 1, 1977, the sum of \$281,060 was likewise paid over by OMC to OHC. Again there appears to be no specific written direction from E authorizing this payment. In any event, it is clear from what little documentation appears in the record that these advances were made by the first mortgagee OMC in response to statements or certificates issued by CMHC, and dated between August 5 and October 4. The actual processing by the mortgagee appears, from these certificates, to have been on October 6 when the net amount above mentioned was, in fact, paid to E. No other moneys were ever paid out by OMC to E, or to anyone else on E's direction. No witness from CMHC appeared to explain whether CMHC authorized construction advances only, as mentioned in the mortgage commitment, or whether CMHC authorized "land cost" advances, or some of each.

The evidence indicates that by September 26, CMHC had authorized advances totalling \$286,585 (including the \$96,100 mentioned above) with respect to twenty-one of the twenty-five lots. Unlike the practice followed in the case of the \$96,100 authorization, no advance was paid to E with respect to these authorizations. Although the figure used in the judgments below was \$286,785, the total of the net advances authorized by CMHC is \$286,585. As there were no total authorized advances presented by witnesses or in the documentary evidence, the origin of this figure is unknown. The evidence indicates that some time later the sum of \$281,060 was paid by OMC to OHC by cheque dated November 1, 1977. (There is no explanation of the discrepancy between the amount of the payment and the amount authorized.) Both of the aforementioned cheques passing between the two mortgagee corporations are drawn on the Royal Bank of Canada and are marked "not negotiable". Presumably, these are the mechanics for the transfer intradepartmentally between these two corporations which are supervised by the same department of the government of the Province of Ontario. In any case, E received none of these moneys nor any moneys released by

De même, au moyen d'un autre chèque daté du 1^{er} novembre 1977, SHO a payé à SLO la somme de 281 060 \$. Là encore, ce paiement ne semble pas avoir fait l'objet d'une autorisation expresse écrite de la part d'Edstan. Quoi qu'il en soit, il ressort clairement du peu de documentation qui figure dans le dossier que la titulaire de la première hypothèque, savoir SHO, a avancé ces sommes à la suite de déclarations ou de certificats émanant de la SCHL et dont la date se situe entre le 5 août et le 4 octobre. D'après ces certificats, la créancière privilégiée semble s'être exécutée le 6 octobre au moment où le montant net susmentionné a effectivement été versé à Edstan. Aucune autre somme n'a jamais été payée par SHO à Edstan ou à quelqu'un d'autre sur l'ordre d'Edstan. Aucun représentant de la SCHL n'a été cité comme témoin pour déposer sur la question de savoir si elle n'a autorisé que des avances relatives à la construction, tel que mentionné dans l'engagement hypothécaire, ou si elle a autorisé des avances relatives au «coût du bien-fonds» ou les deux.

Il ressort de la preuve que, dès le 26 septembre, la SCHL avait autorisé des avances s'élevant au total à 286 585 \$ (y compris les 96 100 \$ susmentionnés) à l'égard de vingt et un des vingt-cinq terrains. Contrairement à la pratique suivie dans le cas de l'autorisation des 96 100 \$, aucune somme n'a été avancée à Edstan en ce qui concerne ces autorisations. Bien que le chiffre utilisé dans les décisions des cours d'instance inférieure soit de 286 785 \$, le total net des avances autorisées par la SCHL est de 286 585 \$. Comme aucun montant total des avances autorisées n'a été soumis ni par les témoins ni dans la preuve documentaire, l'origine de ce chiffre est inconnue. Il ressort de la preuve que quelque temps après, SHO a payé à SLO, par chèque daté du 1^{er} novembre 1977, la somme de 281 060 \$. (On n'a pas fourni d'explication au sujet de l'écart entre le montant versé et le montant autorisé.) Les deux chèques susmentionnés, qui ont passé d'une créancière hypothécaire à l'autre, ont été tirés par SHO sur la Banque Royale du Canada et portent la mention [TRADUCTION] «non négociable». C'est vraisemblablement ainsi que s'effectuent les transferts intraministériels entre ces deux sociétés qui relèvent du même ministère du gouvernement de la province de l'On-

the CMHC authorization, although its total construction expenditures by that time amounted to approximately \$167,448.02.

On October 7, 1977, about the time E received its advance of \$26,225, E, for want of funds, abandoned the project. By that time, E had already entered into agreements of purchase and sale with twenty-five purchasers for these houses.

It is significant to note that between October 18 and November 18, 1977, all twelve liens were registered and notices in addition thereto were delivered by two of the lien claimants. It was after these dates of registration and delivery of notice that both payments, totalling \$350,930, were made by OMC to OHC.

On October 24, 1977, OHC served notice on E that, by reason of its withdrawal from the project, OHC intended, should that default not be rectified within ten days, to enforce its rights under the parties' agreement of May as amended in August. It is significant to note that OMC was not a party to that agreement, and hence was not a party to the notice, and that OHC did not follow through and enforce its default remedies under the agreement.

On December 2, 1977, OMC instituted power of sale proceedings under the first mortgage, alleging default in the payment of moneys due under the mortgage. This process was followed in respect of each lot independently. The amount alleged to be in default appears to be some unexplained part of the principal sum secured by each first mortgage, together with interest for an unspecified period of time, and "emergency winterization costs" plus "costs \$750". Each mortgage contained a clause requiring E, the mortgagor, to complete houses on each lot according to plans approved by OMC. Breach of this term is not specifically alleged in the various notices. The propriety of the sale proceedings, however, is not in issue before this Court in these proceedings. It also must be borne in mind that we are not here concerned with the rights and entitlements of E as against OHC, OMC or

tario. En tout état de cause, bien qu'elle eût jusqu'alors dépensé la somme totale d'environ 167 448,02 \$ pour les travaux de construction, Edstan n'a reçu aucune de ces sommes ni aucune des sommes dont le paiement a été autorisé par la SCHL.

Le 7 octobre 1977, soit vers l'époque où elle a reçu son avance de 26 225 \$, Edstan, à court de fonds, a abandonné le projet. Edstan avait alors déjà signé des promesses de vente avec vingt-cinq acheteurs relativement aux maisons en question.

Il est important de noter qu'entre le 18 octobre et le 18 novembre 1977, chacun des douze privilégiés a été enregistré et qu'en plus de cela deux des créanciers privilégiés ont donné des avis. Ce n'est qu'après l'enregistrement et la signification des avis que SHO a versé à SLO les deux sommes s'élevant au total à 350 930 \$.

Le 24 octobre 1977, SLO a signifié à Edstan son intention d'exercer les droits que lui conférait leur contrat passé en mai et modifié en août, dans le cas où celle-ci ne reviendrait pas sur sa décision de se retirer du projet dans un délai de dix jours. Il importe de noter que SHO, n'étant pas partie à ce contrat, n'a pas été partie à l'avis donné à Edstan et que SLO ne s'est pas prévalu des recours prévus en cas de manquement aux obligations contractuelles.

Le 2 décembre 1977, SHO, alléguant le non-paiement des sommes exigibles aux termes de la première hypothèque, a engagé des procédures en vertu du pouvoir de vendre conféré par cette hypothèque. La même procédure a été suivie à l'égard de chaque terrain. D'après ce qu'on allègue, le montant impayé semble comprendre une partie inexpliquée du capital garanti par chaque première hypothèque, des intérêts pour une période indéterminée, des [TRADUCTION] «coûts d'hivérisation d'urgence» plus [TRADUCTION] «des frais de 750 \$». Chacune des hypothèques contenait une clause exigeant que la débitrice hypothécaire, Edstan, construise une maison sur chaque terrain conformément aux plans approuvés par SHO. La violation de cette condition n'est alléguée expressément dans aucun des différents avis. La légitimité des procédures de vente n'est toutefois pas contes-

anyone else, save as those rights may bear upon the enforcement of the liens in these proceedings.

The crux of E's financial problems is the apparent failure by the authorities in OMC and OHC, and perhaps in E, to define specifically in the agreement, the loan commitments and the mortgages, the mechanics for the payment by E to OHC of the purchase price on closing of the purchase of the lots by E from OHC, and the procedure for the making of the progress advances during construction, under the OMC first mortgage. By the reconstructed plan, E was to pay OHC for the twenty-five lots the same price, namely \$670,500, by way of a second mortgage securing the sum of \$319,570 representing OHC's capital costs in these lands. The balance of \$350,930, theretofore to be payable by E to OHC as part of the second mortgage, was now to be paid by E in cash which was to be received by E from OMC under the first mortgage. The reconstructed plan allowed E and OMC to increase the first mortgage by this sum of \$350,930, and OMC would then presumably advance this money on the direction of E to OHC and thereby OHC would credit E with the payment of the balance of the purchase price of the lots. The documentation of this aspect of the transaction was hopelessly inadequate, and, in fact, when read literally and precisely, the documentation never reaches the problem. As to the advances to be paid to E under the first mortgage, CMHC, which was not a party to any agreement or documentation but was simply named in the mortgage commitments, was apparently not instructed as to how to authorize the payment on behalf of E of the \$350,930 to OHC out of the OMC mortgage proceeds. Consequently, CMHC simply authorized advances as construction proceeded without any reference to the primary principal or land costs which had been transferred to the first mortgage and, of course, without any reference to the payee of such advances. The form delivered by CMHC appears to be directed to the authorization of progress payments as work proceeded. Consequently, when OMC, presumably

tée en cette Cour. Il faut également se rappeler qu'il n'est question ici des droits qu'Edstan peut faire valoir contre SLO, SHO ou n'importe quelle autre personne que dans la mesure où ces droits peuvent avoir une incidence sur l'exercice des priviléges présentement en cause.

Les problèmes financiers éprouvés par Edstan découlent essentiellement du défaut manifeste des responsables de SHO et de SLO, et peut-être d'Edstan, de préciser dans le contrat la nature des hypothèques et des engagements de prêt, les modalités du paiement par Edstan à SLO du prix d'achat des terrains et le mode de paiement au cours des travaux des acomptes à valoir sur le montant de la première hypothèque consentie à SHO. Selon le plan modifié, Edstan était tenue de payer à SLO le même prix pour les vingt-cinq terrains, savoir 670 500 \$; à cette fin, elle devait consentir au vendeur, SLO, une seconde hypothèque en garantie de la somme de 319 570 \$ représentant les dépenses en capital engagées par SLO à l'égard de ces terrains. Quant au solde de 350 930 \$ jusqu'alors payable par Edstan à SLO en vertu de la seconde hypothèque, il devait maintenant être payé par Edstan en espèces, au moyen des fonds qu'elle recevrait de SHO en vertu de la première hypothèque. Le plan modifié a permis à Edstan et à SHO d'augmenter de cette somme de 350 930 \$ la première hypothèque et, selon toute vraisemblance, SHO allait alors, sur l'ordre d'Edstan, avancer ces fonds à SLO et cette dernière porterait ainsi au crédit d'Edstan le paiement du solde du prix d'achat des terrains. La documentation portant sur cet aspect de l'opération est nettement insuffisante et, en fait, si on l'interprète de manière précise et littérale, elle ne touche aucunement le problème. Pour ce qui est des avances à verser à Edstan en vertu de la première hypothèque, la SCHL, qui n'est partie à aucun contrat ni à aucun document, mais a simplement été mentionnée dans les engagements hypothécaires, n'a apparemment pas reçu de directive sur la façon d'autoriser le paiement à SLO, pour le compte d'Edstan, des 350 930 \$ à même les fonds prêtés en vertu de l'hypothèque de SHO. Par conséquent, la SCHL a simplement autorisé des avances au fur et à mesure que les travaux de construction étaient exécutés, sans tenir compte du capital principal ni

purporting to act under the terms of the revised mortgage commitment, directed the payments to OHC, they did so without reference to any authorization by CMHC relating to the payment of the primary principal or land costs by E to OHC under the revised plan. Why OMC divided one payment of the mortgage proceeds so authorized by CMHC between E and OHC, but not the other payment, is unexplained in the record. Why CMHC did not authorize advances for construction expenditures over and above "land costs payable to OHC" is likewise unexplained.

du coût du bien-fonds qui étaient maintenant garantis par la première hypothèque et, évidemment, sans tenir compte non plus du bénéficiaire de ces avances. La formule délivrée par la SCHL semble viser à autoriser le versement d'acomptes au fur et à mesure que les travaux sont exécutés. Donc, quand SHO, agissant apparemment en vertu de l'engagement hypothécaire modifié, a ordonné que les paiements soient faits à SLO, elle l'a fait indépendamment de toute autorisation de la SCHL relativement au paiement du capital principal ou du coût du bien-fonds que devait faire Edstan à SLO conformément au plan modifié. Le dossier n'explique pas pourquoi SHO a partagé entre Edstan et SLO un des paiements hypothécaires autorisés par la SCHL, mais non pas l'autre. De plus, le dossier n'explique pas pourquoi la SCHL n'a pas autorisé d'avances au titre des dépenses de construction en sus du [TRADUCTION] «coût du bien-fonds payable à SLO».

Before closing out this examination of these complex facts, it should be stated that, under the plan, both original and as finally adopted, E was authorized to place against these lands two mortgages. The revised plan did not vary the total of the first and second mortgages, but simply the allocation as between the mortgagees of the principal sum to be so secured, namely \$1,264,953. The sale price to the ultimate home buyer under the contract between OHC and E, including both land and buildings, totalled \$1,296,240. The difference of \$31,287 between the authorized sale price and the mortgage debt represents the total cash contribution to the plan of the ultimate purchasers of these houses. Presumably, E's profit in the transaction was to have been the total of this sum of \$31,287 plus the excess, if any, of the proceeds of the first mortgage over the construction costs incurred by E in building these houses. Such was the plan. The result, of course, was financial disaster for E because of the mechanics adopted under inadequate documentation by OHC and OMC which resulted in E being required to complete a large part of the house construction before receiving reimbursement for its costs. E's bank credit

Avant de terminer notre examen de ces faits complexes, soulignons que le plan, dans sa forme initiale et dans sa forme modifiée, autorisait Edstan à grever le bien-fonds de deux hypothèques. Le montant total des première et seconde hypothèques est resté inchangé, les modifications ne touchant que la répartition entre les créanciers hypothécaires du capital de 1 264 953 \$ qui devait être ainsi garanti. Aux termes du contrat intervenu entre SLO et Edstan, les terrains et les bâtiments seraient vendus aux derniers acquéreurs à un prix total de 1 296 240 \$. L'écart de 31 287 \$ entre le prix de vente autorisé et la dette hypothécaire représente le montant total de la contribution en espèces des derniers acquéreurs des maisons. Il y a tout lieu de croire que le profit d'Edstan dans cette opération devait consister en cette somme de 31 287 \$ plus l'excédent, s'il y a lieu, entre le montant de la première hypothèque et les dépenses engagées par celle-ci pour la construction des maisons. Tel était le plan. Il va toutefois sans dire que les conséquences financières ont été désastreuses pour Edstan en raison des mécanismes adoptés par SLO et SHO en vertu de données insuffisantes, ce qui a eu pour effet d'imposer à Edstan l'obligation d'achever en grande partie les travaux de construction des maisons avant que ses dépenses ne lui soient remboursées. Or, il appert que le crédit

and working capital apparently were insufficient to the task.

On December 2, sale proceedings were commenced by OMC purporting to act under the first mortgage. By agreement of all parties, the \$425,000 received on the sale of these lands and premises is held by OMC pending the outcome of these proceedings.

There are many issues, principal and subsidiary, to be settled: first, is OHC an "owner" as defined in the Act? The word has a special meaning in the statute. It is not confined to the common law concept of ownership. Section 1(1)(d) provides:

1.—(1) . . .

(d) "owner" includes any person and corporation, including a municipal corporation and a railway company, having any estate or interest in the land upon which or in respect of which work is done or materials are placed or furnished, at whose request, and

- (i) upon whose credit, or
- (ii) on whose behalf, or
- (iii) with whose privity or consent, or
- (iv) for whose direct benefit,

work is done or materials are placed or furnished and all persons claiming under him or it whose rights are acquired after the work in respect of which the lien is claimed is commenced or the materials placed or furnished have been commenced to be placed or furnished;

This definition and its significance in the statutory pattern is reviewed at length in the recent decision of this Court in *Phoenix Assurance Co. v. Bird Construction Co.*, issued on September 17, 1984 and now reported at [1984] 2 S.C.R. 199. The discussion of the concept of "owner" in the Act need not be repeated here. The three courts below found that OHC, the Crown corporation, falls within the definition of "owner" under the Act. A short reference to the arrangements between E and OHC is all that is required to find ample justification for this finding. The basic agreement between

bancaire et le fonds de roulement d'Edstan ne suffisaient pas à la tâche.

Le 2 décembre, SHO, prétendant agir en vertu de la première hypothèque, a engagé des procédures de vente. Avec l'assentiment de toutes les parties, les 425 000 \$ provenant de la vente des terrains et des bâtiments sont détenus par SHO en attendant l'issue de la présente instance.

Les questions en litige, tant principales qu'accessoires, sont nombreuses. La première question qui se pose est de savoir si SLO est un «propriétaire» au sens de la Loi. Ce mot a un sens spécial dans la Loi et sa portée dépasse celle de la notion de propriété en *common law*. L'alinéa 1(1)d) est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] **1.—(1) . . .**

d) «propriétaire» désigne toute personne physique ou morale, y compris une municipalité et une compagnie de chemin de fer, ayant un droit de tenure ou un autre droit sur le bien-fonds sur lequel ou à l'égard duquel des travaux sont exécutés ou des matériaux placés ou fournis, à sa demande et

- (i) sur la foi de son crédit,
- (ii) en son nom,
- (iii) à sa connaissance ou avec son consentement, ou
- (iv) à son profit personnel,

des travaux sont exécutés ou des matériaux placés ou fournis et toutes les personnes qui revendiquent comme ses ayants droit, dont les droits ont été acquis après le commencement des travaux ou de la mise en place ou de la fourniture des matériaux qui font l'objet d'une revendication de privilège;

Cette définition et son importance dans le contexte de la Loi fait l'objet d'une étude approfondie dans l'arrêt récent de cette Cour *Phoenix Assurance Co. c. Bird Construction Co.* Cet arrêt a été rendu le 17 septembre 1984 et est maintenant publié à [1984] 2 R.C.S. 199. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de reprendre l'examen du concept de «propriétaire» que l'on trouve dans la Loi. Les trois cours d'instance inférieure ont conclu que la définition de «propriétaire» que donne la Loi s'applique à la société d'État SLO. Un bref examen des arrangements intervenus entre Edstan et SLO suffit largement pour confirmer le bien-fondé de

OHC and E provided:

- (a) for the maximum selling price for which E may sell these houses;
- (b) for the construction of these houses according to models, plans and specifications as approved by OHC;
- (c) that the distribution of models throughout the twenty-five lots shall be as approved by the architect of OHC;
- (d) no change in the plans may be effected without specific waiver by OHC;
- (e) OHC reserves the right to include in any conveyance to E any of the terms and conditions of the basic agreement with E;
- (f) E may sell such houses when completed only to purchasers approved by OHC, and OHC has the "unqualified right" to determine the method of selection of the purchasers and the advertising of the houses for sale;
- (g) OHC may at any time elect to purchase any or all of the completed houses for the contract specified sale price;
- (h) all sales contracts between E and the purchasers shall be in the form of agreement prescribed by OHC;
- (i) in the event of default of any clause in the basic agreement, OHC has the right to enter upon the lands in question for the purpose of remedying the default and charging any expense associated therewith to E;
- (j) OHC has the right to enter upon these lands at any time for a period of three years in order to inspect and repair grading, drainage, etc.

It is clear that OHC, as a Crown corporation, can qualify as an owner under the Act (s. 1(1)(d)). OHC has an interest or estate in these lands. By its arrangements and relationship with E, OHC has a very extensive interest, in the broader sense

cette conclusion. Le contrat de base conclu par SLO et Edstan:

- a) fixe le prix maximal auquel Edstan peut vendre les maisons;
- b) prévoit la construction des maisons conformément aux modèles et aux plans et devis approuvés par SLO;
- c) exige que la répartition des différents modèles sur les vingt-cinq terrains soit approuvée par l'architecte de SLO;
- d) interdit toute modification des plans en l'absence d'une renonciation expresse de la part de SLO;
- e) prévoit que, dans le cas d'un transfert à Edstan, SLO se réserve le droit d'inclure dans l'acte translatif de propriété les modalités de son contrat de base avec Edstan;
- f) prévoit qu'Edstan ne peut vendre les maisons, une fois achevées, qu'aux acquéreurs approuvés par SLO, et que SLO a le [TRADUCTION] «droit absolu» de déterminer le mode de sélection des acquéreurs et le genre de publicité qui sera faite pour vendre les maisons;
- g) prévoit que SLO peut choisir, en tout temps, d'acheter, au prix de vente fixé dans le contrat, la totalité ou une partie des maisons achevées;
- h) exige que tous les contrats de vente entre Edstan et les acquéreurs revêtent la forme prescrite par SLO;
- i) prévoit qu'en cas de violation d'une clause quelconque du contrat de base, SLO a le droit de se rendre sur les biens-fonds en question afin de remédier à cette violation, les dépenses ainsi entraînées pouvant être mises sur le compte d'Edstan;
- j) reconnaît à SLO le droit de se rendre en tout temps sur ces biens-fonds pendant une période de trois ans, afin de vérifier le nivellement, le drainage, etc. et afin d'effectuer les réparations nécessaires.

Il est évident que SLO, en sa qualité de société d'État, peut être un propriétaire au sens de l'al. 1(1)d) de la Loi. SLO a un droit de tenure ou un autre droit sur les biens-fonds en question. De ses arrangements et ses rapports avec Edstan, SLO

of the word, but over and above all these considerations is the similarity of the relationship between OHC and E to those relationships examined by this Court in *Northern Electric Co. v. Manufacturers Life Insurance Co.*, [1977] 2 S.C.R. 762, *Hamilton (City of) v. Cipriani*, [1977] 1 S.C.R. 169, and *Phoenix, supra*. In each case the entrepreneur of the project, though with varying final positions or interests, was found to be an owner under the Act. OHC, on these authorities, clearly falls within the statutory definition of an owner, and in this, I am in respectful agreement with all the others below. The conclusion expressed by Rutherford J. on this point summarizes the position taken by all the courts below:

In light of the facts in the instant case, however, I do not think Ontario Housing can be heard to deny that its involvement in the Borden Farm project was sufficient to constitute it an "owner". Both before and after September 26, 1977, Ontario Housing had intimate knowledge of the project and took an active role in its progress. It directed Edstan as to what work was to be done and as to the specifications it was to meet. Moreover, the work was done on behalf of Ontario Housing in the sense that it was Ontario Housing's mandate to provide residential accommodation of the variety Edstan contracted to build. It can also be said that the work was performed and the materials were furnished with the consent of Ontario Housing and for its direct benefit. For these reasons, I find myself in complete agreement with Judge Doyle's finding that Ontario Housing was an "owner" within the meaning of s. 1(1)(d) of the Act.

I turn now to the issue as to whether or not this building enterprise is a "public work" as defined in s. 1(1)(da):

1.—(1) . . .

(da) "public work" means the property of the Crown and includes land in which the Crown has an estate or interest, and also includes all works and properties acquired, constructed, extended, enlarged, repaired, equipped or improved at the expense of the Crown, or for the acquisition, construction, repairing, equipping, extending, enlarging or improving of which any public money is appropriat-

possède un droit très étendu, au sens le plus large de ce mot. Mais, au delà de tous ces facteurs, il y a la similitude des rapports entre SLO et Edstan avec ceux examinés par cette Cour dans les arrêts *Northern Electric Co. c. Compagnie d'assurance-vie Manufacturers*, [1977] 2 R.C.S. 762, *Hamilton (Municipalité de) c. Cipriani*, [1977] 1 R.C.S. 169, et *Phoenix*, précité. Dans chacun de ces arrêts, la Cour a conclu que l'entrepreneur du projet, peu importe sa situation ou ses droits en fin de compte, était un propriétaire au sens de la Loi. Suivant cette jurisprudence, il ne fait pas de doute que SLO est visée par la définition légale de propriétaire et, à cet égard, je partage respectueusement l'avis exprimé par toutes les cours d'instance inférieure. La conclusion énoncée à ce propos par le juge Rutherford résume le point de vue adopté par toutes ces cours d'instance inférieure:

[TRADUCTION] Compte tenu des faits de la présente espèce, toutefois, j'estime que la Société de logement de l'Ontario ne peut nier que sa participation au projet Borden Farm suffisait pour lui conférer la qualité de «propriétaire». Avant tout comme après le 26 septembre 1977, la Société de logement de l'Ontario avait une connaissance approfondie du projet et a contribué activement à sa réalisation. Elle a donné des directives à Edstan quant aux travaux à exécuter et aux devis auxquels il fallait se conformer. De plus, les travaux ont été exécutés au nom de la Société de logement en ce sens que celle-ci avait pour mandat de fournir des habitations du type qu'Edstan s'est engagée à construire. On peut également affirmer que les travaux ont été exécutés et les matériaux fournis avec le consentement de la Société de logement et à son profit personnel. Pour ces motifs, je souscris entièrement à la conclusion du juge Doyle que la Société de logement de l'Ontario est un «propriétaire» au sens de l'al. 1(1)d) de la Loi.

Passons maintenant à la question de savoir si le projet de construction en cause constitue un «ouvrage public» au sens de l'al. 1(1)da):

[TRADUCTION] 1.—(1) . . .

da) «ouvrage public» s'entend d'un bien de Sa Majesté et comprend un bien-fonds sur lequel Sa Majesté a un droit de tenure ou un autre droit, ainsi que de tous les ouvrages et biens acquis, construits, étendus, agrandis, réparés, équipés ou améliorés aux frais de Sa Majesté, ou pour l'acquisition, la construction, la réparation, l'équipement, l'extension, l'agrandissement ou l'amélioration desquels il y a

ed by the Legislature, but not any work for which money is appropriated as a subsidy only.

The statute was amended in 1975 (1975 (Ont.), c. 43) by the introduction of the concept of rights analogous to lien rights against Crown property. By these amendments, the Act was extended to include Crown agencies, and the definition of "owner" was extended to include the Crown. Section 5 was amended by establishing in subs. (2) a procedure comparable to the lien process where the supplier of materials or services has done so with reference to municipal property or a public work. Complementary provisions were added later in the Act detailing the process of giving notice to the Crown agency or department of government in place of the registration of a lien required with respect to all other property.

OHC is admittedly an agent of the Crown, and admittedly OHC "has an estate or interest" in these lands. All the courts below found this project to come within the definition of a "public work", and I respectfully agree. As Houlden J.A., speaking for the Court of Appeal, did, I refrain from expressing an opinion as to whether, by the simple process of a Crown agency holding a mortgage against land, any work undertaken on that land, without more, becomes a "public work" within the statute. It is unnecessary here to make that decision.

The learned trial judge decided that although the project was a public work, the ten claimants, by registering their lien claims, held valid liens against OHC, notwithstanding the failure to comply with then s. 21a, that is, the failure to give notice in writing to OHC. With respect, I must join the Court of Appeal in reversing this conclusion. The ten claimants who did not give the notice have no claim under the Act against the interest of OHC because their failure to give such notice is not cured by the registration of the lien claim, nor can reliance be placed in such circumstances upon

affectation de deniers publics par la Législature; est toutefois exclu tout ouvrage pour lequel des crédits sont affectés uniquement à titre de subvention.

En 1975, la Loi a été modifiée (1975 (Ont.), chap. 43) de manière à y introduire des droits analogues à des priviléges, qui grèveraient les biens de Sa Majesté. Par suite de ces modifications, les organismes de Sa Majesté relevaient de la Loi et la définition du terme «propriétaire» s'appliquait à Sa Majesté. L'article 5 a été modifié par l'établissement, à son par. (2), d'une procédure comparable à celle suivie en matière de privilège et applicable dans le cas où le fournisseur de matériaux ou de services les a fournis à l'égard d'un bien municipal ou d'un ouvrage public. Plus loin dans la Loi, on a ajouté des dispositions complémentaires exposant en détail la procédure applicable à l'avis qu'il faut donner à l'organisme de sa Majesté ou au ministère gouvernemental au lieu de procéder à l'enregistrement de privilège requis pour tous les autres biens.

Certes, SLO est un mandataire de Sa Majesté et, certes, elle «a un droit de tenure ou un autre droit» sur ces biens-fonds. Les cours d'instance inférieure ont toutes conclu que le projet en question est visé par la définition d'un «ouvrage public» et, avec égards, je suis d'accord. À l'instar du juge Houlden qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel, je m'abstiens d'exprimer une opinion sur la question de savoir si, du simple fait qu'un organisme de Sa Majesté soit titulaire d'une hypothèque grevant un bien-fonds, tous les travaux entrepris sur ce bien-fonds deviennent, sans plus, un «ouvrage public» au sens de la Loi. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de statuer sur ce point.

Le savant juge de première instance a conclu que, même si le projet en question était un ouvrage public, les dix créanciers, du fait d'avoir enregistré leurs revendications de privilège, détenaient des priviléges valides qu'ils pouvaient faire valoir contre SLO, et ce, nonobstant leur défaut de se conformer à ce qui était alors l'al. 21a, c'est-à-dire le défaut de donner un avis écrit à SLO. Avec égards, je me dois de me rallier au point de vue de la Cour d'appel qui a infirmé cette conclusion. Les dix créanciers qui ont omis de donner avis ne peuvent revendiquer, en vertu de la Loi, aucun

s. 18. The concept of a mechanics' lien was, of course, unknown to the common law. It is entirely a creature of statute. The statute here was extensively amended in 1975, *supra*, to introduce the concept of the claim and enforcement of a lien against Crown property and property in which the Crown has an interest. The sections of the statute then introduced are explicit in their requirement of a notice to the Crown agency or the ministry of government concerned. Failure to give that notice in writing is a breach of the statute. Section 18(1) is a saving clause:

18.—(1) Substantial compliance with sections 16, 17, 21 a and 29 is sufficient and no claim for lien is invalidated by reason of failure to comply with any of the requirements of such sections unless, in the opinion of the judge or officer trying the action, the owner, contractor or subcontractor, mortgagee or other person is prejudiced thereby, and then only to the extent to which he is thereby prejudiced.

(2) Nothing in this section dispenses with the requirement of registration of the claim for lien.

The notice provisions require that the person giving the notice verify certain specified items of the notice by affidavit. The liens of neither of the lien claimants, Henry nor Gordon, were accompanied by the appropriate affidavit. The absence of the affidavit can be cured by s. 18, but the failure to give the notice at all cannot, in my view, be so cured. I quote from Macklem and Bristow, *Mechanics' Liens in Canada* (4th ed. 1978), pp. 8-9:

... the Courts take the position that the Act, being of a remedial nature, should receive a liberal interpretation. This statement is supported by the provisions of the various provincial Interpretation Acts. However, a claimant who fails to follow the elementary and essential requirements for the creation and preservation of his lien will lose it because, as has also been pointed out, the Act, being in derogation of the common law, must be strictly construed in this respect. Once the lien has been created and preserved by registration, however, the enforcement of it is governed by the provisions of the

privilege grevant le droit de SLO parce que l'enregistrement de la revendication de privilege ne remédie pas à cette omission et parce que, dans ces circonstances, on ne saurait invoquer l'art. 18. Il va sans dire que la notion du privilege de constructeur n'existe pas en *common law*. Elle doit son existence entièrement au législateur. La loi dont il est question en l'espèce a subi de profondes modifications en 1975 de manière à ce qu'il soit possible de revendiquer et d'exercer un privilege grevant les biens de Sa Majesté et ceux sur lesquels Sa Majesté possède un droit. Les articles insérés dans la Loi à ce moment-là exigent explicitement qu'un avis soit donné à l'organisme de Sa Majesté ou au ministère concerné. Le défaut de donner cet avis écrit constitue une violation de la Loi. Le paragraphe 18(1) est une disposition d'exception:

[TRADUCTION] **18.—(1)** L'observation de l'essentiel des articles 16, 17, 21 a et 29 est suffisante; aucune revendication de privilege n'est invalidée pour défaut de se conformer à l'une des exigences de ces articles, à moins que le juge ou l'officier qui instruit l'action ne soit d'avis qu'il en résulte un préjudice pour le propriétaire, l'entrepreneur, le sous-traitant, le créancier hypothécaire ou une autre personne, et le cas échéant, seulement dans la mesure du préjudice subi.

(2) Rien dans le présent article ne dispense de l'obligation d'enregistrer la revendication de privilege.

Les dispositions en matière d'avis exigent que la personne qui le donne atteste par voie d'affidavit certains éléments déterminés de cet avis. Ni la revendication de privilege de Henry ni celle de Gordon n'a été assortie de l'affidavit approprié. L'article 18 peut remédier à l'absence d'affidavit, mais non selon moi au défaut de donner avis. Je cite maintenant un extrait tiré des pp. 8 et 9 de l'ouvrage de Macklem et Bristow, *Mechanics' Liens in Canada* (4^e éd. 1978):

[TRADUCTION] ... les tribunaux estiment que la Loi, en raison de son caractère réparateur, doit recevoir une interprétation large. Ce point de vue est appuyé par les dispositions des différentes lois provinciales en matière d'interprétation. Mais un créancier qui néglige de remplir les exigences fondamentales pour la création et la conservation de son privilege le perdra parce que, comme on l'a déjà fait remarquer, la Loi, qui constitue une dérogation à la *common law*, doit recevoir une interprétation stricte à cet égard. Toutefois, une fois le privilege créé et conservé par voie d'enregistrement, son

Act designed to bring about such realization in as summary and expeditious a manner as possible.

I am in respectful agreement with Houlden J.A. in the Court of Appeal in the finding that the ten lien claimants may not rely upon the registered liens for a claim against the interest of OHC, but the two lien claimants who delivered notices to OHC in addition to the registration of their liens may, notwithstanding the absence of an affidavit, enforce their liens against the interest of OHC. It may be that the requirement of essential compliance with s. 21a in the giving of notice in the case of a public work imposes a hardship upon the supplier of goods and services to a construction project. The requirement of the Act, however, is clear, and the remedy is legislative, not judicial.

It therefore follows that the two lien claimants who delivered the notice pursuant to s. 21a have valid and enforceable liens against the interest of OHC. The next issue, then, relates to the amount of recovery. Section 5(2) reads as follows:

5.— . . .

(2) Where the land or premises upon or in respect of which any work is done or materials are placed or furnished is,

- (a) a public street or highway owned by a municipality; or
- (b) a public work,

the lien given by subsection 1 does not in any event attach to such land or premises but shall instead constitute a charge on amounts directed to be retained by section 11, and the provisions of this Act shall be construed, *mutatis mutandis*, to have effect without requiring the registration or enforcement of a lien or a claim for lien against such land or premises.

The Divisional Court limited the amount of recovery in these two lien claimants to the amount of the holdbacks which should have been effected by OHC under s. 11, which sum amounted in all to \$25,117.20. The Court of Appeal allowed the appeal in this respect and awarded the total lien claims made by these two lien claimants on the basis that s. 5(2), as enacted in 1975, does not

exercice est régi par les dispositions de la Loi qui visent à réaliser cet exercice de la manière la plus sommaire et la plus expéditive possible.

Avec égards, je partage l'avis du juge Houlden de la Cour d'appel, qui a conclu que les dix créanciers privilégiés ne peuvent se fonder sur l'enregistrement pour revendiquer un privilège grevant le droit de SLO, mais que les deux créancières privilégiées qui ont signifié des avis à SLO en plus d'enregistrer leurs priviléges peuvent, malgré l'absence d'un affidavit, exercer leurs priviléges contre SLO. Il se peut que l'exigence de se conformer à l'essentiel de l'al. 21a en donnant avis dans le cas d'un ouvrage public soit onéreuse pour le fournisseur de biens et de services dans un projet de construction. L'exigence imposée par la Loi est toutefois claire et c'est au législateur et non pas aux tribunaux qu'il appartient d'y remédier.

Il s'ensuit donc que les deux créancières qui ont donné un avis conformément à l'al. 21a détiennent et peuvent exercer des priviléges valides grevant le droit de SLO. La question qui se pose ensuite porte donc sur le montant du recouvrement. Le paragraphe 5(2) est ainsi conçu:

[TRADUCTION] **5.— . . .**

(2) Lorsque le bien-fonds ou les lieux sur lesquels ou à l'égard desquels des travaux sont exécutés ou des matériaux placés ou fournis consistent,

- a) en une rue ou une route publiques appartenant à une municipalité; ou
- b) en un ouvrage public,

le privilège conféré par le paragraphe 1 ne grève en aucun cas ce bien-fonds ou ces lieux, mais constitue plutôt une charge sur les montants retenus en vertu de l'article 11, et les dispositions de la présente loi doivent être interprétées, *mutatis mutandis*, de manière à s'appliquer sans qu'il soit nécessaire d'enregistrer ou d'exercer un privilège ou une revendication de privilège grevant ce bien-fonds ou ces lieux.

La Cour divisionnaire a limité le montant pouvant être recouvré par ces deux créancières privilégiées au montant total des retenues que SLO aurait dû effectuer en vertu de l'art. 11, savoir 25 117,20 \$. La Cour d'appel a accueilli l'appel sur ce point et a accordé à ces deux créancières privilégiées le montant total de leurs revendications de privilège en tenant pour acquis que le par. 5(2), tel qu'il a été

limit persons claiming liens against a public work to the holdback provisions of subss. 11(7) and (9), but rather invokes the whole of s. 11, including subs. (6). With respect, I agree with the Court of Appeal, speaking through Houlden J.A., that, if the amounts in question remaining in possession, or which should have remained in possession of the owners, exceeded the amount of the liens advanced in compliance with s. 21a, the lien claimants are entitled to payment in full. On the facts here, E is indebted to these two lien claimants for the full amount of their lien claims, and whether or not these claims exceed the statutory holdback requirements of subss. 11(7) and (9) is not determinative. Accordingly, I would dismiss the appeal of OHC from the order of the Court of Appeal as it concerns the lien claimants, Ken Gordon Excavating Limited in its own right, and S. Henry & Sons Limited.

This disposes of the preliminary issues which absorbed much of the argument before this Court and which occupy much of the reasons for judgment in the courts below. What remains is the most difficult aspect of this proceeding, namely the consequences in law of the payments by OMC out of the proceeds of the first mortgage on November 1 and December 1, 1977, amounting in all to \$350,930. This takes one back to the details of these complicated transactions in order to properly characterize the payments as a matter of law.

Both the Divisional Court and the Court of Appeal concluded that these payments were not "advances" under the mortgage. Houlden J.A., speaking for the Court of Appeal, put it this way:

... the payments were not payments or advances on account of the O.M.C. mortgage but were the purchase price paid by O.M.C. to O.H.C. for O.H.C.'s interest in the O.M.C. mortgage pursuant to an agreement entered into between the parties, the interest of O.H.C. being equal to the amount of the primary principal sum.

adopté en 1975, n'oblige pas les personnes qui revendiquent des priviléges grevant un ouvrage public à se fonder uniquement sur les dispositions en matière de retenues des par. 11(7) et 11(9), mais leur permet d'invoquer l'ensemble de l'art. 11, y compris son par. (6). Avec égards, je suis d'accord avec le juge Houlden qui, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, a affirmé que, si les montants en question qui restent ou qui auraient dû rester en la possession des propriétaires, dépassent le montant des priviléges revendiqués conformément à l'al. 21a, les créanciers privilégiés ont droit au paiement intégral. D'après les faits en l'espèce, Edstan doit à ces deux créancières privilégiées le plein montant de leurs revendications de privilège et la question de savoir si les sommes réclamées dépassent ou non le montant des retenues prévues aux par. 11(7) et (9) de la Loi n'est pas déterminante. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi de SLO contre l'ordonnance de la Cour d'appel en ce qui concerne les créancières privilégiées Ken Gordon Excavating Limited en son propre nom et S. Henry & Sons Limited.

Voilà qui tranche les questions préliminaires sur lesquelles ont porté en grande partie l'argumentation en cette Cour et les motifs de jugement des cours d'instance inférieure. Reste encore l'aspect le plus délicat de la présente instance, savoir les conséquences juridiques des paiements totaux de 350 930 \$ faits par SHO les 1^{er} novembre et 1^{er} décembre 1977 à même les fonds prêtés en vertu de la première hypothèque. Afin de pouvoir déterminer la nature juridique de ces paiements, il faut se reporter aux détails des opérations complexes dont il est question en l'espèce.

La Cour divisionnaire et la Cour d'appel ont conclu toutes les deux que ces paiements ne constituaient pas des «avances» hypothécaires. Le juge Houlden, au nom de la Cour d'appel, a exprimé le point de vue suivant:

[TRADUCTION] ... il s'agissait non pas de paiements ou d'avances à valoir sur l'hypothèque de SHO, mais du prix d'achat payé par SHO à SLO, conformément à un contrat intervenu entre elles, en échange du droit de SLO sur l'hypothèque consentie à SHO, ce droit étant égal au montant du capital principal.

That being so, s. 14 of *The Mechanics' Lien Act* did not operate to give the ten lienholders any priority over OHC so as to make these funds available to satisfy the ten liens which were registered but were not the subject of a notice under s. 21a. This is the principal defence of OHC and OMC to the claims of the ten lien claimants. The Court of Appeal observed, and with respect I think rightly so, that the liens of the ten claimants are:

... of course, valid with respect to the interest of Edstan Construction Limited in the lands and premises, but because of their failure to comply with s. 21a of the Act, they are invalid with respect to the interests of O.H.C.

Counsel for OMC, speaking with commendable candour, agreed that, if the \$350,930 payments in November-December are "advances" in the nature of progress payments to a contractor-mortgagor, the payments being made in the face of validly registered liens would remain available to retire the claims of the lien claimants who, as against the world, have priority under *The Mechanics' Lien Act* once they have complied with the Act by registration, as is the case here. To this extent then, the proceeds of the sale of the lands and premises under the power of sale in the first mortgage remain available to retire the ten lien claims.

The question therefore is, what is the character in law of these \$350,930 payments by OMC to OHC? That, in turn, raises the question, what was the nature of the triangular transaction involving OHC, E and OMC? There is no question that at least initially, OHC agreed to sell and E agreed to buy the twenty-five lots for a price equal to OHC's cost plus profit in the land (the primary principal plus the remainder principal, being \$670,500). This price was to be payable by the purchaser E giving back to the vendor OHC, on closing of the purchase, a mortgage which the parties agreed would be a second mortgage, securing the amount of \$670,500. The agreement with OHC also per-

Dans ces conditions, l'art. 14 de *The Mechanics' Lien Act* n'a pas eu pour effet de conférer aux dix titulaires de privilège une priorité quelconque sur SLO, de manière à permettre que les fonds en question soient affectés aux dix privilégiés qui ont été enregistrés mais qui n'ont pas fait l'objet d'un avis donné conformément à l'al. 21a. C'est là le moyen de défense principal que SLO et SHO opposent aux revendications des dix créanciers privilégiés. La Cour d'appel a fait remarquer et, avec égards j'estime qu'elle l'a fait à juste titre, que les privilégiés de ces dix créanciers sont:

[TRADUCTION] ... certainement valides à l'égard du droit que possède Edstan Construction Limited sur les biens-fonds et les lieux, mais, parce qu'ils ne sont pas conformes à l'al. 21a de la Loi, ils sont invalides en ce qui concerne les droits de SLO.

L'avocat de SHO, dont on ne peut que louer la franchise, a reconnu que, si les paiements de 350 930 \$ faits en novembre et décembre sont des «avances» faites sous forme d'acomptes à un entrepreneur qui est en même temps débiteur hypothécaire, les paiements faits en présence de privilégiés validement enregistrés pourraient encore être employés pour désintéresser les créanciers privilégiés qui, envers et contre tous, ont la priorité en vertu de *The Mechanics' Lien Act*, sont colloqués en premier dès qu'ils ont satisfait, comme c'est le cas en l'espèce, à l'exigence d'enregistrement posée par la Loi. Dans cette mesure, alors, le produit de la vente des biens-fonds et des lieux en vertu du pouvoir de vendre accordé par la première hypothèque peut servir à l'extinction des dix revendications de privilège.

Il faut donc se demander quelle est la nature juridique des versements de 350 930 \$ faits par SHO à SLO? Cette question en soulève une autre, celle de savoir qu'elle était la nature de l'opération triangulaire à laquelle ont participé SLO, Edstan et SHO? Il ne fait pas de doute que, au début du moins, Edstan s'est engagée à acheter à SLO les vingt-cinq terrains à un prix égal aux sommes dépensées pour le bien-fonds par SLO plus son profit (le capital principal plus le capital restant, soit 670 500 \$). Il a été convenu que l'acheteur Edstan paierait ce prix en consentant au vendeur SLO, au moment de la conclusion du marché, une seconde hypothèque en garantie du montant de

mitted E to obtain a first mortgage greater than the minimum specified by the contract or could require its purchasers to put up sufficient cash on the purchase of each house to make up the difference.

There seems to be no doubt that under the initial contract of agreement of May 5, 1977, the relationship between OHC and E (apart from the operation of *The Mechanics' Lien Act*) was that of vendor and purchaser, and E was left to find his profit or to maintain his solvency from the first mortgage and the variable difference between that mortgage and the authorized price ceiling for the house only as fixed by the contract between E and OHC. OMC was not a party to that contract.

As we have seen, the parties, E and OHC, amended some of the terms of the initial agreement. The agreement still referred to the transaction as a purchase and sale. The first mortgage clause was revised by allowing E "the privilege" of increasing the first mortgage "by the primary principal sum", that is the "land cost" component in the OHC second mortgage amounting to \$350,930 spread over the twenty-five lots, which E could have done under the original agreement. The agreement then provided for a compensating reduction of the principal sum secured by the OHC second mortgage. In the event the first mortgage was so increased, an amount equal to that increase was to be paid to OHC out of the advances to E on the first mortgage. Presumably, this provision in the amending agreement was designed to operate as a direction from the mortgagor E to the mortgagee OMC, although OMC is not a party to this agreement. E was required in this modified arrangement to pay interest to OHC on the "primary principal sum" (the land cost) until it is paid out to OHC. This amending clause, accidentally or deliberately, overlooks the reality of the initial transaction and burdens E with the payment of interest on the OHC land cost under the second mortgage rather than passing the entire

670 500 \$. Aux termes de son entente avec SLO, Edstan pouvait en outre obtenir sur première hypothèque un prêt dépassant le minimum prévu par le contrat ou, encore, exiger que les acheteurs des maisons versent un montant comptant suffisant pour combler la différence.

Il ne semble faire aucun doute qu'aux termes du contrat initial du 5 mai 1977, il existait entre SLO et Edstan (abstraction faite de l'application de *The Mechanics' Lien Act*) un rapport de vendeur et d'acheteur et qu'Edstan, pour réaliser un profit ou rester solvable, devait compter sur la différence variable entre la première hypothèque et le prix maximal des maisons fixé dans le contrat intervenu entre Edstan et SLO et auquel SHO n'était pas partie.

Comme nous l'avons vu, les parties, Edstan et SLO, ont modifié certaines conditions du contrat initial. On continuait toutefois, dans le contrat modifié, de qualifier l'opération de promesse de vente. La clause portant sur la première hypothèque a été modifiée de manière à accorder à Edstan «le droit» d'ajouter à la première hypothèque «le montant du capital principal», c'est-à-dire la somme de 350 930 \$ affectée au «coût du bien-fonds» dans la seconde hypothèque consentie à SLO, répartie entre les vingt-cinq terrains, ce qu'Edstan aurait pu faire également en vertu du contrat initial. Le contrat prévoyait ensuite une réduction correspondante du capital garanti par la seconde hypothèque de SLO. Au cas où la première hypothèque serait ainsi augmentée, un montant égal à celui de cette augmentation devrait être payé à SLO à même les avances consenties à Edstan en vertu de la première hypothèque. Il est probable que cette disposition du contrat modificatif devait avoir l'effet d'une directive émanant de la débitrice hypothécaire Edstan à l'intention de sa créancière SHO, quoique cette dernière ne fût pas partie à ce contrat. Suivant le contrat modifié, Edstan était tenue de verser à SLO des intérêts sur le «montant du capital principal» (le coût du bien-fonds), et ce jusqu'au paiement de ce montant à SLO. Que ce soit voulu ou non, cette clause modificative ne tient pas compte de l'opération initiale et impose à Edstan l'obligation de payer, en vertu de la seconde hypothèque, des intérêts sur ce que le

burden of repayment of the second mortgage to the house purchaser.

None of these clauses alters the fundamental nature of the contract as one of purchase and sale, with related provisions for the financing of the land purchase by E and thereafter for the construction of the houses by E. The amending agreement appears to be defective in that no express provision is made for the date of payment of the remainder principal, or land profit, which is the only principal thereafter secured by the OHC second mortgage. We are not here concerned, however, either with that possible difficulty, or indeed with the disastrous effect of the acceleration of the payment of the land cost in cash by E to OHC, or the effect the revised transaction would have upon the house purchaser.

The only other documents which bear upon the nature of the transaction between E and OHC are the mortgage commitment issued by OMC on August 9 and the amendment of that commitment on August 22. These two documents passed between E and OMC; OHC was not a party to these arrangements, and thus these documents cannot, by themselves, operate to change the legal nature of the transaction between E and OHC. The initial mortgage commitment, issued three months after the agreement between OHC and E, was in the amount of \$931,001.84. This is said to include the \$350,930 primary principal payable by E to OHC for the purchase of the twenty-five lots. The evidence is vague on this point, but 95 per cent of the authorized house sale price is \$594,453 which, when added to the aforementioned \$350,930, approximates the mortgage commitment from OMC. Under this commitment, mortgage interest was payable by deduction from mortgage advances until April 1, 1978 when the amortization program payable in blended monthly instalments was to commence. By letter dated August 22, 1977, the commitment letter was amended by adding three paragraphs as follows:

bien-fonds a coûté à SLO plutôt que de reporter sur les acheteurs des maisons toute la responsabilité du remboursement de la seconde hypothèque.

Aucune de ces clauses ne modifie le caractère fondamental du contrat qui est une promesse de vente comportant des dispositions connexes applicables au financement de l'achat du bien-fonds par Edstan et, par la suite, à la construction des maisons également par Edstan. Le contrat modificatif paraît défectueux en ce sens qu'il ne contient pas de disposition expresse quant à la date du paiement du capital restant, c'est-à-dire le profit sur le bien-fonds, qui, par suite de la modification, est le seul montant garanti par la seconde hypothèque consentie à SLO. Toutefois, ne nous intéressent en l'espèce ni cette difficulté éventuelle, ni l'effet désastreux de l'accélération du paiement en espèces du coût du bien-fonds par Edstan à SLO, ni l'incidence du contrat modifié sur les acheteurs des maisons.

Les seuls autres documents qui se rapportent à la nature de l'opération à laquelle ont participé Edstan et SLO sont l'engagement hypothécaire de SHO en date du 9 août et l'acte daté du 22 août modifiant cet engagement. Ces deux documents ont été signés par Edstan et SHO; SLO n'a pas été partie à ces arrangements. Par conséquent, ces documents ne peuvent en soi avoir pour effet de modifier la nature juridique de l'opération à laquelle ont participé Edstan et SLO. L'engagement hypothécaire initial, intervenu trois mois après le contrat entre SLO et Edstan portait sur un montant de 931 001,84 \$. On dit que ce montant comprend le capital principal de 350 930 \$ qu'Edstan devait payer à SLO pour l'achat des vingt-cinq terrains. La preuve est vague sur ce point, mais 95 pour cent du prix de vente autorisé des maisons représente la somme de 594 453 \$ qui, ajoutée aux 350 930 \$ susmentionnés, donne à peu près le montant de l'engagement hypothécaire de SHO. Aux termes de cet engagement, les intérêts de l'hypothèque devaient être déduits des avances hypothécaires jusqu'au 1^{er} avril 1978, date où devait commencer l'amortissement par versements mensuels mixtes. Dans une lettre en date du 22 août 1977, l'engagement a été modifié par l'adjonction des trois alinéas suivants:

Upon transfer of title from Ontario Housing Corporation to the mortgagor, a sum equal to the "primary principal sum" set out in the agreement of purchase and sale with Ontario Housing Corporation will be deemed to be advanced to Ontario Housing Corporation.

Such sum will constitute an ownership by Ontario Housing Corporation in the mortgage security as if Ontario Housing Corporation had taken back a purchase money mortgage for the sum and such sum will be subject to the provisions for interest in the Ontario Housing Corporation agreement.

Upon the commencement of that interest or upon authorization by Central Mortgage and Housing Corporation of a land advance, whichever is earlier, Ontario Mortgage Corporation will purchase the Ontario Housing Corporation portion of the mortgage and fees and interest thereon will be charged by Ontario Mortgage Corporation as if Ontario Mortgage Corporation had made a mortgage advance on that date.

Several comments must be made about this amendment to the commitment. OHC again was not a party to it. The first paragraph purports to deem an advance to OHC, presumably from the first mortgage payments. This appears to coincide with paragraph (5)(a) in the amended agreement between OHC and E, *supra*, which provides that an amount equal to the primary principal shall be "deducted from the advances to the Builder on the first mortgage and paid to O.H.C." However, the mortgage commitment purports to go further and deem an advance without an actual "advance to the Builder". Since OHC is not a party, this is a rather remarkable and opaque provision. The second paragraph is entirely unsupported in the record by any assignment of a mortgage interest which, of course, OHC, on the date of the amendment of August 22, did not hold in the property, and, indeed, OHC never did have a mortgage interest with respect to the primary principal sum since the OHC second mortgage as executed did not include that sum. This is a very flimsy, if not utterly incomprehensible, base upon which to found an argument that somehow the mortgage advances were not made, at least nominally, to the mortgagor E out of the moneys to be secured by the first mortgage of OMC. The agreement between OHC and E is still one between vendor and

[TRADUCTION] Au moment du transfert du titre de la Société de logement de l'Ontario à la débitrice hypothécaire, une somme égale au «montant du capital principal» fixé dans la promesse de vente avec ladite société sera réputée avoir été avancée à celle-ci.

Cette somme constituera pour la Société de logement de l'Ontario un droit de propriété sur la garantie hypothécaire, comme si elle avait consenti à prêter cette somme sur hypothèque pour le paiement du prix d'achat, et la somme en question sera assujettie aux dispositions relatives aux intérêts contenues dans le contrat intervenu avec ladite Société de logement de l'Ontario.

Lorsque cela se concrétisera ou lorsque la Société centrale d'hypothèques et de logement autorisera une avance relative au biens-fonds, selon la première de ces éventualités, la Société d'hypothèques de l'Ontario se portera acquéreur de la part de l'hypothèque appartenant à la Société de logement de l'Ontario et des frais et intérêts sur celle-ci seront imputés par la Société d'hypothèques de l'Ontario tout comme si elle avait consenti une avance hypothécaire à cette date.

Plusieurs observations s'imposent concernant cette modification de l'engagement. SLO, rappelons le, n'y était pas partie. Suivant le premier alinéa, une avance est réputée avoir été consentie à SLO, vraisemblablement à même les premiers versements du prêt hypothécaire. Cela semble coïncider avec l'alinéa 5a) du contrat modifié susmentionné intervenu entre SLO et Edstan, qui prévoit qu'un montant égal à celui du capital principal sera [TRADUCTION] «déduit des avances consenties au constructeur en vertu de la première hypothèque et versé à SLO». Toutefois, l'engagement hypothécaire va apparemment plus loin; en effet, des fonds sont réputés avoir été avancés sans pour autant qu'il y ait eu vraiment «avance au constructeur». Compte tenu de ce que SLO n'est pas partie à l'engagement, cette disposition est d'une obscurité assez remarquable. Le deuxième alinéa n'est appuyé dans le dossier par aucune cession d'un droit hypothécaire que, il va sans dire, SLO ne détenait pas sur le bien-fonds au moment de la modification du 22 août et, en fait, SLO n'a jamais détenu un droit hypothécaire relativement au capital principal puisque la seconde hypothèque qu'on lui avait consentie ne portait pas sur ce montant. Il s'agit là d'un fondement des plus fragiles, voire tout à fait incompréhensible, à l'appui d'un argument selon lequel les avances hypothécaires

purchaser, and the latter, E, remains contract bound to pay for the land, in part by a mortgage back and in part by cash now coming from the OMC first mortgage. The third paragraph makes reference to "the commencement of that interest" which is ambiguous in that it may refer to the immediately preceding reference to interest payable to OHC, or it may refer to the interest said to be acquired by OMC from OHC in the immediately preceding paragraph. The next clause in that paragraph is even more confusing in that it keys the subsequent event of purchasing to an "authorization by Central Mortgage and Housing Corporation of a land advance". The term "land advance" is nowhere else mentioned, let alone defined, and there is no reference in the initial mortgage commitment to any authorization by CMHC other than "progress draws advanced from time to time". If the three paragraphs, added together and read in conjunction with the aforementioned paragraph (5)(a) in the amending agreement, are intended to establish the novel concept of an assignment of an outstanding mortgage interest (which never came into existence) in OHC, these provisions fail completely. The third paragraph continues by providing that OMC will purchase the OHC portion of the mortgage and that OMC will charge interest as if OMC had made a mortgage advance on "that date". Presumably, "that date" relates back to the aforementioned opening ambiguity in this third paragraph, that is to say, either the date when OMC acquires an interest in whatever is being assigned to it from OHC, or the date of a CMHC authorization of a "land advance".

Through this clutter of documentation, one must always bear in mind that, by contract, E is obligated to purchase the twenty-five lots from OHC and to pay therefor the combined land costs of OHC, that is, capital cost and capital profit. In no document executed by OHC and E is this obligation annulled. OHC has the right under the agreement

res n'ont pas été consenties, du moins nominale-
ment, à la débitrice hypothécaire Edstan à même
les sommes qui devaient être garanties par la
première hypothèque de SHO. Le contrat inter-
venu entre SLO et Edstan n'en est pas moins un
contrat entre vendeur et acheteur et Edstan
demeure tenue par contrat de payer le bien-fonds,
en partie au moyen d'une hypothèque accordée au
vendeur et en partie en espèces provenant mainte-
nant de la première hypothèque de SHO. Dans le
texte anglais du troisième alinéa figure l'expression
«the commencement of that interest»; cette expres-
sion est ambiguë puisqu'elle peut se rapporter soit
à la mention, qui précède immédiatement, des
intérêts payables à SLO, soit au droit que SHO
doit acquérir de SLO et dont il est question à
l'alinéa précédent. Le membre de phrase qui suit
cette expression augmente la confusion en ce sens
que l'achat subséquent est conditionné à l'obten-
tion d'une «autorisation par la SCHL d'une avance
relative au bien-fonds». L'expression «avance rela-
tive au bien-fonds» ne figure nulle part ailleurs et,
à plus forte raison, elle n'est pas définie; de plus,
l'engagement hypothécaire initial ne mentionne
aucune autorisation émanant de la SCHL, sauf
dans les cas des [TRADUCTION] «acomptes versés à
l'occasion». Si ces trois alinéas pris avec l'alinéa
5a) susmentionné du contrat modificatif visent à
créer le concept nouveau de la cession d'un droit
hypothécaire de SLO à échoir et qui n'a jamais vu
le jour, ils échouent complètement. Le troisième
alinéa prévoit que SHO achètera la part de l'hypo-
thèque appartenant à SLO et que SHO imputera
des intérêts tout comme si elle avait consenti une
avance hypothécaire à «cette date». Vraisemblable-
ment, les mots «cette date» se rapportent à l'ex-
pression ambiguë susmentionnée que l'on trouve
au début de ce troisième alinéa, c'est-à-dire, soit à
la date où SHO acquiert le droit, quel qu'il soit,
cédé par SLO, soit à la date d'une autorisation par
la SCHL d'une «avance relative au bien-fonds».

Dans tout ce fatras de documents, il ne faut pas oublier qu'Edstan est tenue par contrat d'acheter les vingt-cinq terrains à SLO moyennant le paie-
ment à cette dernière d'une somme composée de son coût en capital et de son profit en capital.
Aucun document signé par SLO et Edstan n'an-
nule cette obligation. Aux termes du contrat, SLO

to receive a mortgage from E in part payment of the price, and the balance in cash from E who, in turn, was entitled to raise that cash by way of an enlarged first mortgage from OMC. There is no other machinery provided in the complex documentation flowing around the triangle of OMC, OHC and E. Sometime later, on September 15, 1977, OMC and OHC entered into an agreement which recites the OHC-E agreement and OMC's mortgage commitments. In paragraph 2, OMC undertakes to issue "the attached commitment letter to the Builder", but no such attachment appears in the record. OMC then undertakes to:

... secure and protect the interest of Ontario Housing, as an agent for Ontario Housing, for the primary principal sum of such land sale prices as well as the interests of Ontario Mortgage by means of the first mortgage and the necessary protections ancillary thereto.

I cannot unravel the language of the paragraph so as to construct or reconstruct a transaction binding on E, who is not a party to this contract, which will somehow deprive E of its right to receive the cash from the mortgagee on the first mortgage to retire its obligation to OHC as the vendor under the basic agreement. There is nothing else in the record which could effectively operate as a direction by E to OMC to disburse the advances under the first mortgage to OHC. Paragraph 3 of this agreement raises another conundrum, fortunately apparently irrelevant to the problems arising in this appeal. It states in part that "Ontario Housing will not charge interest to the builder on the land sale price until the date specified in . . ." the basic agreement as amended. OHC, of course, had no mortgage on September 15, the date of this agreement, nor, obviously, on May 5 or August 22 when the basic agreement was executed and amended respectively. Perhaps the reference should be to OMC and not OHC.

a le droit de recevoir, en paiement partiel du prix d'achat, une hypothèque consentie par Edstan et le solde en argent comptant, et Edstan a le droit de réunir cet argent comptant en augmentant le montant de la première hypothèque accordée à SHO. Voilà les seuls mécanismes prévus dans les documents complexes portant sur l'opération triangulaire à laquelle ont participé SHO, SLO et Edstan. Quelque temps après, soit le 15 septembre 1977, SHO et SLO ont conclu un accord qui reprend les termes du contrat intervenu entre SLO et Edstan et les engagements hypothécaires de SHO. À l'alinéa 2, SHO s'engage à faire tenir [TRADUCTION] «au constructeur la lettre d'engagement ci-jointe»; cette lettre ne figure toutefois pas dans le dossier. SHO promet ensuite:

[TRADUCTION] ... en sa qualité de mandataire de la Société de logement de l'Ontario, de garantir et de protéger, au moyen de la première hypothèque et des garanties nécessaires dont elle est assortie, le droit de ladite société sur le capital principal du prix de vente des terrains, ainsi que ses propres droits.

Je ne puis interpréter ce paragraphe de manière à constituer ou à reconstituer une opération liant Edstan, qui n'y est pas partie, et qui la privera d'une façon quelconque de son droit de recevoir de sa créancière hypothécaire, en vertu de la première hypothèque, les fonds destinés à l'acquittement de l'obligation qu'elle a envers le vendeur SLO en vertu du contrat de base. Il n'y a rien d'autre dans le dossier qui pourrait constituer une directive donnée par Edstan à SHO de verser à SLO les avances consenties en vertu de la première hypothèque. L'alinéa 3 de cet accord pose une autre énigme qui, semble-t-il heureusement, n'a rien à voir avec les problèmes soulevés dans le présent pourvoi. Cet alinéa porte notamment que [TRADUCTION] «la Société de logement de l'Ontario n'imputera au constructeur des intérêts sur le prix de vente du bien-fonds qu'à partir de la date fixée dans . . .» le contrat de base modifié. Il va sans dire qu'à la date de cet accord, savoir le 15 septembre, SLO n'avait pas d'hypothèque et, évidemment, elle n'en avait non plus au moment de la signature du contrat de base le 5 mai ni au moment de sa modification le 22 août. On devrait peut-être mentionner SHO et non pas SLO.

The next paragraph of the agreement states as follows:

Ontario Mortgage shall purchase the interest of Ontario Housing in the mortgage for such portions of the Ontario Housing share as become subject to interest under the above Clause 3, on the dates that such portions become subject to interest.

Again, this, at most, is an inarticulate attempt to perhaps establish the mechanics of an assignment *in futuro* of a mortgage interest of OHC, if, as and when it arises. Unfortunately for the authors of this paragraph, the contract amendment of September 22 three weeks prior to this agreement has otherwise dealt with the mortgage entitlement, actual or *in futuro*, of OHC with reference to the primary principal. However the basic agreement is interpreted, either with reference to the original version of the first mortgage or the reduced second mortgage in the second version, the position of E, in essence, remains undisturbed.

Section 14(1) of the Act provides in part:

14.—...

(1) The lien has priority over all ... payments or advances made on account of any ... mortgage after notice in writing of the lien has been given to the person making such payments

If these payments are advances, then, as conceded by all parties in this Court, the registered liens have priority. There has been very little established in our courts as to the meaning of "advances" under s. 14(1). In *Smith & Sons Ltd. v. May* (1923), 54 O.L.R. 21, the Court of Appeal of Ontario concluded that moneys paid out by the mortgagee nominally to the mortgagor, but applied to another debt owing by the mortgagor to the mortgagee, were "advances" under the mortgage for the purposes of s. 14(1), which was, at that date, substantially in the same form as at the time the liens in this appeal were registered. Because the liens in question were not registered in the *Smith & Sons* case, *supra*, the lien claimants failed. However, Middleton J., in finding that moneys paid out to the mortgagor to retire an

L'alinéa suivant de l'accord est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] La Société d'hypothèques de l'Ontario se portera acquéreur du droit que possède la Société de logement de l'Ontario sur les parties de l'hypothèque à l'égard desquelles des intérêts commencent à courir conformément à la clause 3 précitée, et ce, aux dates où ces intérêts commencent à courir.

Il s'agit là tout au plus d'une tentative mal formulée d'établir, peut-être, les modalités d'une cession future d'un droit hypothécaire de SLO, dès que ce droit prendra naissance. Malheureusement pour les rédacteurs de cet alinéa, la modification apportée au contrat le 22 septembre, soit trois semaines avant la signature de cet accord, traite différemment du droit hypothécaire, actuel ou futur, que possède SLO relativement au capital principal. Que le contrat de base soit interprété par rapport à la version originale de la première hypothèque ou par rapport à la seconde version qui a entraîné la réduction de la seconde hypothèque, la situation d'Edstan demeure essentiellement la même.

Le paragraphe 14(1) de la Loi prévoit notamment:

[TRADUCTION] **14.—...**

(1) Le privilège a priorité sur tous ... versements ou avances de fonds à valoir sur un montant payable en vertu ... d'une hypothèque, après qu'avis écrit du privilège a été donné à la personne effectuant ces versements ou avances ...

Si ces versements constituent des avances, alors, comme le reconnaissent toutes les parties en cette Cour, les priviléges enregistrés ont priorité. Il y a très peu de jurisprudence portant sur le sens du mot «avances» employé au par. 14(1). Dans l'arrêt *Smith & Sons Ltd. v. May* (1923), 54 O.L.R. 21, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que des fonds versés par le créancier hypothécaire, nominalement au débiteur hypothécaire, mais affectés à une autre dette que le débiteur hypothécaire avait contractée envers le créancier hypothécaire, étaient des «avances» hypothécaires aux fins du par. 14(1), qui revêtait, à cette époque, essentiellement la même forme qu'il avait au moment de l'enregistrement des priviléges présentement en cause. Dans l'affaire *Smith & Sons*, précitée, les créanciers privilégiés n'ont pas obtenu gain de

earlier mortgage were "advances" under the mortgage within the meaning of the statute, had this to say, at p. 23:

The fact that the money was paid to the mortgagee in reduction of his mortgage on other property is quite immaterial.

He also observed that the acknowledged honesty of the parties (as was surely the case here) is also irrelevant.

Counsel for OMC, in submissions in this Court, made reference on this issue to our judgment in *Dorbern Investments Ltd. v. Provincial Bank of Canada*, [1981] 1 S.C.R. 459, where this Court was dealing with priorities when lien registration had not been effected, nor had written notice been given at the time the advances under the mortgage were made. Chief Justice Laskin, in finding that the lien claim failed because of failure of notice or registration at the time of the advances, stated, at p. 463:

The concluding words of s. 14(1) underline this in stating that "in the absence of such notice in writing or the registration of claim for notice in writing or the registration of a claim for lien, all such payments or advances have priority over any such lien". Section 14(1) is thus of no assistance in this case either to the lien claimant or to the subsequent mortgagee; the lien claimant cannot turn this provision for a limited and conditioned priority as against a subsequent mortgagee into a general priority ungoverned by any condition such as written notice or registration.

Later, at p. 468, the Chief Justice concluded:

... I read s. 14(1) as giving the lien claimant priority over subsequent advances, notwithstanding registration of the mortgage under which they are made, provided the lien claimant either gives the prescribed written notice or registers the lien.

The case is otherwise not helpful in the task confronting the Court here, which is the proper characterization in law of the payments made by the mortgagee OMC to OHC.

In this appeal, once the transaction is properly characterized as an advance under a building mortgage pursuant to the contractual direction of

cause parce que les priviléges en question n'avaient pas été enregistrés. Toutefois, en concluant que les fonds versés au débiteur hypothécaire pour rembourser une hypothèque antérieure sont des «avances» hypothécaires au sens de la Loi, le juge Midleton souligne, à la p. 23:

[TRADUCTION] Le fait que les fonds ont été versés au créancier hypothécaire pour réduire son hypothèque sur un autre immeuble n'a pas la moindre importance.

Il fait également remarquer que l'honnêteté reconnue des parties (comme c'est sûrement le cas en l'espèce) est également dénuée d'importance.

Dans sa plaidoirie en cette Cour, l'avocat de SHO a invoqué sur ce point l'arrêt de cette Cour, *Dorbern Investments Ltd. c. Banque Provinciale du Canada*, [1981] 1 R.C.S. 459, qui porte sur la question de la priorité lorsqu'il n'y a eu ni enregistrement de privilège ni avis écrit au moment où les avances de fonds hypothécaires ont été faites. En rejetant la revendication de privilège en raison de l'absence d'avis ou d'enregistrement au moment où les avances ont été consenties, le juge en chef Laskin affirme, à la p. 463:

Le paragraphe 14(1) souligne ce point quand il conclut qu'"à défaut de cet avis écrit ou d'enregistrement d'une revendication de privilège, tous ces versements et avances ont priorité sur tout privilège". Le paragraphe 14(1) n'est également daucun secours en l'espèce au créancier privilégié ni au créancier hypothécaire subséquent; le créancier privilégié ne peut transformer cette disposition qui accorde une priorité limitée et conditionnelle sur un créancier hypothécaire subséquent en une priorité libre de toute condition, comme l'avis écrit ou l'enregistrement.

Plus loin, à la p. 468, le Juge en chef conclut:

... suivant mon interprétation le par. 14(1) accorde au créancier privilégié priorité sur les avances postérieures, malgré l'enregistrement de l'hypothèque en vertu de laquelle elles sont faites, pourvu que le créancier privilégié donne l'avis écrit prescrit ou enregistre le privilège.

À part cela, cet arrêt ne nous aide pas à trancher la question qui se pose en l'espèce, savoir la véritable nature juridique des versements faits à SLO par la créancière hypothécaire SHO.

Aux fins de ce pourvoi, du moment que l'opération est qualifiée à juste titre d'avance hypothécaire faite conformément à une directive contrac-

the mortgagor, then all matters of priority fall into place. Stated another way, once OMC and OHC fail to demonstrate properly a legal characterization of the transaction as the sale of an interest in a mortgage by OHC to OMC, the priorities become clear. Whatever may have been the intention of the management of OHC and OMC and in the minds of the draftsmen of the documentation, the documentation falls hopelessly short of that which would be required to establish the transaction as the sale of an unregistered inchoate mortgage interest which, by design of the principal actors, was never to come into existence. The very proposition is novel, and its documentation prior to the registration, or indeed the execution, of any mortgages raises monumental difficulties for the draftsman.

The result of this unusual and ill-defined arrangement and the somewhat chaotic record as assembled by the parties at trial is, in my view, reducible to the simple result that the OMC advances of \$350,930 on November 1 and December 1, 1977, were ordinary mortgage advances charged to E, the mortgagor, and paid out to OHC without precise direction from the mortgagor E. If they were mortgage advances authorized by CMHC, they were not "land advances", whatever that term may have meant to the parties. OMC should, in any event, have made the ordinary construction advances to E over and above the \$350,930, as authorized by CMHC. All of this, of course, could have been prevented by OMC simply obtaining a specific direction to make the \$350,930 advance to OHC which was deemed to have been advanced by the amended mortgage commitment, and thereafter responding to CMHC's progress payment authorizations by paying out to E the amounts so authorized.

By reason of the disposition made above of the several lien claims, it is not necessary to examine the submissions made with reference to the trust provision in s. 2(3) of the Act. Nor is it necessary to deal specifically, as a matter of law, with the characterization of and entitlement to the proceeds

tuelle de la débitrice hypothécaire, cela règle tous les problèmes de priorité. Autrement dit, si SHO et SLO n'arrivent pas à prouver de façon adéquate que l'opération consiste, du point de vue juridique, en la vente par SLO à SHO d'un droit sur une hypothèque, la question des priorités devient claire. Quelle qu'ait pu être l'intention de la direction de SLO et de SHO et peu importe ce que les rédacteurs des documents ont pu avoir à l'esprit, ces documents sont bien loin de représenter ce qui serait nécessaire pour prouver que l'opération est la vente d'un droit hypothécaire incomplet non enregistré qui, selon les intentions des principaux intéressés, ne devait jamais prendre naissance. La proposition même est entièrement nouvelle et sa consignation par écrit avant l'enregistrement ou même avant la constitution des hypothèques suscite au rédacteur des difficultés énormes.

Selon moi, il ressort simplement de cet arrangement inhabituel et mal défini et du dossier quelque peu confus que les parties ont constitué au procès que les avances de 350 930 \$ consenties par SHO les 1^{er} novembre et 1^{er} décembre 1977 étaient des avances hypothécaires ordinaires imputées à la débitrice hypothécaire, Edstan, et versées à SLO sans directive précise de la part d'Edstan. Si c'étaient des avances hypothécaires autorisées par la SCHL, il ne s'agissait pas d'"avances relatives au bien-fonds", quel qu'ait pu être le sens que les parties prenaient à cette expression. En tout état de cause, SHO aurait dû verser à Edstan les avances de fonds ordinaires pour la construction en sus des 350 930 \$, conformément à l'autorisation de la SCHL. Bien entendu, il aurait suffi, pour éviter tout cela, que SHO reçoive une directive expresse d'avancer à SLO la somme de 350 930 \$ qui était réputée avoir été avancée dans l'engagement hypothécaire modifié et qu'après elle donne suite aux autorisations d'acomptes données par la SCHL, en versant à Edstan les sommes ainsi autorisées.

En raison de la décision déjà prise relativement aux diverses revendications de privilège, il n'est pas nécessaire d'examiner les arguments concernant la disposition en matière de fiducie contenue au par. 2(3) de la Loi. Il n'est pas nécessaire non plus d'aborder spécifiquement la question de la qualifi-

received by OMC from the exercise of the power of sale under its mortgage.

In the result:

- (a) The lien claims by Ken Gordon Excavating Limited, in its own right, and by S. Henry & Sons Limited are valid and must be paid in full by OHC. Accordingly, the appeal of OHC fails and the order of the Court of Appeal is confirmed, with costs in this Court to these two lien claimants.
- (b) The remaining ten liens are valid as against E and have priority over OHC with reference to the advances amounting to \$350,930 paid out by OMC. The trial judge found the total of lien claims to be \$136,319.10, and there is no appeal with respect to the amount. Lien claims totalling \$128,083.49 were filed before November 1, 1977; accordingly, they may be satisfied out of the \$281,060 advance made by OMC to OHC on November 1, 1977. The remaining claims, which total \$8,235.61, were all registered by November 18, and can be satisfied out of the December 1, 1977 advance of \$69,870.
- (c) The proceeds from the exercise of the power of sale, as received and as held by OMC pending the outcome of these proceedings, shall be applied to the extent necessary to pay the lien claims of the ten lien claimants.
- (d) All payments herein to be made to the twelve lien claimants shall bear interest compounded in accordance with paragraph 1(h) of the order of the Divisional Court.
- (e) The appellant, Ken Gordon Excavating Limited, in its own right, and S. Henry & Sons Limited shall be entitled to their costs against OHC here and in all courts below.
- (f) The appellant Ken Gordon Excavating Limited, in its representative capacity, shall have

cation juridique des fonds reçus par SHO par suite de l'exercice du pouvoir de vendre que lui accordait son hypothèque, ni celle du droit à ces fonds.

En définitive:

- a) Les revendications de privilège faites par Ken Gordon Excavating Limited en son propre nom et par S. Henry & Sons Limited sont valides et SLO doit en payer le montant intégral. Par conséquent, le pourvoi interjeté par SLO échoue et l'ordonnance de la Cour d'appel est confirmée. Ces deux créancières privilégiées ont droit à leur dépens en cette Cour.
- b) Les dix autres priviléges sont valides à l'égard d'Edstan et leurs titulaires ont priorité sur SLO en ce qui concerne les avances de 350 930 \$ versées par SHO. Le juge de première instance a fixé à 136 319,10 \$ le montant total des revendications de privilège et ce montant n'est pas contesté. Des revendications de privilège dont le montant total s'élève à 128 083,49 \$ ont été déposées avant le 1^{er} novembre 1977; par conséquent, elles peuvent être payées à même les 281 060 \$ que SHO a avancés à SLO le 1^{er} novembre 1977. Les autres revendications dont le montant total s'élève à 8 235,61 \$ étaient toutes enregistrées dès le 18 novembre et elles peuvent être payées à même l'avance de 69 870 \$ du 1^{er} décembre 1977.
- c) Les fonds découlant de l'exercice du pouvoir de vendre, reçus et gardés par SHO en attendant l'issue du présent pourvoi, doivent être affectés, dans la mesure nécessaire, au paiement des revendications de privilège des dix créanciers privilégiés.
- d) Tous les paiements à effectuer aux douze créanciers privilégiés porteront des intérêts composés conformément à l'alinéa 1h) de l'ordonnance de la Cour divisionnaire.
- e) L'appelante Ken Gordon Excavating Limited en son propre nom et S. Henry & Sons Limited ont droit à leurs dépens contre SLO en cette Cour et dans toutes les cours d'instance inférieure.
- f) L'appelante Ken Gordon Excavating Limited en sa qualité de représentante a droit à ses

its costs against OMC here and in the courts below.

- (g) The appeal of OHC shall be dismissed without costs in this Court.

The appeal of Ken Gordon Excavating Limited is allowed and the appeal of Ontario Housing Corporation dismissed, both with costs accordingly.

Solicitors for Ken Gordon Excavating Limited (in its representative capacity): Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin, Ottawa.

Solicitor for Ontario Housing Corporation: H. Allan Leal, Toronto.

Solicitors for Ontario Mortgage Corporation: Goldberg, Shinder, Gardner, Kronick & Tavel, Ottawa.

Solicitors for Ken Gordon Excavating Limited (in its individual capacity): Wilson, Dubuc, Ryan & Whillans, Ottawa.

dépens contre SHO en cette Cour et dans les cours d'instance inférieure.

- g) Le pourvoi de SLO est rejeté sans adjudication de dépens en cette Cour.

Le pourvoi de Ken Gordon Excavating Limited est accueilli et le pourvoi de la Société de logement de l'Ontario est rejeté, avec dépens en conséquence dans les deux cas.

Procureurs de Ken Gordon Excavating Limited (en sa qualité de représentante): Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady, Morin, Ottawa.

Procureur de la Société de logement de l'Ontario: H. Allan Leal, Toronto.

Procureurs de la Société d'hypothèques de l'Ontario: Goldberg, Shinder, Gardner, Kronick & Tavel, Ottawa.

Procureurs de Ken Gordon Excavating Limited (en son propre nom): Wilson, Dubuc, Ryan & Whillans, Ottawa.