

Northern Electric Company Limited, et al.
Appellants;

and

The Manufacturers Life Insurance Company
Respondent.

1976: February 25, 26; 1976: November 16.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Spence,
Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA
SCOTIA, APPEAL DIVISION

Contracts — Mortgage financing arrangement — Sale and lease back with mortgage — Developer acting "as own contractor" — Mechanics' liens — Priorities as between lien holder and mortgagee — Whether under the mortgage financing arrangement between developer and Insurance Company the latter became "an owner" — The Mechanics' Lien Act, R.S.N.S. 1967, c. 178, ss. 1(a), (d), 5, 10, 11, 12.

Mechanics' liens — Owner — Person on whose behalf work is done — Person with whose privity and consent work is done — Person for whose direct benefit work is done — Hold back — Whether lessee is contractor — The Mechanics' Lien Act, R.S.N.S. 1967, c. 178, ss. 1(a), (d) 5, 10, 11, 12.

Mechanics' liens had been filed against land in which Manufacturers had a reversionary interest for a total of \$207,387.91 by subcontractors of whom Northern was one. A developer, Metropolitan Projects Limited, had agreed to sell the land to Manufacturers and Manufacturers to lease back the land to Metropolitan for 80 years. Manufacturers was to advance moneys on a first mortgage of the leasehold interest for construction of an apartment building on the land, the title to the building as well as to the land to be in Manufacturers. When the construction was almost completed Metropolitan went into bankruptcy. Actions were taken by the lien holders and the Northern action tried as a test case. The trial judge held that Northern was entitled to a lien on Manufacturer's reversion in fee simple and that there was a joint venture involved in the construction project but rejected the claim against the mortgaged leasehold interest in the land. The Court of Appeal however reversed, setting aside the trial judgment, rejecting the claim of lien against Manufacturers and holding that Metropolitan and Manufacturers were not joint ventur-

Northern Electric Company Limited, et
autres Appellants;

et

La compagnie d'assurance-vie
Manufacturers *Intimée.*

1976: les 25 et 26 février; 1976: le 16 novembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland,
Judson, Spence, Pigeon, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR
SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Contrats — Accord de financement par hypothèque — Vente et cession-bail avec hypothèque — Promoteur agissant «comme son propre entrepreneur» — Privilèges de constructeur — Priorité de rang entre le titulaire du privilège et le créancier hypothécaire — La compagnie d'assurances est-elle devenue «un propriétaire» à la suite d'un accord de financement par hypothèque entre elle et le promoteur? — The Mechanics' Lien Act, R.S.N.S. 1967, c. 178, art. 1a), d), 5, 10, 11, 12.

Privilèges de constructeur — Propriétaire — Personne au nom de laquelle les travaux sont effectués — Personne avec le concours et le consentement de laquelle les travaux sont effectués — Personne au profit personnel de laquelle les travaux sont effectués — Retenue — Le locataire est-il un entrepreneur? — The Mechanics' Lien Act, R.S.N.S. 1967, c. 178, art. 1a), d), 5, 10, 11, 12.

Des privilèges de constructeur avaient été enregistrés par des sous-traitants, dont Northern, au montant total de \$207,387.91, contre un terrain dans lequel Manufacturers avait un droit de retour. Un promoteur, Metropolitan Projects Limited, avait convenu de vendre le terrain à Manufacturers et cette dernière de le louer à Metropolitan pour un terme de 80 ans. Manufacturers devait avancer des fonds sur la garantie d'une première hypothèque sur le droit de tenure à bail pour la construction d'un immeuble d'appartements sur le terrain, Manufacturers étant propriétaire de ce dernier aussi bien que du bâtiment. Metropolitan fit faillite alors que la construction était presque complètement terminée. Des actions furent initiées par les titulaires des privilèges et celle de Northern fut instituée comme action-type. Le juge de première instance a statué que Northern était titulaire d'un privilège sur le droit de retour en pleine propriété et que le projet de construction de l'immeuble d'appartements constituait une opération conjointe. Il a toutefois refusé de reconnaître l'existence d'un privilège grevant le droit de tenure à bail hypothéqué sur le

ers. Manufacturers was held not to be an "owner" under the Act. The Court of Appeal further held that the lien claimant could not assert priority over Manufacturers' mortgage either under s. 7(3) or under s. 14(1) of the Act.

Held (Martland and Judson JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Laskin C.J. and Spence, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.: Although there was a lender-borrower aspect to the transaction the substance of it, particularly a letter of commitment providing for the sale by Metropolitan to Manufacturers of the land, gave it a different complexion. Nowhere in that letter was it stated that the construction of the building was to be for Metropolitan. If the building was for anyone it was for the respondent as owner of the land on which it was to be built.

The work can properly be said to have been done on behalf of Manufacturers, if not also for its direct benefit, as well as on behalf of Metropolitan and for its direct benefit. Since Manufacturers was an owner within s. 1(d) as being "a person at whose request and on whose behalf work is done or materials are furnished" it was also "any owner" under s. 5. Manufacturers *qua* its contract with Metropolitan was the person primarily liable so far as that contract was concerned; and as it contemplated construction of a building on land of which Manufacturers became owner pursuant to that contract, the contract was one by virtue of which a lien could arise.

Per Martland and Judson JJ. *dissenting*: While the work was done at the request of Manufacturers within the meaning of the Act it was not done on the credit of Manufacturers nor on its behalf. It was done by Metropolitan and by sub-contractors on Metropolitan's credit and on behalf of Metropolitan, but it was done with the privity and consent of Manufacturers which was therefore an owner within s. 1(d). Metropolitan did not however do the work of construction for Manufacturers; it contracted that a building would be constructed but constructed the building not as a contractor for Manufacturers but for itself as owner of the leasehold interest. Metropolitan was not a contractor under s. 1(a) and therefore the materials supplied by Northern were furnished for Metropolitan as owner, and not as a

terrain. La Cour d'appel a toutefois infirmé le jugement de première instance et a refusé de reconnaître l'existence d'un privilège à l'encontre de Manufacturers, statuant que Metropolitan et Manufacturers ne menaient pas une opération conjointe. Manufacturers n'a pas été jugée «propriétaire» au sens de la Loi. La Cour d'appel a en outre statué que le titulaire du privilège ne pouvait affirmer que ses droits primaient ceux de Manufacturers à titre de créancier hypothécaire, ni en vertu du par. 7(3) ni en vertu du par. 14(1) de la Loi.

Arrêt (les juges Martland et Judson étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence, Pigeon, Beetz et de Grandpré: Même si l'opération revêtait à certains égards l'aspect d'un prêt, son essence, particulièrement une lettre d'engagement stipulant la vente du terrain par Metropolitan à Manufacturers, est tout autre. On ne disait nulle part dans cette lettre que la construction de l'immeuble d'appartements devait se faire pour le compte de Metropolitan. Si la construction de l'immeuble se faisait pour le compte de quelqu'un, c'était pour celui de l'intimée qui était propriétaire du terrain sur lequel on le construisait.

On peut dire à bon droit que les travaux ont été exécutés au nom de Manufacturers, sinon aussi à son profit personnel, aussi bien qu'au nom de Metropolitan et à son profit personnel. Puisque Manufacturers était un propriétaire au sens de l'al. 1d) en tant que «personne à la demande et au nom de qui des travaux ont été exécutés ou des matériaux fournis», elle était également «tout propriétaire» en vertu de l'art. 5. Manufacturers de par son contrat avec Metropolitan était la personne liée au premier chef en ce qui concerne ce contrat; et comme celui-ci visait la construction d'un immeuble sur un terrain dont Manufacturers était devenue propriétaire conformément audit contrat, il s'ensuit qu'il s'agit d'un contrat en vertu duquel un privilège peut exister.

Les juges Martland et Judson, dissidents: Bien que les travaux fussent effectués à la demande de Manufacturers au sens de la Loi, ils n'ont pas été exécutés sur la foi du crédit de Manufacturers ni en son nom. Ils étaient effectués par Metropolitan et par des sous-traitants sur le crédit et au nom de Metropolitan, mais ils étaient effectués avec le concours et consentement de Manufacturers qui était par conséquent un propriétaire au sens de l'al. 1d). Toutefois, Metropolitan n'a pas exécuté les travaux de construction pour Manufacturers; elle s'est engagée à ce qu'un immeuble soit construit, mais elle a construit l'immeuble non à titre d'entrepreneur pour Manufacturers mais pour elle-même en qualité de propriétaire titulaire du droit de tenure à bail. Metropolitan n'était pas un entrepreneur au sens de l'al. 1a) et, par

contractor for Manufacturers. Northern did not therefore have a lien as against Manufacturers in the land nor was Manufacturers required under s. 12 to maintain a holdback for the benefit of Northern.

[*Northern Electric Company Limited v. F. Warkentin Electric Ltd.* (1972), 27 D.L.R. (3d) 519 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division¹ reversing a judgment of O'Hearn, Co. Ct. J., at trial holding appellant entitled to a lien on respondents' reversion in fee simple. Appeal allowed, Martland and Judson JJ. dissenting.

Harold F. Jackson, Q.C., and David H. Reardon, for the appellants.

J. S. Alward, Q.C., and G. S. Black, Q.C., for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal involves a question of first instance in this Court, namely whether, under the particular scheme of construction mortgage financing arranged between a developer landowner and the respondent as "banker", the latter became an "owner" under *The Mechanics' Lien Act*, R.S.N.S. 1967, c. 178, so as to make its interest in the property upon which construction had proceeded the subject of registered lien claims of unpaid subcontractors or, alternatively, whether the lien claimants were entitled as against the respondent to rely on the holdback provisions of the Act or whether the respondent was subject to their lien claims as a joint venturer with the developer landowner.

¹ (1974), 2 A.P.R. 97.

conséquent, les matériaux fournis par Northern étaient destinés à Metropolitan, à titre de propriétaire et non pas en qualité d'entrepreneur pour Manufacturers. Cela étant Northern n'avait pas un privilège grevant les droits de Manufacturers sur le terrain et Manufacturers n'avait pas l'obligation en vertu de l'art. 12 de maintenir une retenue en faveur de Northern.

[Arrêt mentionné: *Northern Electric Company Limited v. F. Warkentin Electric Ltd.* (1972), 27 D.L.R. (3d) 519.]

POURVOI interjeté d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse¹, infirmant un jugement du juge O'Hearn de la Cour de comté qui avait décidé que l'appelante était titulaire contre l'intimée d'un privilège sur le droit de retour en pleine propriété. Pourvoi accueilli, les juges Martland et Judson étant dissidents.

Harold F. Jackson, c.r., et David H. Reardon, pour les appelantes.

J. S. Alward, c.r., et G. S. Black, c.r., pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Spence, Pigeon, Beetz et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le présent pourvoi porte sur une question soulevée pour la première fois devant cette Cour. En vertu d'un accord de financement hypothécaire pour la construction d'un immeuble, conclu en l'espèce entre le promoteur-propriétaire du terrain et l'intimée à titre de banquier, cette dernière est-elle devenue «propriétaire» au sens de la *Mechanics' Lien Act*, R.S.N.S. 1967, c. 178 et ses droits sur le terrain sur lequel a été construit l'immeuble sont-ils en conséquence assujettis aux privilèges enregistrés par les sous-traitants ayant des créances en souffrance? Subsidiairement, les titulaires de privilèges peuvent-ils opposer à l'intimée les dispositions législatives relatives à la retenue ou encore, ces privilèges valent-ils à l'encontre de l'intimée, considérée comme ayant mené une opération conjointe avec le promoteur-propriétaire du terrain?

¹ (1974), 2 A.P.R. 97.

The trial judge in a test action brought to enforce the lien claim of the appellant, one of seventeen such claimants, held that the appellant was entitled to a lien upon the respondent's reversion in fee simple and held also in supplementary reasons that there was a joint venture involved in the construction project, which was an apartment building. However, he rejected the claim of lien against the mortgaged leasehold interest in the land. The Nova Scotia Court of Appeal, founding itself mainly on the decision of the Manitoba Court of Appeal in *Northern Electric Company Limited v. F. Warkentin Electric Ltd.*², set aside the trial judgment and rejected the claim of lien against the respondent, holding that the appellant and respondent were not joint venturers in the construction of the apartment building and that the respondent was not an "owner" under the Act, not being a person at whose request the construction was carried out. It held, further, that in any event the lien claimant could not assert priority over the respondent's mortgage either under s. 7(3) or under s. 14(1) of the Act.

My brother Martland, whose reasons I have had the benefit of seeing before preparing my own, has set out in detail the facts out of which this lien proceeding arose. I need not repeat them here save to emphasize those features which, in the light of the total arrangement between the developer and the respondent, lead me to a conclusion different from that which my brother Martland would reach. In my opinion, although there is a lender-borrower aspect to the transaction between the developer and the respondent, the substance of it gives it a far different complexion.

The key document is a letter of commitment which, as revised, provided for the sale by the developer Metropolitan to the respondent of certain land for \$164,000, an agreement by the respondent to lease the land to Metropolitan for a term of 80 years and to advance \$1,236,000 to Metropolitan, on the security of a first mortgage on the leasehold interest, at an interest rate of 9¼

² (1972), 27 D.L.R. (3d) 519.

Dans une action-type instituée pour faire valoir le privilège de l'appelante (il y avait dix-sept autres réclamants), le juge de première instance a statué que cette dernière avait droit à un privilège sur le droit de réversion en pleine propriété de l'intimée et il a en outre statué que le projet de construction de l'immeuble d'appartements constituait une opération conjointe. Il a toutefois rejeté la revendication de privilège sur le droit de tenure à bail hypothéqué. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, se fondant surtout sur la décision de la Cour d'appel du Manitoba dans *Northern Electric Company Limited v. F. Warkentin Electric Ltd.*², a infirmé le jugement de première instance et a rejeté la revendication de privilège à l'encontre de l'intimée. Elle a décidé que la construction de l'immeuble d'appartements ne constituait pas une opération conjointe de l'appelante et de l'intimée et que cette dernière n'était pas «propriétaire» au sens de la Loi, n'étant pas une personne à la demande de qui se faisait la construction. Elle a en outre statué que, de toute façon, celui qui revendique le privilège ne pouvait affirmer que ses droits avaient priorité sur ceux de l'intimée à titre de créancier hypothécaire, ni en vertu du par. 7(3) ni en vertu du par. 14(1) de la Loi.

Mon collègue le juge Martland, dont j'ai eu l'avantage de lire les motifs avant de rédiger les miens, a exposé de façon détaillée les faits qui ont donné naissance aux présentes procédures. Il ne m'est pas nécessaire de les reprendre, sauf pour souligner les aspects de l'affaire qui, à la lumière de l'ensemble de l'entente conclue entre le promoteur et l'intimée, m'amènent à une conclusion différente de la sienne. A mon avis, même si l'opération intervenue entre le promoteur et l'intimée revêt à certains égards l'aspect d'un prêt, elle en est essentiellement différente.

Le document clé est une lettre qui, dans sa version révisée, stipule que la Metropolitan, promoteur immobilier, devait vendre à l'intimée un certain terrain au prix de \$164,000 et que l'intimée céderait à bail le terrain à la Metropolitan pour une durée de 80 ans et avancerait à celle-ci la somme de \$1,236,000, garantie par une première hypothèque sur le droit de tenure à bail, à un

² (1972), 27 D.L.R. (3d) 519.

per cent. As originally drawn on October 29, 1968, the letter recited that "it is understood and agreed that we will construct one four-story apartment building with an aggregate of 82 suites. . . . The construction is to be in accordance with the preliminary plans and specifications in your possession. It is understood and agreed that final plans and specifications are to meet with your approval". The respondent accepted this proposal on November 8, 1968, and six months later the parties agreed to expand the project to a six-storey apartment building with an aggregate of 125 suites, involving of course a larger advance by the respondent. By that time, as the revised letter of May 14, 1969 stated—and it was a letter from the respondent to Metropolitan—construction had already commenced. The respondent's control of the financing of the project entitled it to measure any advances against progress towards completion of the apartment building. The letter of commitment also provided that notwithstanding that the respondent would withhold sufficient funds to complete construction, "there will be a holdback of \$185,400 until gross annual rents on an unfurnished basis exceed \$228,000 . . .".

In view of some of the submissions to which I will refer later in these reasons, it is worth noting that nowhere in the letter of commitment is it stated that the construction of the apartment building is to be for Metropolitan. The sequence of clauses in the letter is (1) an agreement by Metropolitan to sell its land to the respondent, the latter to lease the land back for an 80-year term; (2) an agreement by the respondent to grant a first mortgage on the leasehold interest; (3) a description of the land, and (4) "it is agreed and understood that we [Metropolitan] will construct a six-storey apartment building with an aggregate of 125 suites . . .". If the apartment building was for anyone, it was for the respondent as owner of the land on which it was to be built. Metropolitan was as much a contractor for the construction as a beneficiary thereof.

intérêt de 9¼ pour cent. Dans sa version initiale, en date du 29 octobre 1968, la lettre portait qu'[TRADUCTION] «il est convenu que nous construirons un immeuble de quatre étages comprenant au total 82 appartements. . . . La construction sera conforme aux plans et devis préliminaires qui sont en votre possession. Il est convenu que les plans et devis définitifs seront soumis à votre approbation». L'intimée a accepté cette offre le 8 novembre 1968 et, six mois plus tard, les parties ont convenu d'un projet plus audacieux, de construire un immeuble de six étages, comportant 125 appartements, ce qui supposait, bien sûr, que l'intimée augmente son avance. Les travaux de construction étaient déjà commencés, comme en fait état la lettre révisée du 14 mai 1969, envoyée par l'intimée à la Metropolitan. L'intimée qui avait la haute main sur le financement du projet, avait le droit de régler ses avances de fonds sur l'avancement des travaux. L'engagement portait en outre que l'intimée, en plus de retenir une somme suffisante pour terminer la construction, [TRADUCTION] «retiendrait la somme de \$185,400 jusqu'à ce que les loyers annuels bruts des appartements, sans les meubles, dépassent \$228,000 . . .».

Étant donné certaines des prétentions dont je parlerai plus tard, il y a lieu de signaler qu'on ne dit nulle part dans la lettre d'engagement que la construction de l'immeuble d'appartements doit se faire pour le compte de la Metropolitan. Dans l'ordre, les clauses de cette lettre sont les suivantes: (1) engagement par la Metropolitan de vendre son terrain à l'intimée qui le cédera à bail à la Metropolitan pour une durée de 80 ans; (2) engagement par l'intimée d'accorder un prêt garanti par hypothèque sur le droit de tenure à bail; (3) une description du terrain, et (4) [TRADUCTION] «il est convenu que nous [Metropolitan] construirons un immeuble d'appartements de six étages comportant 125 appartements . . .». Si la construction de l'immeuble d'appartements se faisait pour le compte de quelqu'un, c'était pour celui de l'intimée en tant que propriétaire du terrain sur lequel on le construisait. La Metropolitan était autant un entrepreneur de la construction qu'un bénéficiaire de celle-ci.

Of the total loan commitment, \$1,150,000 was advanced before any lien was registered and none of the balance of the loan, namely, \$85,400 was advanced thereafter. Hence, in so far as the respondent can be said to be a prior mortgagee only, it was protected as to its actual advances by s. 14(1) of the Act. It was not suggested that the \$85,400 had any relation to the \$185,400 holdback which was stipulated under the letter of commitment.

The land was conveyed to the respondent as agreed to under the original letter of commitment, and an 80-year lease was given by the respondent to Metropolitan which contained a covenant by the latter to construct the building and provided for certain rent payments to the respondent as follows:

A. In each and every year of the said term (each of which is measured by the commencement date and anniversaries thereof) in which the gross receipts from rentals and other monies received or receivable for the use and occupation of the demised lands and premises exceeds Two Hundred Fifty-five Thousand Dollars (\$255,000.00) rental equal to Ten (10%) percent of such excess which shall be paid by the Lessee to the Lessor within Sixty (60) days of the end of each such year or years; and

B. In addition to the rental payable under the next preceding Clause A the following rent:

(i) In advance on the first day of each and every succeeding month during the first three hundred and sixty—(360) months of the term of this Lease, commencing on the 1st day of June, A.D., 1969, the sum of One Thousand One Hundred and Sixty-one Dollars and Sixty-seven Cents (\$1,161.67);

(ii) In advance on the first day of each and every succeeding month during the next two hundred and forty (240) months of the said term commencing on the 1st day of June, A.D., 1999, a sum equivalent to one-twelfth of eight and one-half per cent (8½%) of the appraised value of the demised lands, exclusive of any buildings and improvements thereon, as of the 31st day of May, A.D., 1999, or the monthly sum payable under subclause (i) immediately preceding, whichever is the greater;

(iii) In advance on the first day of each and every succeeding month after the expiration of the first six hundred (600) months of the term of this Lease until the expiration of the said term, commencing on the

Du prêt total promis, on a avancé \$1,150,000 avant l'enregistrement du premier privilège; le solde du prêt, soit \$85,400, n'a jamais été versé. Relativement aux avances réellement faites, l'intimée ne jouit donc de la protection accordée par le par. 14(1) de la Loi que dans la mesure où elle peut être considérée comme un créancier hypothécaire dont la créance est antérieure. Personne n'a prétendu que la somme de \$85,400 avait un rapport quelconque avec la retenue de \$185,400, stipulée dans la lettre d'engagement.

Le terrain a été cédé à l'intimée, selon ce que prévoyait la lettre initiale d'engagement, et l'intimée a cédé le terrain à bail à la Metropolitan pour une durée de 80 ans. Une des stipulations de ce bail était que la Metropolitan construise l'immeuble et l'on y fixait les paiements suivants qui devaient être versés à l'intimée à titre de loyer:

[TRADUCTION] A. Chaque année de la durée du bail (les années commencent le jour de l'entrée en vigueur du bail et, par la suite, le jour anniversaire de celui-ci) où les revenus bruts tirés des loyers et les autres sommes reçues ou à recevoir pour l'usage et l'occupation des terrains et des locaux cédés à bail dépassent deux cent cinquante-cinq mille dollars (\$255,000), une redevance égale à dix (10%) pour cent de cet excédent, que le preneur paiera au bailleur dans les soixante (60) jours de la fin de chacune de ces années; et

B. Outre la redevance payable en vertu de la clause A ci-dessus, le loyer suivant:

(i) A l'avance, le premier jour de chaque mois durant les trois cent soixante (360) premiers mois de la durée du présent bail, à compter du 1^{er} juin 1969, la somme de mille cent soixante-et-un dollars et soixante-sept cents (\$1,161.67);

(ii) A l'avance, le premier jour de chaque mois durant les deux cent quarante (240) mois suivants de la durée du bail, à compter du 1^{er} juin 1999, un montant équivalant à un douzième de huit et demi pour cent (8½%) de la valeur estimative des terrains cédés à bail, à l'exclusion des bâtiments et des améliorations qui s'y trouvent, en date du 31 mai 1999, ou le montant payable mensuellement en vertu de la sous-clause (i) ci-dessus, selon celui des deux montants qui est le plus élevé;

(iii) A l'avance, le premier jour de chaque mois après l'expiration des six cents (600) premiers mois de la durée du présent bail jusqu'à l'expiration de celui-ci, à compter du 1^{er} juin 2019, un montant équivalant à un

1st day of June, A.D., 2019, a sum equivalent to one-twelfth of eight and one-half per cent (8½%) of the appraised value of the demised lands, exclusive of any buildings and improvements thereon, as of the 31st day of May, A.D., 2019, or the monthly sum payable under subclause (ii) immediately preceding, whichever is the greater;

The mortgage of the leasehold interest was by way of a sublease of 80 years less one day and the mortgage advances were to be repaid in thirty years by blended monthly payments of principal and interest. Metropolitan acted as its own contractor on the job, doing the structural work and some carpentry. Other required work was done by subcontractors and the project was about 90 to 95 per cent completed when Metropolitan went bankrupt. Once construction began, an official of the respondent, charged by it to oversee the project, visited the site about every two weeks to see that the plans and specifications approved by the respondent were being followed. Inspections also took place when advances of mortgage money were requested.

The result of the arrangement between Metropolitan and the respondent was to give the latter title to the land and building, full possession on the termination of the 80-year lease, and in the meantime the right to share in the profits from the apartment building as well as to receive monthly rent payments during the leasehold period. This was no mere mortgage investment by the respondent requiring it to reconvey the property on repayment of its loan but, rather, the financing, for its own benefit as owner, of a property development to be carried out for it by another who brought into it the land on which the development was to take place and who would stand to gain (apart from being paid for the land) from the revenues of the development over the period of its leasehold. In the events that happened, Metropolitan lost its leasehold interest when a second mortgagee thereof foreclosed and Metropolitan's rights were sold.

douzième de huit et demi pour cent (8½%) de la valeur estimative des terrains cédés à bail, à l'exclusion des bâtiments et des améliorations qui s'y trouvent, en date du 31 mai 2019, ou le montant payable mensuellement en vertu de la sous-clause (ii) ci-dessus, selon celui des deux montants qui est le plus élevé;

Le droit de tenure à bail a été grevé d'une hypothèque qui a pris la forme d'une sous-location d'une durée de 80 ans moins un jour et les fonds prêtés sur hypothèque devaient être remboursés en trente ans par des paiements mensuels composés comprenant le capital et l'intérêt. La Metropolitan a agi comme son propre entrepreneur sur le chantier, se chargeant du gros œuvre et de la charpente ainsi que d'une partie de la menuiserie. Les autres travaux ont été confiés à des sous-traitants; le projet était achevé à environ 90 ou 95 p. cent quand la Metropolitan a fait faillite. Dès le début des travaux, un employé de l'intimée, chargé de surveiller le projet, a visité le chantier toutes les deux semaines environ pour s'assurer que l'on suivait bien les plans et devis approuvés par l'intimée. Il y avait aussi une inspection chaque fois qu'on demandait des avances de fonds.

Aux termes de l'entente conclue entre la Metropolitan et l'intimée, cette dernière était propriétaire du terrain et de l'immeuble, elle avait la pleine possession à la fin du bail de 80 ans, et entre-temps, elle avait un droit de participation aux profits tirés de l'immeuble d'appartements ainsi que le droit de recevoir des redevances mensuelles pendant la durée du bail. Il ne s'agissait pas d'un simple investissement sous forme d'hypothèque par l'intimée l'obligeant à rétrocéder la propriété au moment du remboursement du prêt, mais plutôt d'un financement, pour son propre bénéfice à titre de propriétaire, d'un projet de développement immobilier devant être effectué pour elle par un autre qui contribuait le terrain à aménager et qui (en plus de toucher le prix du terrain) devait participer aux profits tirés des revenus produits par la propriété pendant la durée du bail. Mais la Metropolitan a perdu son droit de tenure à bail lorsqu'il y eut forclusion par un créancier hypothécaire de second rang et que les droits de la Metropolitan ont été vendus.

It is my brother Martland's conclusion that on the facts herein the respondent is an "owner" as that term is defined in s. 1(d) of the Act which reads as follows:

In this Act,

(d) "owner" extends to any person, body corporate or politic, including a municipal corporation and a railway company, having any estate or interest in the land upon or in respect of which the work or service 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 and consent; or
- (iv) for whose direct benefit;

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

That conclusion is based on the view that under the arrangement with Metropolitan, by which the respondent obtained an estate or interest in the land upon which the apartment building was constructed, the work of construction was done at its request and with its privity and consent. I agree with this assessment so far as it goes. In coming to the conclusion that the respondent was an "owner" as aforesaid, Justice Martland examined the *Warkentin* case and was satisfied that on its facts it differed from the present case. At the same time, he rejected the contention of the appellant that the work was done either upon the respondent's credit, within s. 1(d)(i), or on its behalf, within s. 1(d)(ii).

Coffin J.A., who spoke for the Nova Scotia Court of Appeal, had also concluded that there was "privity and consent" on the respondent's part and (to quote him) "that being so, my doubts in view of my [adverse] conclusion as to joint venture, as to whether it can in any way be said that the work was done on behalf of or for the direct benefit of [the respondent] under clause (ii) and (iv) of s. 1(d) are perhaps not important". Coffin J.A. refused, however, to find that work was done

Mon collègue le juge Martland arrive à la conclusion que, compte tenu des faits en l'espèce, l'intimée est un «propriétaire», selon la définition de ce terme à l'al. 1d) de la Loi:

[TRADUCTION] Dans la présente loi,

(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 autre droit sur le bien-fonds sur lequel ou pour lequel les travaux ou les services sont faits ou rendus, ou les matériaux placés ou fournis, à sa demande et

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

et toutes les personnes qui revendent comme ses ou leurs ayants droits, dont les droits ont été acquis après le commencement des travaux ou des services ou de la fourniture de matériaux qui font l'objet d'une revendication de privilège;

Cette conclusion s'appuie sur le point de vue qu'en vertu de l'entente conclue avec la Metropolitan, aux termes de laquelle l'intimée a obtenu un droit de tenure ou un autre droit sur le bien-fonds sur lequel l'immeuble d'appartements était construit, les travaux de construction ont été exécutés à sa demande et avec son concours et consentement. Je souscris à cela, mais il y a plus. Pour arriver à la conclusion que l'intimée est un «propriétaire», le juge Martland a examiné l'arrêt *Warkentin* et a conclu que les faits la distinguaient de la présente cause. En même temps, il a rejeté la prétention de l'appelante selon laquelle les travaux avaient été exécutés sur la foi du crédit de l'intimée, au sens du sous-al. 1d)(i), ou en son nom, au sens du sous-al. 1d)(ii).

Le juge Coffin, porte-parole de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, a lui aussi conclu qu'il y avait «concours et consentement» de la part de l'intimée et (je le cite) [TRADUCTION] «que cela étant et compte tenu de ma conclusion [négative] sur l'existence d'une opération conjointe, mes doutes sur la question de savoir si l'on peut dire que les travaux ont été exécutés au nom de [l'intimée] ou à son profit personnel en vertu des sous-al. (ii) et (iv) de l'al. 1d), ne revêtent peut-être pas

at the respondent's request, either expressly or impliedly, and I agree with my brother Martland that Coffin J.A. was wrong in failing to make that finding.

I would go further than the Nova Scotia Court of Appeal and further than my brother Martland in assessing whether the respondent is an "owner" under s. 1(d). In my opinion, the work herein can properly be said to have been done also on the respondent's behalf, if not also for its direct benefit. It may be said that it was also done on behalf of Metropolitan and for its direct benefit, but, if so, this does not preclude a similar finding in respect of the respondent, having regard to the arrangement between it and Metropolitan. The outright purchase by the respondent of the land on which the apartment building was to be built, the fact that title to the building would belong to the respondent no less than the title to the land, without any reversion right in Metropolitan, and the fact that, to the knowledge of the respondent, Metropolitan was to act as contractor on the project which was to proceed according to plans and specifications approved by the respondent and under the latter's financial control, are significant indications to me that the work was being done and the materials furnished more on behalf of the respondent than on behalf of Metropolitan, and more for its direct benefit than for the direct benefit of Metropolitan.

The nub of this case resides in the application to the lien claim of the appellant of ss. 5 and 12 of the Act. For purposes of context, I reproduce ss. 10 and 11 as well; the four sections are as follows:

5. Unless he signs an express agreement to the contrary and in that case subject to Section 3, any person who performs any work or service upon or in respect of, or places or furnishes any material to be used in the making, constructing, erecting, fitting, altering, improving, or repairing of any erection, building, railway, ship, vessel, land, wharf, pier, bulkhead, bridge, trestlework, vault, mine, well, excavation, fence, sidewalk, pavement, fountain, fishpond, drain, sewer, aqueduct, roadbed, way, fruit or ornamental trees, or the appurtenances to any of them, for any owner, contractor, or sub-contractor, shall by virtue thereof have a lien for the price of such work, service or materials upon the erection, build-

d'importance». Le juge Coffin a toutefois refusé de statuer que les travaux avaient été exécutés à la demande expresse ou tacite de l'intimée, et je suis d'accord avec mon collègue le juge Martland que le juge Coffin a erré en ne concluant pas ainsi.

Mais j'irais plus loin que la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et plus loin que mon collègue le juge Martland en recherchant si l'intimée est un «propriétaire» au sens de l'al. 1d). A mon avis, on peut dans ce cas-ci dire à bon droit que les travaux ont été exécutés au nom de l'intimée mais non à son profit personnel. Il se peut qu'ils aient aussi été exécutés au nom de la Metropolitan et à son profit personnel, mais, si tel est le cas, cela n'empêche pas que cela soit vrai aussi à l'égard de l'intimée, étant donné l'entente conclue avec la Metropolitan. L'achat ferme par l'intimée du terrain sur lequel on devait construire l'immeuble d'appartements, le fait que celui-ci appartiendra à l'intimée tout autant que le bien-fonds, sans aucun droit de retour à la Metropolitan, et le fait qu'à la connaissance de l'intimée, la Metropolitan devait agir à titre d'entrepreneur du projet conformément aux plans et devis approuvés par l'intimée et sous son contrôle financier indiquent à mon avis que les travaux étaient exécutés et les matériaux fournis plus au nom de l'intimée qu'à celui de la Metropolitan et plus au profit personnel de la première qu'à celui de cette dernière.

Au cœur de la présente affaire est la question de l'application des art. 5 et 12 de la Loi à la revendication de privilège de l'appelante. Pour bien situer la question, je citerai aussi les art. 10 et 11:

[TRADUCTION] 5. Sauf s'il signe une convention expresse à l'effet contraire et, dans ce cas, sous réserve de l'article 3, quiconque effectue des travaux ou fournit des services à l'égard de la fabrication, la construction, l'érection, l'installation, la modification, l'amélioration ou la réparation d'une construction, d'un bâtiment, d'un chemin de fer, d'un bateau, d'un navire, d'un terrain, d'un quai, d'un embarcadère, d'une cloison, d'un pont, de chevalets, d'une voûte, d'une mine, d'un puits, d'une excavation, d'une clôture, d'un trottoir, d'une chaussée, d'une fontaine, d'un vivier, d'un drain, d'un égout, d'un aqueduc, de l'assiette d'une chaussée, d'un chemin, d'arbres fruitiers ou d'ornement, ou des accessoires de l'un

ing, railway, ship, vessel, land, wharf, pier, bulkhead, bridge, trestlework, vault, mine, well, excavation, fence, sidewalk, paving, fountain, fishpond, drain, sewer, aqueduct, roadbed, way, fruit or ornamental trees and appurtenances, and the land occupied thereby or enjoyed therewith or upon or in respect of which such work or service is performed, or upon which such materials are placed or furnished to be used, limited, however, in amount to the sum justly due to the person entitled to the lien and to the sum justly owing (except as herein provided) by the owner.

10. Save as herein otherwise provided, the lien shall not attach so as to make the owner liable for a greater sum than the sum payable by the owner to the contractor.

11. Save as herein otherwise provided, where the lien is claimed by any person other than the contractor the amount which may be claimed in respect thereof shall be limited to the amount owing to the contractor or subcontractor or other person for whom the work or service has been done or the materials placed or furnished.

12. (1) In all cases the person primarily liable upon any contract under or by virtue of which a lien may arise shall, as the work is done or materials are furnished under the contract, deduct from any payments to be made by him in respect of the contract, and retain for a period of forty-five days after the completion or abandonment of the contract, twenty per cent of the value of the work, service and materials actually done, placed or furnished as mentioned in Section 5, and such value shall be calculated on the basis of the contract price, or if there is no specific contract price, then on the basis of the actual value of the work, service or materials.

(2) Where the contract price or actual value exceeds fifteen thousand dollars, the amount to be retained shall be fifteen per cent instead of twenty per cent.

(3) The lien shall be a charge upon the amount directed to be retained by this Section in favor of sub-contractors whose liens are derived under persons to whom such moneys so required to be retained are respectively payable.

(4) All payments up to eighty per cent or eighty-five per cent where the contract price or actual value exceeds fifteen thousand dollars, of such price or value made in good faith by an owner to a contractor, or by a contractor to sub-contractor, or by one sub-contractor to

ou l'autre des susdits, pour tout propriétaire, entrepreneur ou sous-traitant, ou place ou fournit des matériaux à cet égard, jouit à ce titre d'un privilège visant à assurer l'acquittement du prix de ces travaux, services ou matériaux, sur les susdits et leurs accessoires, et sur le terrain occupé par eux ou dont ils ont la jouissance ou à l'égard desquels ces travaux ou ces services ont été fournis, ou sur lesquels ces matériaux sont placés ou sont fournis pour y être utilisés, privilège dont le montant est toutefois limité à celui légalement dû au titulaire du privilège et à celui légalement dû (sauf ce qui est prévu ci-après) par le propriétaire.

10. Sauf disposition contraire de la présente loi, le privilège n'a pas pour effet de rendre le propriétaire redevable d'une somme supérieure à celle qu'il doit payer à l'entrepreneur.

11. Sauf disposition contraire de la présente loi, lorsqu'une personne autre que l'entrepreneur revendique le privilège, le montant ainsi revendiqué ne peut dépasser le montant dû à l'entrepreneur ou au sous-traitant ou à toute autre personne pour qui les travaux ou les services ont été exécutés ou les matériaux placés ou fournis.

12. (1) Dans tous les cas la personne liée au premier chef par un contrat en vertu duquel ou conformément auquel un privilège peut naître, doit, au fur et à mesure de l'exécution des travaux ou de la fourniture des matériaux en vertu du contrat, déduire de tous les paiements qu'elle doit effectuer en vertu de ce contrat et retenir pour une période de quarante-cinq jours après l'exécution du contrat ou l'abandon de l'entreprise, un montant égal à vingt pour cent de la valeur des travaux, des services et des matériaux réellement effectués, placés ou fournis visés à l'article 5, valeur qui est calculée sur la base du prix contractuel ou de la valeur réelle des travaux, des services ou des matériaux, si ce prix n'est pas fixé.

(2) Lorsque le prix contractuel ou la valeur réelle dépasse quinze mille dollars, le montant à retenir est de quinze pour cent au lieu de vingt pour cent.

(3) Le privilège constitue une charge grevant le montant dont le présent article prescrit la retenue en faveur des sous-traitants qui tirent leur privilège des personnes auxquelles ces sommes qui doivent être retenues sont respectivement payables.

(4) Tous paiements jusqu'à concurrence de quatre-vingts pour cent, ou de quatre-vingt-cinq pour cent lorsque le prix contractuel ou la valeur réelle dépasse quinze mille dollars, de ce prix ou de cette valeur, faits de bonne foi par un propriétaire à un entrepreneur, ou

another sub-contractor, before notice in writing of such lien given by the person claiming the lien to him, shall operate as a discharge *pro tanto* of the lien.

(5) Payment of the percentage required to be retained under subsections (1) and (2) may be validly made so as to discharge all liens or charges in respect thereof after the expiration of the period of forty-five days mentioned in subsection (1) unless in the meantime proceedings have been commenced to enforce any lien or charge against such percentage as hereinafter provided.

Section 5, so far as relevant, declares that a lien arises when a person performs work upon or furnishes material to be used in the construction of a building "for any owner, contractor or sub-contractor". It seems plain to me that once it is determined that the respondent is an owner within s. 1(d), as being a person at whose request and on whose behalf work is done or materials are furnished in respect of land in which that person has an estate or interest, it is also "any owner" under s. 5, as a person for whom the work is done or the materials are furnished in respect of the construction project. It is unnecessary, therefore, for me to decide whether the respondent is also within s. 5 as an "owner" by reason of work being done or materials being furnished at its request and with its privity and consent. I incline to the view that it is also within s. 5 on that basis, especially when Metropolitan, the developer, was also the general contractor for the construction project carried out under the letters of commitment between it and the respondent.

Moreover, I am of the opinion that Metropolitan falls within the term "contractor" which is defined in s. 1(a) as follows:

In this Act,

(a) "contractor" means a person contracting with or employed directly by the owner or his agent for the doing of work or service or placing or furnishing materials for any of the purposes mentioned in this Act;

par un entrepreneur à un sous-traitant, ou par un sous-traitant à un autre sous-traitant, avant qu'un avis écrit du privilège lui ait été donné par la personne qui le revendique, constituent libération *pro tanto* de ce privilège.

(5) Le paiement du pourcentage dont les paragraphes (1) et (2) prescrivent la retenue peut s'effectuer valablement de manière à libérer tout privilège ou toute charge visés aux présentes après l'expiration de la période de quarante-cinq jours mentionnée au paragraphe (1), sauf si entre-temps des procédures ont été instituées pour satisfaire à la créance à même le pourcentage de la façon prévue ci-après.

L'article 5, pour autant qu'il nous intéresse, porte que bénéficie d'un privilège la personne qui exécute des travaux de construction d'un immeuble ou qui fournit des matériaux à cette fin «pour tout propriétaire, entrepreneur ou sous-traitant». Il me semble évident qu'une fois établi que l'intimée est un propriétaire au sens de l'al. 1d), c'est-à-dire en l'occurrence une personne à la demande et au nom de qui des travaux ont été exécutés ou des matériaux fournis relativement à un bien-fonds sur lequel cette personne a un droit de tenure ou un autre droit, elle se trouve de ce fait visée par les mots «tout propriétaire» à l'art. 5, en tant que personne pour qui les travaux sont exécutés ou les matériaux fournis relativement au projet de construction. Il ne m'est donc pas nécessaire de décider si l'intimée est aussi un «propriétaire» au sens de l'art. 5 du fait que des travaux ont été exécutés ou des matériaux fournis à sa demande et avec son concours et consentement. Je suis porté à croire qu'elle est aussi, de ce point de vue, un propriétaire au sens de l'art. 5, parce que notamment la Metropolitan, le promoteur, était aussi l'entrepreneur général du projet de construction exécuté en vertu de l'engagement souscrit par elle et l'intimée.

Je suis en outre d'avis que la Metropolitan est un «entrepreneur» selon la définition de l'al. 1a):

[TRADUCTION] Dans la présente loi,

a) «entrepreneur» désigne une personne qui passe un contrat avec le propriétaire ou son représentant, ou que l'un ou l'autre de ces derniers emploie directement, pour exécuter des travaux ou fournir des services ou placer ou fournir des matériaux pour toutes fins mentionnés à la présente loi;

It is a person who contracted with the owner, that is with the respondent, for the construction of the apartment building. I do not think that the definite article "the" in the definition can be taken here to exclude the respondent since, so far as any contract for the building was concerned, the respondent, as owner of the land on which the building was to be constructed, qualified as "owner" in respect of the contract. There was a direct dealing between Metropolitan, which acted as its own contractor, and the respondent, the former undertaking with the latter to build an apartment building according to plans to be approved by the respondent. I think it would be too narrow a reading of the provisions of the *Mechanics' Lien Act* (having regard to its object to offer protection to persons doing work or providing services or furnishing materials in respect of any building or improvement) to draw a distinction between a contract for an entire building and a contract for work, services or materials going to make up that building, so as to exclude the former from the scope of the Act in respect of the definition of "contractor".

Section 5 of the Act limits the lien as to amount "to the sum justly due to the person entitled to the lien and to the sum justly owing (except as herein provided) by the owner". The remaining amount of the agreed upon loan which had not been advanced was held by the respondent pending completion of the building, and hence it cannot be said to have been justly owing by the owner. It becomes necessary to see, therefore, whether the appellant can realize on its lien in any other way by way of exception to the provisions of s. 5. Neither s. 10 nor s. 11 is of any avail to the appellant, but both are subject to the overriding clause "save as herein otherwise provided". This brings me to consider whether the appellant can claim the benefit of the holdback provisions of s. 12.

The question is simply whether the respondent is within the words "the person primarily liable upon any contract under or by virtue of which a lien may arise" so as to oblige it to maintain a 15 per cent holdback for the prescribed period after com-

C'est une personne qui a passé un contrat avec le propriétaire, c'est-à-dire avec l'intimée, pour la construction de l'immeuble d'appartements. Je ne pense pas que l'emploi de l'article défini «le», dans la définition, exclut l'intimée en l'espèce car, en ce qui concerne tout contrat relatif à l'immeuble, l'intimée, à titre de propriétaire du terrain sur lequel l'immeuble devait être construit, se trouvait être «propriétaire» relativement au contrat. Il y a eu négociation directe entre la Métropolitain, qui agissait comme son propre entrepreneur, et l'intimée, celle-ci s'engageant envers celle-là à construire un immeuble d'appartements conforme aux plans qu'approuverait l'intimée. Je pense qu'on interpréterait de façon trop étroite les dispositions de la *Mechanics' Lien Act* (étant donné qu'elle vise à protéger les personnes exécutant des travaux ou fournissant des services ou des matériaux relativement à tout immeuble ou à toute amélioration) si l'on faisait une distinction entre un contrat visant la totalité de l'immeuble et un contrat visant des travaux, des services ou des matériaux qui vont servir à la construction de l'immeuble, de façon à exclure le premier de l'application de la Loi en raison de la définition du mot «entrepreneur».

L'article 5 de la Loi limite le privilège, sur le plan quantitatif, au montant «légalement dû au titulaire du privilège et à celui légalement dû (sauf ce qui est prévu ci-après) par le propriétaire». Le solde du prêt promis qui n'avait pas été versé, a été retenu par l'intimée jusqu'à l'achèvement des travaux, et on ne peut donc dire qu'il était légalement dû par le propriétaire. Il est donc nécessaire de déterminer si l'appelante peut toucher sa créance de quelque autre façon, autrement qu'en ayant recours aux dispositions de l'art. 5. Ni l'art. 10 ni l'art. 11 ne peuvent être utiles à l'appelante, mais ces deux articles sont assujettis à la dérogation «sauf disposition contraire de la présente loi». Cela m'amène à me demander si l'appelante peut se prévaloir des dispositions relatives aux retenues de l'art. 12.

La question est simplement de savoir si l'intimée relève de l'expression «personne liée au premier chef par un contrat en vertu duquel ou conformément auquel un privilège peut naître» de sorte qu'elle serait obligée de retenir 15 p. cent pendant

pletion or abandonment of the work or the furnishing of materials. There is no issue as to Metropolitan being primarily liable under contracts with its sub-contractors, nor as to those being contracts under or by virtue of which a lien may arise. The respondent, *qua* its contract with Metropolitan, is, it seems to me, similarly the person primarily liable so far as that contract is concerned; and, as it contemplated construction of a building on land of which the respondent became the owner pursuant to that contract, it follows that the contract is one by virtue of which a lien may arise. This Court is not called on in this case to determine what application should be made of the holdback provision of *The Mechanics' Lien Act* if Metropolitan had not acted as the contractor for the project but had engaged someone else for that purpose.

I cannot agree with the submission that Metropolitan was merely borrowing money to enable it to put up a building of its own, and that the respondent was not advancing money for the construction of a building for it by Metropolitan. The title position and the rent payment provisions are against any such submission. Whose building was it if not the respondent's, subject to possession and use by Metropolitan for a limited period, by way of being able to realize some pecuniary advantage from its original ownership of the land and from its exertions as contractor? The letters of commitment are clear enough on this point since they associate the obligation to construct the building with the transfer to the respondent of the land upon which the building is to be constructed, and they provide that the construction will be paid for by the respondent. This is the substance of the overall arrangement, and the security aspect of the transaction, involving a mortgage of the leasehold, cannot be allowed to mask that substance. I am not at all persuaded that the true character of the transaction between the parties can be founded upon a consideration of only the mortgage of the leasehold, with its commonplace provision that any advances thereon are in the discretion of the mortgagee. This provision has no more reality against the entire arrangement than has that provision of

la période prescrite après la fin ou l'abandon des travaux ou de la fourniture des matériaux. Il est admis de part et d'autre que la Metropolitan est responsable au premier chef en vertu des contrats conclus avec ses sous-traitants, et que ce sont des contrats en vertu desquels et conformément auxquels un privilège peut naître. L'intimée, de par son contrat avec la Metropolitan, est de même, me semble-t-il, une personne liée au premier chef en ce qui concerne ce contrat; et, comme celui-ci visait la construction d'un immeuble sur un bien-fonds dont l'intimée était devenue propriétaire conformément audit contrat, il s'ensuit qu'il s'agit d'un contrat en vertu duquel un privilège peut naître. On ne demande pas à cette Cour en l'espèce de déterminer de quelle manière on devrait appliquer les dispositions de la *Mechanics' Lien Act* relatives aux retenues, si la Metropolitan n'avait pas agi à titre d'entrepreneur du projet, mais avait retenu les services d'un tiers à cette fin.

Je ne puis souscrire à la prétention que la Metropolitan ne faisait qu'emprunter de l'argent pour être en mesure de construire un immeuble qui lui appartiendrait et que l'intimée n'avancait pas des fonds pour que la Metropolitan lui construise un immeuble. Le titre de propriété de l'immeuble et les dispositions relatives au paiement du loyer vont à l'encontre de pareille prétention. N'est-ce pas nécessairement l'intimée qui est propriétaire de l'immeuble, sous réserve de la possession de la Metropolitan et de l'usage qu'elle peut en faire pendant une période limitée, étant donné qu'elle peut ainsi tirer un avantage pécuniaire du fait qu'elle était à l'origine propriétaire du terrain et du fait de son activité d'entrepreneur? Les lettres d'engagement sont très claires sur cette question, puisqu'elles associent l'obligation de construire l'immeuble à la cession à l'intimée du terrain sur lequel l'immeuble doit être construit et qu'elles prévoient que l'intimée financera la construction. Telle est l'essence de la totalité de l'entente, qui ne peut être masquée par l'aspect garantie de l'opération découlant d'une hypothèque sur le droit de tenure à bail. Je ne suis pas du tout convaincu que le caractère véritable de l'opération intervenue entre les parties peut être fondé sur la seule considération de l'hypothèque du droit de tenure à bail, comportant la disposition usuelle que toutes les

the mortgage by which the mortgagor acknowledges receipt of the entire sum of the proposed loan as consideration for the mortgage.

In view of the conclusions at which I have arrived, it is unnecessary to consider, for the purpose of determining the liability of the respondent to the appellant's lien claim, whether Metropolitan and the respondent were engaged in a joint venture. The question of personal liability of the respondent was not argued in this Court, nor was there any relief on this basis sought here by the appellant. It should be noted also that the issues put before the trial judge, as appears from his reasons, were limited to a claim for lien upon the land or upon the leasehold or in respect of the required holdback, and a claim to priority of the asserted lien over the mortgage. I am satisfied therefore that only the issue of liability to a lien claim was before this Court.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Nova Scotia Court of Appeal and in its place declare that the appellant is entitled to realize its lien claim out of the holdback fund which the respondent was obliged to keep available pursuant to s. 12. The appellants are entitled to their costs throughout.

Since this is a test case involving only one of seventeen lien claimants whose claims total \$207,387.91, and since it does not appear that the amount of the required holdback will be enough to satisfy all claims in full, they will have to be satisfied *pro rata*, so far as they are valid claims. I would therefore remit the case to the trial judge to have the amount of the holdback determined and the amount of the lien claims ascertained and pro-rated in relation to the holdback.

avances seront faites à la discrétion du créancier hypothécaire. Cette disposition ne reflète pas plus le caractère de l'entente que la disposition de l'hypothèque par laquelle le débiteur hypothécaire reconnaît avoir reçu la totalité de la somme du prêt proposé, en contrepartie de l'hypothèque qu'il accorde.

Étant donné les conclusions auxquelles j'arrive, il n'est pas nécessaire d'examiner, pour déterminer si l'intimée est responsable du privilège revendiqué par l'appelante, si la Metropolitan et l'intimée étaient engagées dans une opération conjointe. La question de la responsabilité personnelle de l'intimée n'a pas été débattue devant cette Cour, et l'appelante n'a pas demandé de redressement fondé sur cette responsabilité. Il y a lieu de signaler en outre que les questions soumises au juge de première instance, d'après ses motifs, étaient limitées à celle de l'existence d'un privilège sur le terrain ou sur le droit de tenure à bail ou relativement à la retenue obligatoire, et à celle de la priorité de ce privilège sur l'hypothèque. Je suis donc convaincu que cette Cour n'était saisie que de la question de la responsabilité face à la revendication de privilège.

Je suis d'avis de faire droit au pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et, en ses lieu et place, de déclarer que l'appelante a droit de faire acquitter sa créance privilégiée à même la retenue que l'intimée était obligée de faire conformément à l'art. 12. Les appelantes ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Comme il s'agit en l'espèce d'une cause-type mettant en jeu seulement un des dix-sept créanciers privilégiés, dont les créances s'élèvent au total à \$207,387.91, et comme il ne semble pas que le montant de la retenue suffira pour satisfaire intégralement à toutes les créances, celles-ci devront être acquittées proportionnellement, pour autant qu'il s'agisse de créances valides. Je suis donc d'avis de renvoyer l'affaire au juge de première instance qui déterminera le montant de la retenue et établira le montant des créances privilégiées et ensuite la proportion dans laquelle elles seront acquittées, en fonction du montant de la retenue.

The judgment of Martland and Judson JJ. was delivered by

MARTLAND J. (*dissenting*)—This appeal is from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia, which reversed the judgment at trial, which had held, in an action upon a mechanics' lien by the appellant, hereinafter referred to as "Northern", against the respondent, hereinafter referred to as "Manufacturers", *inter alia*, that Northern held a valid lien against the reversionary interest of Manufacturers in the land which is described in Schedule "A" to the statement of claim, hereinafter referred to as "the land". Seventeen mechanics' liens had been filed against the land by various sub-contractors, of which Northern was one, for a total of \$207,387.91. The actions taken by the lien holders in respect of these liens were consolidated by a court order and the conduct of the consolidated action was given to Northern, whose action on a lien for \$3,810.85 was tried as a test case.

By a letter of commitment written on October 29, 1968, by Metropolitan Projects Limited, hereinafter referred to as "Metropolitan", to Manufacturers and accepted by the latter on November 8, 1968, Metropolitan agreed to sell the land to Manufacturers for a price of \$164,000. Manufacturers agreed to lease the land to Metropolitan for a term of 80 years. Manufacturers agreed to advance moneys to Metropolitan on the security of a first mortgage on Metropolitan's leasehold interest for an amount of \$786,000, at a rate of interest of 9% per annum. Disbursement of the loan moneys was to be in instalments in amounts determined by Manufacturers and its solicitors. The letter contained the following paragraph:

Description of Proposed Improvements

It is understood and agreed that we will construct one four storey apartment building with an aggregate of 82 suites, with one bachelor unit, 57 one bedroom units, and 28 two bedroom units. It is understood that each dwelling unit is to be supplied with an electric range and an electric refrigerator. The construction is to be in accordance with the preliminary plans and specifications in your possession. It is understood and agreed that final plans and specifications are to meet with your approval.

Le jugement des juges Martland et Judson a été rendu par

LE JUGE MARTLAND (*dissident*)—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, qui infirme le jugement de première instance. Ce dernier avait notamment statué, dans une action relative à un privilège de constructeur intentée par l'appelante, ci-après appelée la «Northern», contre l'intimée, ci-après appelée la «Manufacturers», que Northern était titulaire d'un privilège valide grevant le droit de réversion de la Manufacturers dans le terrain décrit à l'annexe «A» de la déclaration, ci-après appelé «le terrain». Dix-sept privilèges de constructeur ont été enregistrés contre le terrain par divers sous-traitants, dont la Northern, au montant total de \$207,387.91. Les actions instituées par les titulaires de privilèges ont été jointes par ordonnance de la cour et l'action sur privilège de la Northern, au montant de \$3,810.85, a servi de cause-type.

Dans une lettre datée du 29 octobre 1968, envoyée à la Manufacturers par la Metropolitan Projects Limited (ci-après appelée la «Metropolitan»), cette dernière s'engageait à lui vendre le terrain au prix de \$164,000; la Manufacturers a accepté cette offre le 8 novembre 1968 et elle a convenu de louer le terrain à la Metropolitan pour une période de 80 ans. Elle a en outre accepté d'avancer des fonds à la Metropolitan sur la garantie d'une première hypothèque sur le droit de tenure à bail de la Metropolitan; la somme avancée s'élevait à \$786,000, à un taux d'intérêt de 9 pour cent. La somme devait être remise à l'emprunteuse par versements dont la Manufacturers et ses avocats détermineraient les montants. Dans la lettre figurait le paragraphe suivant:

[TRADUCTION] *Description des améliorations proposées*

Il est convenu que nous construirons un immeuble de quatre étages comprenant au total 82 appartements dont un studio, 57 deux pièces et 28 trois pièces. Il est entendu que chaque appartement sera équipé d'une cuisinière et d'un réfrigérateur électriques. La construction sera conforme aux plans et devis préliminaires qui sont en votre possession. Il est convenu que les plans et devis définitifs seront soumis à votre approbation.

On May 14, 1969, Manufacturers wrote a letter to Metropolitan, which it accepted on May 20, 1969, revising Manufacturers' commitment of October 29. This letter contained the following provisions:

Proposed Improvements

The proposed improvements will now consist of a six storey apartment building with an aggregate of 125 suites having 5 bachelor; 86 one bedroom; 33 two bedroom and 1 three bedroom apartment. Construction is to be in accordance with the preliminary plans and specifications in our possession. It is understood and agreed that final plans and specifications are to meet with our approval.

Construction has commenced and is to proceed with due diligence to final completion.

It provided for an increase in the amount of the mortgage to \$1,236,000 and for an interest rate of 9 ¼ per cent. Sufficient funds were to be withheld at all times to complete construction.

Pursuant to these agreements, Metropolitan conveyed the land to Manufacturers by deed dated February 7, 1969. A lease had been executed from Manufacturers to Metropolitan in accordance with the first letter of commitment. It was replaced by a lease dated June 1, 1969.

The lessee's covenants included the following commitment by Metropolitan:

The lessee shall construct and completely equip with all due diligence without cost or expense to the Lessor a Six Storey (6), one hundred and twenty-five (125) suite apartment building on the demised lands Construction of the said apartment building is to commence on or before the 1st day of June, A.D., 1969, and the said building shall be substantially completed and ready for use and occupancy on or before the 1st day of April, A.D., 1970, subject to delays due to Acts of God, strikes, lockouts, unavailability of materials or labour or other causes beyond the reasonable control of the Lessee.

The lease was for a term of 80 years and Metropolitan covenanted to pay to Manufacturers, as rental:

A. In any year in which gross receipts from rentals and other moneys received or receivable for

Le 14 mai 1969, la Manufacturers a fait parvenir par courrier à la Metropolitan une nouvelle proposition, apportant certaines modifications à l'engagement du 29 octobre; la Metropolitan a accepté une nouvelle proposition le 20 mai 1969. Dans la lettre figuraient les dispositions suivantes:

[TRADUCTION] *Améliorations proposées*

Les améliorations proposées consisteront maintenant dans un immeuble de six étages comprenant 125 appartements, soit 5 studios, 86 deux pièces, 33 trois pièces et 1 quatre pièces. La construction sera conforme aux plans et devis préliminaires qui sont en notre possession. Il est convenu que les plans et devis définitifs devront être soumis à notre approbation.

Les travaux de construction sont commencés et se poursuivront en toute diligence.

Cette seconde proposition portait le montant de l'hypothèque à \$1,236,000 et le taux d'intérêt à 9¼ p. cent. Il était en outre prévu que des fonds suffisants seraient retenus régulièrement pour permettre de terminer les travaux.

Conformément à ces accords, la Metropolitan a cédé le terrain à la Manufacturers par acte en date du 7 février 1969. Conformément à la première entente, la Manufacturers avait souscrit un bail en faveur de la Metropolitan. Ce dernier a été remplacé par un bail daté du 1^{er} juin 1969.

Les engagements souscrits par le preneur, la Metropolitan, étaient notamment les suivants:

[TRADUCTION] Le preneur construira et équipera complètement en toute diligence, sans frais pour le bailleur, un immeuble de six étages (6), comprenant cent vingt-cinq (125) appartements, sur le terrain cédé à bail La construction dudit immeuble doit commencer au plus tard le 1^{er} juin 1969 et ledit immeuble doit être terminé, pour la plus grande partie, et prêt à être occupé au plus tard le 1^{er} avril 1970, sous réserve de retards dus aux cas de force majeure, aux grèves, aux lock-outs, à l'impossibilité de se procurer les matériaux ou la main-d'œuvre nécessaire ou à d'autres causes hors du pouvoir normal du preneur.

La durée du bail était de 80 ans. La Metropolitan s'engageait à payer la Manufacturers, à titre de loyer:

A. Chaque année où les revenus bruts tirés des loyers et les autres sommes reçues ou à recevoir

the use and occupation of the demised lands and premises exceeded \$255,000, 10% of such excess.

B. In addition of a monthly rent, calculated as follows:

- (i) \$1,161.67 per month for the first 30 years of the lease;
- (ii) the greater of \$1,161.67 or one-twelfth of 8½% of the appraised value of the demised lands (excluding buildings or improvements thereon) as of May 31, 1999, to be payable for the next 20 years;
- (iii) the greater of the rental determined under sub-clause (ii) or one-twelfth of 8½% of the appraised value of the demised lands, excluding buildings or improvements thereon, as of May 31, 2019, to be payable for the remaining 30 years of the lease.

The lease contained the usual provisions for its termination on default by Metropolitan, including provision for termination by Manufacturers in the event of the bankruptcy of Metropolitan.

To secure Manufacturers' loan of \$1,236,000, Metropolitan mortgaged its leasehold interest in the form of a sub-lease dated as of June 1, 1969, to Manufacturers, for 80 years less one day at a rental of \$1 a year, if lawfully demanded. Interest at the rate of 9¼ per cent was to be paid on the mortgage moneys advanced from time to time, and after the "interest adjustment date" (May 1, 1970), principal and interest computed from that date were due and were to be paid in 30 years at \$10,013.36 a month (blended principal and interest). The advance of the mortgage moneys was in the sole discretion of Manufacturers. In fact, money was advanced as construction proceeded, with Manufacturers, on making each advance, holding back an amount sufficient to complete the building.

Construction had commenced in the fall of 1968, with Metropolitan itself doing the structural work and rough carpentry and sub-contracting the

pour l'usage et l'occupation des terrains et des locaux loués dépassent \$255,000, 10 p. cent de cet excédent.

B. En outre, un loyer mensuel, calculé de la façon suivante:

- (i) \$1,161.67 par mois pour les 30 premières années du bail;
- (ii) \$1,161.67 ou un douzième de 8½ p. cent de la valeur estimative des terrains cédés à bail (à l'exclusion des bâtiments ou des améliorations) au 31 mai 1999, selon celui de ces deux montants qui est le plus élevé, pour les vingt années suivantes;
- (iii) la redevance déterminée en vertu de l'al. (ii) ou un douzième de 8½ p. cent de la valeur estimative des terrains cédés à bail, à l'exclusion des bâtiments ou des améliorations, au 31 mai 2019, selon celui de ces deux montants qui est le plus élevé, pour les dernières années du bail.

Le bail contenait les dispositions usuelles prévoyant sa résiliation en cas de défaut par la Metropolitan, y compris une disposition prévoyant la résiliation du bail par la Manufacturers au cas où la Metropolitan ferait faillite.

Pour garantir le prêt de \$1,236,000 de la Manufacturers, la Metropolitan a hypothéqué son droit de tenure à bail en souscrivant en faveur de la Manufacturers un bail accessoire, en date du 1^{er} juin 1969, d'une durée de 80 ans moins un jour; le loyer prévu était de \$1 par année, payable s'il était légalement réclamé. L'intérêt, au taux de 9¼ p. cent, devait être versé sur les fonds avancés et, après «la date d'ajustement de l'intérêt» (le 1^{er} mai 1970), le principal et l'intérêt calculés à compter de cette date étaient dus et devaient être payés en 30 ans par versements mensuels de \$10,013.36 (paiement composé comprenant le principal et l'intérêt). Le rythme auquel les fonds seraient avancés relevait de la seule discrétion de la Manufacturers. En fait, les fonds ont été avancés au fur et à mesure des progrès des travaux, la Manufacturers retenant chaque fois une somme suffisante pour permettre de les terminer.

La construction a débuté à l'automne 1968; la Metropolitan s'est chargée du gros œuvre, de la charpente et de quelques travaux de menuiserie et

remainder of the work to the various sub-contractors. The branch manager of Manufacturers, in control of this project, visited the site approximately every two weeks to see that construction proceeded according to the plans and specifications submitted to Manufacturers. There was also an inspection of the construction each time an advance of mortgage money was requested.

On December 5, 1969, Metropolitan gave a second mortgage on its leasehold interest to one Samuel Stein to secure a loan of \$200,000.

On April 1, 1970, the first of the sub-contractors' mechanics' liens was registered against the property. Manufacturers advanced no further money on the mortgage after the filing of this lien. The last advance was made on February 20, 1970, bringing the total amount advanced to \$1,150,600 and leaving a balance of \$85,400, the amount held back as sufficient to complete construction.

A proposal made by Metropolitan under the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, and accepted by its creditors was approved by the Supreme Court of Nova Scotia on June 2, 1970. An attempt by Metropolitan to sell the property at a proposed fair value of \$1,816,000 failed. An assignment by Metropolitan of its leasehold interest to Sterling Realty Limited, a company formed by the lien holders, proved abortive as such an assignment required the consent of the lessor, Manufacturers, and this consent was not obtained.

By January 26, 1971, Metropolitan was in bankruptcy. The building was estimated at the time of the trial to be 90-95 per cent complete.

Following the filing of the liens, the second mortgage was foreclosed and the rights of Metropolitan were sold, on May 31, 1971, for \$205,500 to Turf Development Company Limited which in turn sold this interest to A. W. Garson and Saul Garson. (A. W. Garson was a director of Metropolitan.)

a fait faire le reste des travaux par divers sous-traitants. Le Directeur de la succursale locale de la Manufacturers, qui était chargé du projet, a visité le chantier toutes les deux semaines environ pour s'assurer que la construction avançait conformément aux plans et devis soumis à la Manufacturers. En outre, une inspection était faite à chaque demande d'avance de fonds.

Le 5 décembre 1969, la Metropolitan a consenti à un nommé Samuel Stein, en garantie d'un prêt de \$200,000 fait par celui-ci, une hypothèque de second rang sur son droit de tenure à bail.

Le 1^{er} avril 1970, le premier des privilèges de constructeur des sous-traitants a été enregistré contre la propriété. La Manufacturers n'a pas avancé d'autres fonds après l'enregistrement de ce privilège. La dernière avance de fonds avait été faite le 20 février 1970; elle portait le montant total avancé à \$1,150,600, laissant donc un solde de \$85,400, soit la retenue correspondant au coût des travaux restant à faire.

Une proposition faite par la Metropolitan en vertu de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, c. B-3, et acceptée par ses créanciers, a été approuvée par la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse le 2 juin 1970. La Metropolitan a tenté sans succès de vendre la propriété à ce qu'on considérait sa juste valeur, soit \$1,816,000. La cession par la Metropolitan de son droit de tenure à bail à la Sterling Realty Limited, une compagnie formée par les titulaires de privilèges, a avorté du fait que le consentement du bailleur, Manufacturers, était nécessaire et a été refusé.

Le 26 janvier 1971, la Metropolitan était en faillite. Au moment du procès, on a estimé que 90 à 95 p. cent des travaux de construction avaient été exécutés.

Après l'enregistrement des revendications de privilèges, il y a eu forclusion de l'hypothèque de second rang et, le 31 mai 1971, les droits de la Metropolitan ont été vendus \$205,500 à la Turf Development Company Limited qui, à son tour, a vendu ces droits à A. W. Garson et Saul Garson. (A. W. Garson était un des administrateurs de la Metropolitan.)

In its statement of claim Northern asked for payment by Metropolitan and by Manufacturers of the amount of its claim, failing which, it sought the sale of their respective interests in the land. No formal judgment was entered following the trial, but the reasons for judgment disclose that the claim for payment against Metropolitan was dismissed because it was being pursued without the leave of the Bankruptcy Court. As previously pointed out, Metropolitan's leasehold interest in the land was sold in consequence of the foreclosure of the second mortgage upon that interest. The only parties to the present appeal are Northern and Manufacturers and the issue is as to whether Northern has a valid lien against the interest of Manufacturers in the land.

The right to a lien is defined in s. 5 of *The Mechanics' Lien Act*, R.S.N.S. 1967, c. 178, which provides:

5. Unless he signs an express agreement to the contrary and in that case subject to Section 3, any person who performs any work or service upon or in respect of, or places or furnishes any material to be used in the making, constructing, erecting, fitting, altering, improving, or repairing of any erection, building, railway, ship, vessel, land, wharf, pier, bulkhead, bridge, trestlework, vault, mine, well, excavation, fence, sidewalk, pavement, fountain, fishpond, drain, sewer, aqueduct, roadbed, way, fruit or ornamental trees, or the appurtenances to any of them, for any owner, contractor, or sub-contractor, shall by virtue thereof have a lien for the price of such work, service or materials upon the erection, building, railway, ship, vessel, land, wharf, pier, bulkhead, bridge, trestlework, vault, mine, well, excavation, fence, sidewalk, paving, fountain, fishpond, drain, sewer, aqueduct, roadbed, way, fruit or ornamental trees and appurtenances, and the land occupied thereby or enjoyed therewith or upon or in respect of which such work or service is performed, or upon which such materials are placed or furnished to be used, limited, however, in amount to the sum justly due to the person entitled to the lien and to the sum justly owing (except as herein provided) by the owner.

[The emphasis is my own.]

The work, service or materials in respect of which the lien is claimed must be performed for or provided for "any owner, contractor or sub-con-

Dans sa déclaration, la Northern a adressé sa demande de paiement à la Metropolitan et à la Manufacturers, à défaut de quoi elle demandait la vente des droits respectifs de ces compagnies dans le terrain. Il n'y a pas eu de jugement formel à l'issue du procès, mais les motifs de jugement révèlent qu'on a rejeté la demande visant la Metropolitan au motif qu'elle avait été instituée sans l'autorisation du tribunal de la faillite. Comme je l'ai déjà signalé, le droit de tenure à bail de la Metropolitan dans le terrain a été vendu par suite de la forclusion de l'hypothèque de second rang. Les seules parties au présent pourvoi sont la Northern et la Manufacturers et la question à trancher est de savoir si la Northern a un privilège valide grevant le droit de la Manufacturers dans le terrain.

Le droit à un privilège est défini à l'art. 5 de la *Mechanics' Lien Act*, R.S.N.S. 1967, c. 178, qui porte que:

[TRADUCTION] 5. Sauf s'il signe une convention expresse à l'effet contraire et, dans ce cas, sous réserve de l'article 3, quiconque effectue des travaux ou fournit des services à l'égard de la fabrication, la construction, l'érection, l'installation, la modification, l'amélioration ou la réparation d'une construction, d'un bâtiment, d'un chemin de fer, d'un bateau, d'un navire, d'un terrain, d'un quai, d'un embarcadère, d'une cloison, d'un pont, de chevalets, d'une voûte, d'une mine, d'un puits, d'une excavation, d'une clôture, d'un trottoir, d'une chaussée, d'une fontaine, d'un vivier, d'un drain, d'un égout, d'un aqueduc, de l'assiette d'une chaussée, d'un chemin, d'arbres fruitiers ou d'ornement, ou des accessoires de l'un ou l'autre des susdits, pour tout propriétaire, entrepreneur ou sous-traitant, ou place ou fournit des matériaux à cet égard, jouit à ce titre d'un privilège visant à assurer l'acquittement du prix de ces travaux, services ou matériaux, sur les susdits et leurs accessoires, et sur le terrain occupé par eux ou dont ils ont la jouissance ou à l'égard desquels ces travaux ou ces services ont été fournis, ou sur lesquels ces matériaux sont placés ou sont fournis pour y être utilisés, privilège dont le montant est toutefois limité à celui légalement dû au titulaire du privilège et à celui légalement dû (sauf ce qui est prévu ci-après) par le propriétaire.

[C'est moi qui souligne.]

Les travaux, services ou matériaux à l'égard desquels on prétend qu'il existe un privilège doivent avoir été exécutés ou fournis pour «tout pro-

tractor". In the present case the claim is for materials which were supplied by Northern to Metropolitan at Metropolitan's request.

"Contractor" is defined in s. 1(a) of the Act as follows:

(a) "contractor" means a person contracting with or employed directly by the owner or his agent for the doing of work or service or placing or furnishing materials for any of the purposes mentioned in this Act;

Metropolitan, therefore, to be a "contractor" under s. 5 would have to be a person contracting with "the owner", and this raises the question as to whether Manufacturers was an "owner". Similarly, to establish that the materials supplied by Northern were for the owner, it would likewise be necessary to show that Manufacturers was an owner.

The word "owner" is defined by s. 1(d) of the Act as follows:

(d) "owner" extends to any person, body corporate or politic, including a municipal corporation and a railway company, having any estate or interest in the land upon or in respect of which the work or service 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 and consent; or
- (iv) for whose direct benefit;

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

Most of the argument before us was directed to the question as to whether, on the facts of this case, Manufacturers fell within that definition. It seems clear that Manufacturers had an "estate or interest in the land" because it was the owner in fee simple of the land. The next question is as to whether the materials were furnished at its "request". The Appeal Division held that they

priétaire, entrepreneur ou sous-traitant». En l'espèce, la revendication porte sur des matériaux qui ont été fournis par la Northern à la Metropolitan à la demande de cette dernière.

«Entrepreneur» est défini à l'al. 1a) de la Loi de la façon suivante:

[TRADUCTION] a) «entrepreneur» désigne une personne qui passe un contrat avec le propriétaire ou son représentant, ou que l'un ou l'autre de ces derniers emploie directement, pour exécuter des travaux ou fournir des services ou placer ou fournir des matériaux pour toutes fins mentionnées à la présente loi;

Par conséquent, pour que la Metropolitan soit un «entrepreneur» en vertu de l'art. 5, il faut qu'elle soit une personne qui passe un contrat avec «le propriétaire», et cela soulève la question de savoir si la Manufacturers était «propriétaire». De même, pour établir que la Northern a fourni des matériaux au propriétaire, il faut démontrer que la Manufacturers en est un.

Le mot «propriétaire» est défini à l'al. 1d) de la Loi de la façon suivante:

[TRADUCTION] 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 autre droit sur le bien-fonds sur lequel ou pour lequel les travaux ou les services sont faits ou rendus, ou les matériaux placés ou fournis, à sa demande et

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

et toutes les personnes qui revendiquent comme ses ou leurs ayants droit, dont les droits ont été acquis après le commencement des travaux ou des services ou de la fourniture des matériaux qui font l'objet d'une revendication de privilège;

Les plaidoiries devant nous ont presque entièrement porté sur la question de savoir si, compte tenu des faits de la présente affaire, la Manufacturers relève de cette définition. Il semble clair qu'elle avait un «droit de tenure ou autre droit sur le bien-fonds» puisqu'elle en avait la pleine propriété. On s'est ensuite demandé si les matériaux avaient été fournis «à la demande» de la Manufac-

were not so furnished. In so finding, the Appeal Division based its decision upon the judgment of the Court of Appeal for Manitoba in *Northern Electric Company Limited v. Frank Warkentin Electric Limited et al.*³ Counsel for Northern points out, however, that the meaning of the word "request" in the definition of the word "owner" was not considered in that case. He relies upon the judgment of Riddell J., speaking for the Court, in *Orr v. Robertson*⁴. In that case the defendant Tyrrell, the lessee of certain land, sublet it to the defendant Hyland. The latter agreed to build on the land according to plans to be approved by the former. Hyland entered into a contract with the plaintiff to do the building. The plaintiff claimed a lien against Tyrrell's interest in the land. At p. 148, Riddell J. said:

While, to render the interest of an owner liable, the building etc. must have been at his request, express or implied, there is no need that this request be made or expressed to the contractor—if the owner request another to build etc., and that other proceeds to build, by himself or by an independent contractor or in whatever manner, the building being in pursuance of the request, the statute is satisfied. The taking of a contract from Hyland to build is a request within the meaning of the statute.

Orr v. Robertson was cited with approval by Davies J., in his dissenting reasons in *Marshall Brick Company v. York Farmers Colonization Company*⁵, and appears to have been accepted by Anglin J., as he then was, who was one of the majority judges in that case, although he points out that Riddell J., in his judgment in the Appellate Division in the *Marshall* case, found that there had been no request made. Riddell J., in the *Marshall*⁶ case, at p. 550, states that it was not intended in the *Orr* case to lay down any general rule and stresses that each case must depend upon its own facts.

³ (1972), 27 D.L.R. (3d) 519.

⁴ (1915), 34 O.L.R. 147.

⁵ (1917), 54 S.C.R. 569.

⁶ (1916), 35 O.L.R. 542.

turers. La Division d'appel a répondu par la négative, fondant sa décision sur *Northern Electric Company Limited v. Frank Warkentin Electric Limited et al.*³, rendu par la Cour d'appel du Manitoba. L'avocat de la Northern signale toutefois que le sens du mot «demande» dans la définition du mot «propriétaire» n'a pas été examiné dans cette affaire. Il se fonde sur le jugement du juge Riddell, parlant au nom de la Cour, dans *Orr v. Robertson*⁴. Dans cette affaire, le défendeur Tyrrell, qui avait pris un certain terrain à bail, l'avait sous-loué au défendeur Hyland. Ce dernier s'était engagé à y construire un immeuble conforme à des plans que devait approuver Tyrrell. Hyland avait conclu un contrat avec le demandeur pour la construction de l'immeuble. Le demandeur s'était prétendu titulaire d'un privilège grevant le droit de tenure de Tyrrell sur le terrain. A la p. 148, le juge Riddell a déclaré:

[TRADUCTION] Si, pour que le privilège greve le droit de tenure du propriétaire, la construction etc. doit avoir été faite à la demande expresse ou tacite de celui-ci, il n'est pas nécessaire en revanche que cette demande soit faite ou exprimée à l'entrepreneur—si le propriétaire demande à un autre de construire etc. et que cet autre effectue lui-même les travaux ou les fait faire par un entrepreneur indépendant ou de toute autre façon, dans la mesure où les travaux sont conformes à la demande, les exigences de la loi sont satisfaites. Lorsque Hyland a donné à contrat les travaux de construction, il y a eu demande au sens de la Loi.

Le juge Davies a fait siennes les conclusions de *Orr v. Robertson* dans ses motifs en dissidence dans *Marshall Brick Company c. York Farmers Colonization Company*⁵; il semble en outre que le juge en chef Anglin, alors juge puîné, et qui était l'un des juges de la majorité dans cette affaire, ait accepté ces conclusions. Toutefois, il a fait remarquer qu'en Division d'appel dans *Marshall*, le juge Riddell avait conclu qu'il n'y avait pas eu de demande. Dans *Marshall*⁶, à la p. 550, le juge Riddell déclare qu'on n'avait pas prétendu énoncer une règle générale dans *Orr* et il souligne que chaque cas est un cas d'espèce.

³ (1972), 27 D.L.R. (3d) 519.

⁴ (1915), 34 O.L.R. 147.

⁵ (1917), 54 R.C.S. 569.

⁶ (1916), 35 O.L.R. 542.

In the present case the letter of commitment requires that Metropolitan should construct a building of a specified description on the land in accordance with the preliminary plans and specifications in Manufacturers' possession and that the final plans are to be approved by Manufacturers. The work was inspected by representatives of Manufacturers as it progressed. In my opinion the work was done at the request of Manufacturers within the meaning of s. 1(d) of the Act.

The next question is as to whether the work falls within any of subparas. (i) (ii), (iii) or (iv) of s. 1 (d). The work was not done by Metropolitan upon the credit of Manufacturers nor on its behalf. Metropolitan did the work and had work done by sub-contractors on its own credit and on its own behalf. Was the work done with the privity and consent of Manufacturers?

The authority on the interpretation of the words "privity and consent" is the judgment of Anglin J. in the *Marshall* case. In that case the York Company agreed to sell four lots in Toronto to Irving for \$2,400. He paid a small cash deposit and agreed to erect four houses according to plans furnished by York. York agreed to advance money for building purposes. When the houses were completed, a conveyance was to be made by York to Irving on payment of the balance of the purchase price. Irving became insolvent. Liens were filed by persons who had supplied labour and materials. The issue was as to whether York was an owner within the meaning of the *Mechanics' Lien Act* so as to make its interest in the land subject to the liens. The majority of this Court decided that York was not an owner as defined in the *Mechanics' Lien Act*.

The passage, frequently cited, from the judgment of Anglin J. is at p. 581 and reads as follows:

While it is difficult if not impossible to assign to each of the three words "request", "privity" and "consent" a meaning which will not to some extent overlap that of either of the others, after carefully reading all the authorities cited I accept as settled law the view enunciated in *Graham v. Williams*, 8 O.R. 478; 9 O.R. 458,

Dans la présente affaire, la Metropolitan s'était engagée à construire sur le terrain un immeuble, conformément aux plans et devis préliminaires que la Manufacturers avait en sa possession, sous réserve de l'approbation par celle-ci des plans définitifs. Des représentants de la Manufacturers faisaient l'inspection du chantier au fur et à mesure de l'avancement des travaux. A mon avis, les travaux ont été exécutés à la demande de la Manufacturers au sens de l'al. 1d) de la Loi.

La question suivante est de savoir si les travaux sont de ceux visés aux sous-al. (i), (ii), (iii) et (iv) de l'al. 1d). La Metropolitan n'a pas exécuté les travaux sur la foi du crédit de la Manufacturers ni au nom de celle-ci. La Metropolitan a fait les travaux et les a fait faire par des sous-traitants sur la foi de son propre crédit et en son propre nom. Les travaux ont-ils été exécutés avec le concours et le consentement de la Manufacturers?

Le jugement qui fait autorité sur la question de l'interprétation des mots «concours et consentement» est celui du juge Anglin dans *Marshall*. Dans cette affaire, la York Company avait convenu de vendre à Irving quatre lots situés à Toronto, au prix de \$2,400. Celui-ci a versé des arrhes et s'est engagé à construire quatre maisons conformes aux plans fournis par York, qui s'est engagée à avancer des fonds pour la construction. A la fin des travaux, York devait céder le tout à Irving lors du versement du solde du prix d'achat. Irving est devenu insolvable. Des revendications de privilèges ont été enregistrées par des personnes qui avaient travaillé au projet et qui avaient fourni des matériaux. Il s'agissait de savoir si York était propriétaire au sens de la *Mechanics' Lien Act*, de sorte que son droit de tenure sur le bien-fonds pouvait être grevé de privilèges. La majorité de cette Cour a statué que York n'était pas propriétaire au sens de la *Mechanics' Lien Act*.

On trouve à la p. 581 un extrait fréquemment cité du jugement du juge Anglin, que voici:

[TRADUCTION] Même s'il est difficile, sinon impossible, d'attribuer à chacun des trois mots «demande», «concours» et «consentement» un sens qui ne fasse pas dans une certaine mesure double emploi, après avoir attentivement examiné toute la jurisprudence citée, j'accepte comme étant de droit constant l'opinion exposée

and approved in *Gearing v. Robinson*, 27 Ont. App. R. 364, at page 371, that "privity and consent" involves

something in the nature of a direct dealing between the contractor and the persons whose interest is sought to be charged Mere knowledge of, or mere consent to, the work being done is not sufficient.

There is no evidence here of any direct dealing by the respondent company with the purchaser's contractor such as is necessary to establish the "privity" requisite to constitute the respondent company an "owner" within the definition of the "Mechanics' Lien Act".

I construe this to mean that, in order for a sub-contractor to claim a lien on the basis that the person against whom the lien is claimed was privy to and consented to the work being done, it is necessary to show a direct dealing between that person and the contractor who carries out the work, through whom the sub-contractor claims. If there is such direct dealing, the Act does not contemplate that there must be a direct dealing between that person and the various sub-contractors in order to enable them to file valid liens.

The meaning of "privity or consent" was considered by Dickson, J.A., as he then was, in the *Warkentin* case on which the Appeal Division relied in the present case. That was a case in which a mortgage company financed the construction of an apartment complex, and, as here, the financing took the form of a conveyance of title to the land to the mortgage company, a leaseback, and a mortgage of the leasehold interest. The lessee-mortgagor arranged with a contractor to construct the building, from whom sub-contractors provided services and materials. Among other matters, the sub-contractors contended their liens applied to the title of the mortgage company. At p. 529, Dickson J.A. dealt with this matter in this way:

The question whether the interest of Canada Life as owner of the fee simple of Parcels B and C might be attached by mechanics' liens was raised. The answer

dans *Graham v. Williams*, 8 O.R. 478; 9 O.R. 458, et approuvée dans *Gearing v. Robinson*, 27 Ont. App. R. 364, à la p. 371, selon laquelle la notion de «concours et consentement» suppose:

un élément de négociation directe entre l'entrepreneur et les personnes dont on veut grever le droit de tenure Le simple fait de savoir que les travaux s'exécutent ou d'y consentir ne suffit pas.

Rien n'indique en l'espèce qu'il y ait eu négociation directe entre la compagnie intimée et l'entrepreneur de l'acheteur, ce qui aurait été nécessaire pour établir le «concours» requis pour faire de la compagnie intimée un «propriétaire» au sens de la définition donnée de ce terme dans le «*Mechanics' Lien Act*».

Selon mon interprétation de cet extrait, pour qu'un sous-traitant puisse revendiquer un privilège en se fondant sur le fait que la personne à l'encontre de laquelle il l'invoque a donné son concours et consentement aux travaux exécutés, il faut établir l'existence d'une négociation directe entre cette personne et l'entrepreneur qui a charge des travaux et qui se trouve à constituer le lien entre cette personne et le sous-traitant. Dans les cas où cela est établi, la Loi ne porte pas que les divers sous-traitants, pour pouvoir enregistrer des privilèges valides, doivent prouver qu'il y a eu négociation directe entre eux-mêmes et la personne susdite.

Le juge Dickson, alors juge d'appel, a examiné le sens des mots «concours et consentement» dans *Warkentin*, sur lequel la Division d'appel s'est fondée en l'espèce. Une société de prêts hypothécaires avait financé la construction d'un grand ensemble d'appartements et, comme dans la présente affaire, ce financement s'était fait par cession du titre de bien-fonds à la société de prêts, cession-bail et hypothèque sur le droit de tenure à bail. Le preneur-débiteur hypothécaire a fait construire l'immeuble par un entrepreneur, à qui des sous-traitants ont fourni des services et des matériaux. Les sous-traitants ont notamment soutenu que leurs privilèges grevaient le titre de la société de prêts hypothécaires sur le bien-fonds. A la p. 529, le juge Dickson a déclaré ce qui suit à ce propos:

[TRADUCTION] On a soulevé la question de savoir si les droits de la Canada Life à titre de propriétaire absolu des terrains B et C pouvaient être grevés par des

depends on whether Canada Life can be said to be an "owner" within s. 2(d) of the *Mechanics' Liens Act*. There is ample authority to support the proposition that in order to make Canada Life an "owner", because work was done with its "privity or consent", there must be something in the nature of direct dealing between Canada Life and the lien claimant: *Gearing v. Robinson* (1900), 27 O.A.R. 364; *Marshall Brick Co. v. York Farmers Colonization Co.* (1917), 36 D.L.R. 420, 54 S.C.R. 569; *Partridge v. Dunham*, (1932) 1 D.L.R. 600, (1932) 1 W.W.R. 99, 40 Man. R. 165; and more recently *MacDonald-Rowe Woodworking Co. Ltd. v. MacDonald* (1963), 39 D.L.R. (2d) 63, 49 M.P.R. 91. There is no evidence in the case before us of any such direct dealing, nothing to suggest that Canada Life exercised control in any respect over any subcontractor, supplier, or workman.

I do think that this passage was intended to state the proposition that, in a case where there had been direct dealing by a person having an interest in land with a general contractor for the performance of work on the land, it would be necessary, in order to establish "privity and consent", in a lien claim by a sub-contractor, who performs work or provides material at the request of the general contractor, that there should be required to be direct dealing by the person alleged to be the owner with the sub-contractor. The passage has to be read in the context of the facts of the case. It would appear that there had not been direct dealing by the lien claimant with the general contractor. In the *Marshall* case, which is cited in this passage, Anglin J. discussed the requirement in terms of direct dealing with the "purchaser's contractor" rather than with the lien claimant.

In the present case Metropolitan did not obtain the services of a contractor, but, instead, undertook the construction of the building itself. In a sense, it was its own contractor. It dealt directly with Manufacturers. It assumed an obligation to construct a building under its contract with that company. Inspections of the work were made from time to time by representatives of Manufacturers. Manufacturers had an interest in the construction of the building, since it was to be constructed on its land, would generate the funds required to pay

privileges de constructeur. Il faut pour cela déterminer si la Canada Life peut être considérée comme un «propriétaire» au sens de l'alinéa 2d) de *The Mechanics' Liens Act*. Il ressort nettement de la jurisprudence que, pour que la Canada Life soit considérée comme un «propriétaire» parce que les travaux ont été exécutés «avec son concours ou son consentement», il doit y avoir un élément de négociation directe entre la Canada Life et celui qui revendique le privilège: *Gearing v. Robinson* (1900), 27 O.A.R. 364; *Marshall Brick Co. c. York Farmers Colonization Co.* (1917), 36 D.L.R. 420, 54 R.C.S. 569; *Partridge v. Dunham*, (1932) 1 D.L.R. 600, (1932) 1 W.W.R. 99, 40 Man. R. 165; et plus récemment *MacDonald-Rowe Woodworking Co. Ltd. v. MacDonald* (1963), 39 D.L.R. (2d) 63, 49 M.P.R. 91. En l'espèce, aucune preuve soumise n'indique l'existence de cette négociation directe, rien ne laisse supposer que la Canada Life ait exercé de quelque façon que ce soit un contrôle sur l'un ou l'autre des sous-traitants, des fournisseurs ou des ouvriers.

Je ne pense pas qu'on doive lire dans cet extrait que, lorsqu'il y a eu négociation directe entre une personne ayant des droits sur un bien-fonds et un entrepreneur pour l'exécution de travaux sur ledit bien-fonds, il est nécessaire d'exiger la preuve d'une négociation directe entre la personne prétendument propriétaire et un sous-traitant pour établir «le concours et consentement», dans le cas de revendication de privilèges par un sous-traitant qui a exécuté des travaux ou fourni des matériaux à la demande de l'entrepreneur. Il faut interpréter cet extrait en fonction des faits de l'espèce. Il semble qu'il n'y avait pas eu de négociation directe entre le prétendu titulaire du privilège et l'entrepreneur. Dans *Marshall*, auquel renvoie l'extrait précité, le juge Anglin a parlé de négociation directe avec [TRADUCTION] «l'entrepreneur de l'acheteur» et non pas avec celui qui revendiquait le privilège.

En l'espèce, la Metropolitan n'a pas obtenu les services d'un entrepreneur, préférant se charger elle-même de la construction. En un sens, elle était son propre entrepreneur. Elle a négocié directement avec la Manufacturers. Elle a assumé l'obligation de construire un immeuble en vertu du contrat conclu avec cette compagnie. Les représentants de la Manufacturers ont régulièrement inspecté les travaux. La Manufacturers avait un intérêt dans la construction de l'immeuble, puisque celui-ci devait être construit sur son terrain et

the rentals due under the lease agreement and, it was anticipated, would provide for Manufacturers a share of the rentals derived from the leasing of the apartments by Metropolitan. Manufacturers did deal directly with the person for whom the sub-contractors performed services and provided materials. For these reasons it is my view that the work in question was done with the privity and consent of Manufacturers and, therefore, the work having been done at its request, Manufacturers was an "owner" within the meaning of s. 1(d) of the Act.

Having concluded that, in the circumstances of this case, Manufacturers is an owner within s. 1(d) of the Act, the next issue is as to whether Northern, under the provisions of the statute, has acquired a mechanics' lien which is enforceable against the interest of Manufacturers in the land. To determine this, it is necessary to consider the effect of s. 5 under which a mechanics' lien may be created. That section, as previously mentioned, gives a right of lien to any person performing work or service or furnishing material to be used in the various types of construction defined, which includes a building, "for any owner, contractor, or sub-contractor". It is clear that in this case the furnishing of material by Northern was for Metropolitan. It was not furnished for Manufacturers. Therefore, in so far as the phrase "for any owner" is concerned, as it was for Metropolitan that the material was furnished, Northern would have a lien as against Metropolitan's leasehold interest. Metropolitan, as lessee, was a person with an interest in the land, at whose request, on whose credit, and on whose behalf the materials were supplied.

To establish a lien as against Manufacturers, even though it be an owner, the materials not having been furnished for it, it is necessary for Northern to establish that the materials were furnished for Metropolitan as a "contractor" under contract with Manufacturers. This involves a consideration of the definition of "contractor" in s. 1(a), which has already been cited. In my opinion, on the facts of this case, Metropolitan does not fall within that definition. Metropolitan did contract with Manufacturers, under the letters of commit-

devait servir à acquitter le loyer dû en vertu du bail. Selon les prévisions, il devait permettre à la Manufacturers de toucher une part du loyer tiré de la location des appartements par la Metropolitan. La Manufacturers a négocié directement avec la personne pour laquelle les sous-traitants ont exécuté des services et fourni des matériaux. Pour ces motifs, je suis d'avis que lesdits travaux ont été effectués avec le concours et consentement de la Manufacturers et que, par conséquent, les travaux ayant été faits à sa demande, la Manufacturers est un «propriétaire» au sens de l'al. 1d) de la Loi.

Dès lors, la question qui se pose est de savoir si la Northern, en vertu des dispositions de la Loi, est titulaire d'un privilège de constructeur grevant les droits de la Manufacturers sur le terrain. Pour trancher cette question, il est nécessaire d'examiner l'effet de l'art. 5 en vertu duquel peut être créé un privilège de constructeur. Cet article, comme je l'ai déjà dit, accorde un privilège à toute personne qui exécute des travaux ou des services ou fournit des matériaux devant être employés dans les divers types de construction définis audit article, y compris celle d'un immeuble, «pour tout propriétaire, entrepreneur ou sous-traitant». Il appert qu'en l'espèce c'est à la Metropolitan que la Northern a fourni des matériaux, et non à la Manufacturers. Si l'on s'en tient donc à l'expression «pour tout propriétaire», puisque les matériaux ont été fournis à la Metropolitan, la Northern aurait un privilège grevant le droit de tenure à bail de la Metropolitan. Celle-ci à titre de preneur est une personne ayant un droit sur le terrain, à la demande de laquelle, sur la foi du crédit de laquelle et au nom de laquelle les matériaux ont été fournis.

Les matériaux n'ont pas été fournis à la Manufacturers. Pour établir qu'il existe un privilège à l'encontre de cette dernière, même si elle est le propriétaire, la Northern doit prouver que les matériaux ont été fournis pour la Metropolitan à titre d'«entrepreneur» ayant conclu un contrat avec la Manufacturers. Cela nous oblige à examiner la définition du mot «entrepreneur» à l'al. 1a), déjà citée. A mon avis, étant donné les faits de la présente affaire, la Metropolitan ne répond pas à cette définition. La Metropolitan a conclu un con-

ment and the lease, that it would construct a building, but this was not a contract "for the doing of work or service or placing or furnishing materials". Those words are apt to describe a building contractor who undertakes to construct a building for another person. In the present case Metropolitan did not undertake to do the work of construction for Manufacturers. It contracted, as a condition of the loan, that a building would be constructed on the land, but it constructed that building, not as a contractor for Manufacturers, but for itself as owner of the leasehold interest. In my opinion, Metropolitan was not a contractor within s. 1(a), and, therefore, the materials supplied by Northern were furnished for Metropolitan as owner, and not as a contractor for Manufacturers. That being so, s. 5 does not give to Northern a lien as against the interest of Manufacturers in the land.

My opinion on this point is reinforced by the words appearing at the end of s. 5, which provide that, even in the case where a lien exists under that section, it is limited in amount "to the sum justly due to the person entitled to the lien and to the sum justly owing (except as herein provided) by the owner". Subject to the effect of the words in the brackets, this means that the owner is not to be made subject to a lien claim under s. 5 beyond the amount which he owes to his contractor in connection with the project. Manufacturers owed nothing to Metropolitan. Its commitment to that company was to advance funds by way of loan, secured by mortgage, and that commitment was performed in accordance with the terms of their agreement. It owed nothing to Northern, with which company it had no direct dealings.

In addition to the words at the end of s. 5, reference should also be made to ss. 10 and 11, which provide:

10. Save as herein otherwise provided, the lien shall not attach so as to make the owner liable for a greater

trat avec la Manufacturers, en vertu des engagements susdits et du bail, aux termes duquel elle s'engageait à construire un immeuble, mais il ne s'agissait pas d'un contrat «pour l'exécution de travaux ou de services ou la mise en place ou la fourniture de matériaux». Cette description s'applique à un entrepreneur en bâtiment qui s'engage à construire un immeuble pour une autre personne. En l'espèce, la Metropolitan ne s'est pas engagée à faire les travaux de construction pour la Manufacturers. Elle s'est engagée, son engagement étant une condition du prêt, à ce qu'un immeuble soit construit sur le terrain, mais elle l'a construit non à titre d'entrepreneur pour la Manufacturers, mais pour elle-même en qualité de propriétaire titulaire du droit de tenure à bail. A mon avis, la Metropolitan n'était pas un entrepreneur au sens de l'al. 1a), et, par conséquent, les matériaux fournis par la Northern étaient destinés à la Metropolitan, à titre de propriétaire et non pas en qualité d'entrepreneur pour la Manufacturers. Cela étant, l'art. 5 ne donne pas à la Northern un privilège grevant les droits de la Manufacturers sur le bien-fonds.

Mon opinion à cet égard est renforcée par la conclusion de l'art. 5. En effet, même dans le cas où un privilège existe en vertu de cet article, il est limité «au montant légalement dû au titulaire du privilège et à celui légalement dû (sauf ce qui est prévu ci-après) par le propriétaire». Sous réserve de l'effet des mots mis entre parenthèses, cela veut dire que le privilège que l'on cherche à faire établir à l'encontre du propriétaire en vertu de l'art. 5 ne peut dépasser quant à son montant ce que celui-ci doit à son entrepreneur relativement au projet. La Manufacturers ne devait rien à la Metropolitan. Son engagement envers cette compagnie consistait à avancer des fonds sous forme de prêt, garantis par hypothèque. Cet engagement a été exécuté conformément aux dispositions de l'accord conclu par les parties. La Manufacturers ne devait rien à la Northern, avec qui elle n'avait eu aucune négociation directe.

En plus de la conclusion de l'art. 5, il y a lieu de renvoyer aux art. 10 et 11, portant que:

[TRADUCTION] 10. Sauf disposition contraire de la présente loi, le privilège n'a pas pour effet de rendre le

sum than the sum payable by the owner to the contractor.

11. Save as herein otherwise provided, where the lien is claimed by any person other than the contractor the amount which may be claimed in respect thereof shall be limited to the amount owing to the contractor or sub-contractor or other person for whom the work or service has been done or the materials placed or furnished.

The qualifying words contained in ss. 5, 10 and 11 "except as herein provided" and "save as herein otherwise provided" can only relate to the provisions of s. 12, the relevant portions of which are as follows:

12. (1) In all cases the person primarily liable upon any contract under or by virtue of which a lien may arise shall, as the work is done or materials are furnished under the contract, deduct from any payments to be made by him in respect of the contract, and retain for a period of forty-five days after the completion or abandonment of the contract, twenty per cent of the value of the work, service and materials actually done, placed or furnished as mentioned in Section 5, and such value shall be calculated on the basis of the contract price, or if there is no specific contract price, then on the basis of the actual value of the work, service or materials.

(2) Where the contract price or actual value exceeds fifteen thousand dollars, the amount to be retained shall be fifteen per cent instead of twenty per cent.

(3) The lien shall be a charge upon the amount directed to be retained by this Section in favor of sub-contractors whose liens are derived under persons to whom such moneys so required to be retained are respectively payable.

Counsel for Northern contends that Manufacturers was obligated by this section to retain 15 per cent of the value of the work done, for the benefit of the sub-contractors. The question is as to whether s. 12 has any application to manufacturers in the circumstances of this case. The section applies to a person "primarily liable upon any contract under or by virtue of which a lien may arise". What is contemplated is a construction contract by a contractor to construct something for the owner and I have already expressed the opinion that Metropolitan was not a "contractor". The section goes on to provide that the person primari-

propriétaire redevable d'une somme supérieure à celle qu'il doit payer à l'entrepreneur.

11. Sauf disposition contraire de la présente loi, lorsqu'une personne autre que l'entrepreneur revendique le privilège, le montant ainsi revendiqué ne peut dépasser le montant dû à l'entrepreneur ou au sous-traitant ou à toute autre personne pour qui les travaux ou les services ont été exécutés ou les matériaux placés ou fournis.

Les dispositions limitatives que l'on retrouve aux art. 5, 10 et 11, à savoir «sauf disposition contraire de la présente loi», ne peuvent que viser les dispositions de l'art. 12, dont les parties pertinentes sont les suivantes:

[TRANSLATION] 12. (1) Dans tous les cas la personne liée au premier chef par un contrat en vertu duquel ou conformément auquel un privilège peut naître, doit, au fur et à mesure de l'exécution des travaux ou de la fourniture des matériaux en vertu du contrat, déduire de tous les paiements qu'elle doit effectuer en vertu de ce contrat et retenir pour une période de quarante-cinq jours après l'exécution du contrat ou l'abandon de l'entreprise, un montant égal à vingt pour cent de la valeur des travaux, des services et des matériaux réellement effectués, placés ou fournis visés à l'article 5, valeur qui est calculée sur la base du prix contractuel ou de la valeur réelle des travaux, des services ou des matériaux, si ce prix n'est pas fixé.

(2) Lorsque le prix contractuel ou la valeur réelle dépasse quinze mille dollars, le montant à retenir est de quinze pour cent au lieu de vingt pour cent.

(3) Le privilège constitue une charge grevant le montant dont le présent article prescrit la retenue en faveur des sous-traitants qui tirent leur privilège des personnes auxquelles ces sommes qui doivent être retenues sont respectivement payables.

L'avocat de la Northern prétend que cet article obligeait la Manufacturers à retenir 15 pour cent de la valeur des travaux effectués, au profit des sous-traitants. Ce qu'il s'agit de savoir, c'est si l'art. 12 s'applique à la Manufacturers dans les circonstances de la présente affaire. L'article vise une personne «liée au premier chef par un contrat en vertu duquel ou conformément auquel un privilège peut naître». Le cas prévu est celui d'un contrat de construction aux termes duquel un entrepreneur s'engage à construire quelque chose pour le propriétaire et j'ai déjà conclu que la Métropolitan n'était pas un «entrepreneur». L'arti-

ly liable shall "deduct from any payments to be made by him in respect of the contract". There were no payments which Manufacturers was required to make in respect of a construction contract. Manufacturers did not agree to pay Metropolitan to construct a building. It agreed to lend moneys to Metropolitan to enable it to construct its building. There were never any payments to be made by Manufacturers to Metropolitan to which s. 12 could apply.

In *Kosobuski v. Extension Mining Co. Ltd.*⁷, Orde J.A., in discussing the equivalent section of the Ontario Act, said:

... it seems clear that the whole section contemplates an obligation to pay either presently or at some future date something in money or money's worth from which the drawback may be "retained" by "the person primarily liable." If the contract is such that no liability to pay anything was ever incurred by the owner of the lands, there would seem to be nothing to which the lien of any subcontractor could attach.

Reference may also be made to the judgment of Master MacRae in *Canadian Cutting & Coring (Toronto) Ltd. v. Howson et al.*⁸.

In my opinion Northern's submission based upon s. 12 fails.

Northern's final submission is that Metropolitan and Manufacturers were engaged in a joint venture, so that each became the agent of the other in connection with the venture, and, therefore, the contracts made by Metropolitan with the sub-contractors became binding upon Manufacturers. Presumably the joint venture suggested consists of the construction and the operation of an apartment building.

Counsel for Northern, in his factum, has quoted passages from *Williston on Contracts*, 3rd ed., Vol. 2, dealing with the subject of joint ventures in s. 318, commencing at p. 544. In my opinion the answer to Northern's submission is to be found in the passage cited from p. 554:

⁷ (1929), 64 O.L.R. 8.

⁸ [1968] 2 O.R. 449.

cle porte ensuite que la personne tenue au premier chef doit faire une retenue sur «tous les paiements qu'elle doit effectuer en vertu de ce contrat». La Manufacturers n'était tenue de faire aucun paiement en vertu d'un contrat de construction. Elle ne s'est pas engagée à payer la Metropolitan pour construire un immeuble. Elle s'est engagée à prêter de l'argent à la Metropolitan pour lui permettre de construire son immeuble. La Manufacturers n'a jamais été tenue de verser à la Metropolitan des sommes auxquelles pouvait s'appliquer l'art. 12.

Dans *Kosobuski v. Extension Mining Co. Ltd.*⁷, le juge Orde, qui étudiait l'article correspondant dans la loi ontarienne, a déclaré:

[TRADUCTION] ... il semble clair que tout l'article prévoit le cas d'une obligation de verser immédiatement ou à quelque date future une somme d'argent ou quelque chose d'équivalent sur laquelle «la personne liée au premier chef» peut effectuer une «retenue». Si le contrat est rédigé d'une façon telle que le propriétaire des terrains n'a jamais eu l'obligation de payer quoi que ce soit, il semble n'y avoir rien que le privilège du sous-traitant puisse grever.

On a aussi renvoyé au jugement du Master MacRae dans *Canadian Cutting & Coring (Toronto) Ltd. v. Howson et al.*⁸.

A mon avis, la prétention de la Northern fondée sur l'art. 12 ne peut être retenue.

En dernier lieu, la Northern prétend que la Metropolitan et la Manufacturers étaient engagées dans une opération conjointe, si bien que chacune est devenue l'agent de l'autre relativement à l'opération et que, par conséquent, les contrats conclus par la Metropolitan avec les sous-traitants liaient la Manufacturers. On peut supposer que la prétendue opération conjointe consistait dans la construction et l'exploitation d'un immeuble d'appartements.

L'avocat de la Northern, dans son factum, a cité des extraits de *Williston on Contracts*, 3^e éd., t. 2, traitant des opérations conjointes à l'art. 318 qui commence à la p. 544. A mon avis, la réponse à la prétention de la Northern se trouve dans un extrait de la p. 554:

⁷ (1929), 64 O.L.R. 8.

⁸ [1968] 2 O.R. 449.

It can be said that a joint adventure contemplates an enterprise jointly undertaken, that it is an association of such joint undertakers to carry out a single project for profit; that the profits are to be shared, as well as the losses, though the liability of a joint adventurer for a proportionate part of the losses or expenditures of the joint enterprise may be affected by the terms of the contract. There must be a contribution by the parties to a common undertaking to constitute a joint adventure; and a community of interest as well as some control over the subject matter or property right of the contract.

Whether the parties to a particular contract have thereby created as between themselves, the relation of joint adventurers or some other relation depends upon their actual intention, and such relationship arises only when they intend to associate themselves as such. This intention is to be determined in accordance with the ordinary rules governing the interpretation and construction of contracts.

The contracts made between Metropolitan and Manufacturers manifest no intention by the parties to become joint adventurers in a common enterprise. The relationship between them is that of borrower and lender. The agreements, consisting of the letters of commitment, the conveyance of title, the lease, and the mortgage of the leasehold interest were all made for the purpose of furnishing to Manufacturers the security which it required for its loan of money on a long term mortgage. They do not manifest any intention to participate in a joint enterprise.

For these reasons I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed with costs, MARTLAND and JUDSON JJ. dissenting.

Solicitor for the appellants: Harold F. Jackson, Halifax.

Solicitor for the respondent: Gordon S. Black, Halifax.

[TRANSLATION] On peut dire qu'une opération conjointe est une opération entreprise conjointement, que c'est une association d'entrepreneurs agissant conjointement pour exécuter un projet unique dans un but lucratif; qu'il y aura partage des profits aussi bien que des pertes. Toutefois, la responsabilité de chaque entrepreneur associé pour une part proportionnelle des pertes ou des dépenses de l'opération conjointe peut dépendre des termes du contrat. Il doit y avoir contribution des parties à une entreprise commune pour qu'il y ait opération conjointe; ainsi qu'une communauté d'intérêt de même qu'un certain contrôle sur l'objet du contrat ou les droits de propriété créés par celui-ci.

La question de savoir si les parties à un contrat donné ont créé une opération conjointe ou une autre sorte de lien entre elles, dépend de leur intention véritable et un lien de cette nature n'existe que si les parties entendaient s'associer à ce titre. Cette intention se détermine conformément aux règles ordinaires d'interprétation des contrats.

Il ne ressort des contrats conclus entre la Metropolitan et la Manufacturers aucune intention de créer une opération conjointe, avec les liens que cela implique. Leurs relations étaient plutôt celles de prêteur à emprunteur. Les engagements, à savoir les lettres échangées, la cession du terrain, le bail et l'hypothèque du droit de tenure à bail, ont tous été souscrits dans le but de fournir à la Manufacturers la garantie qu'elle exigeait pour consentir un prêt hypothécaire à long terme. Il n'en ressort aucune intention de la part des parties de participer à une opération conjointe.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges MARTLAND et JUDSON étant dissidents.

Procureur des appelants: Harold F. Jackson, Halifax.

Procureur de l'intimée: Gordon S. Black, Halifax.