

A.V.G. Management Science Ltd.
(*Plaintiff*) *Appellant*;

and

**Barwell Developments Ltd., Cambie
Construction Ltd., Canada Permanent Trust
Company and Raymond Outtrim**
(*Defendants*) *Respondents*.

1978: November 23; 1978: December 21.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Spence, Dickson and
Estey J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Sale of land — Inability of vendors to give title — Agreeing in effect to sell to two different purchasers — No fraud or bad faith on part of vendors — Damages — Rule in Bain v. Fothergill not applicable — Whether Rule in Bain v. Fothergill should no longer be followed in common law Canada — Land Registry Act, R.S.B.C. 1960, c. 208, s. 38 [am. 1971, c. 30, s. 7].

On November 21, 1973, the respondents accepted an offer from Jordan Development Corporation Ltd. to purchase an apartment building for \$495,000. The agreement was subject to a provision for the benefit of the purchaser Jordan, to be met by 12 noon on November 28, 1973. On November 23, 1973, the appellant made an offer, open for acceptance until 11 p.m. on November 29, 1973, to purchase the same property for \$515,000. The vendors mistakenly concluded after noon on November 28, 1973, that the Jordan deal was off for failure of Jordan to meet the provision in its contract, and they accepted the appellant's offer at 2:00 p.m. on that day. Jordan refused to accept a return of its deposit tendered by the vendors, and on December 10, 1973, lodged a caveat on the land under the *Land Registry Act*, R.S.B.C. 1960, c. 208, as amended. Subsequently, Jordan succeeded in an action of specific performance after registering a *lis pendens* against the property.

The contract with the appellant called for a closing date of January 23, 1974, and on January 14, by agreement, the closing date was extended to February 15, 1974. It was on January 23, 1974, that Jordan registered its *lis pendens*, and the decree of specific performance was obtained on August 18, 1975. The appellant stood ready and able all this time to complete. It subsequently brought an action for damages. They

A.V.G. Management Science Ltd.
(*Demanderesse*) *Appelante*;

et

**Barwell Developments Ltd., Cambie
Construction Ltd., Canada Permanent Trust
Company et Raymond Outtrim** (*Défendeurs*)
Intimés.

1978: 23 novembre; 1978: 21 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Vente de biens-fonds — Incapacité des vendeurs de donner le titre — Ils ont en fait accepté de vendre à deux acheteurs différents — Ni fraude ni mauvaise foi de la part des vendeurs — Dommages-intérêts — Règle de Bain v. Fothergill non applicable — La règle de Bain v. Fothergill ne doit-elle plus être suivie en common law au Canada? — Land Registry Act, R.S.B.C. 1960, chap. 208, art. 38 [mod. 1971, chap. 30, art. 7].

Le 21 novembre 1973, les intimés ont accepté l'offre de Jordan Development Corporation Ltd. d'acheter un immeuble d'appartements au prix de \$495,000. L'entente était assujettie à une condition à l'avantage de l'acheteur Jordan, à remplir au plus tard à midi le 28 novembre 1973. Le 23 novembre 1973, l'appelante a fait une offre d'achat du même immeuble au prix de \$515,000; l'offre devait être acceptée avant 23h le 29 novembre 1973. Le 28 novembre 1973, après-midi, les vendeurs ont cru par erreur que le marché conclu avec Jordan était caduc parce que cette dernière n'avait pas rempli la condition de son contrat, et ils ont accepté l'offre de l'appelante à 14h le même jour. Jordan a refusé de reprendre le dépôt que les vendeurs lui remettaient et, le 10 décembre 1973, elle a inscrit une opposition contre le terrain en vertu de la *Land Registry Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 208 et modifications. Par la suite, Jordan a obtenu gain de cause dans une action en exécution intégrale après avoir enregistré une litispendance contre l'immeuble.

Le contrat conclu avec l'appelante fixait le 23 janvier 1974 comme date limite de la signature et, le 14 janvier, les parties ont convenu de la reporter au 15 février 1974. Jordan a enregistré la litispendance le 23 janvier 1974 et elle a obtenu jugement en exécution intégrale le 18 août 1975. L'appelante est restée prête à conclure l'opération pendant tout ce temps-là et était en mesure de le faire. Par la suite, elle a intenté une action en dommages-inté-

were assessed at trial at \$37,000 if recoverable on ordinary contract principles, but by reason of the rule in *Bain v. Fothergill* (1873), L.R. 7 H.L. 158, the appellant was denied recovery for the loss of its bargain and its damages were limited to \$6,628.50, consisting of return of the deposit, the costs of investigating title and solicitor's fees and disbursements preparatory to carrying out the contract. (The rule in *Bain v. Fothergill* is an affirmation by the House of Lords of a limiting principle for assessing damages in favour of a purchaser for breach of a contract for the sale first enunciated in *Flureau v. Thornhill* (1776), 2 Wm. Bl. 1078. The purchaser was held disentitled to recover damages for the loss of his bargain if the sale fell through because of the vendor's inability, absent fraud or bad faith, to give a good title.)

The Court of Appeal for British Columbia (Robertson J.A. dissenting) dismissed the appellant's appeal from the trial judgment. The Court of Appeal held that the trial judge had correctly found the Jordan agreement, although unregistered, to constitute a defect of title under the rule of *Bain v. Fothergill*. With leave of the Court of Appeal, the appellant then appealed to this Court.

Held: The appeal should be allowed, the judgments below set aside and judgment entered for the purchaser for \$37,000 plus \$6,628.50, a total of \$43,628.50.

This Court agreed with Robertson J.A. that the present case was not within the rule in *Bain v. Fothergill*. Although the Court of Appeal majority felt that to oust the rule would be to reinstate *Hopkins v. Grazebrook* (1826), 6 B. & C. 31, the facts here were quite different. (An exception to the rule as enunciated in *Flureau v. Thornhill*, which exception was recognized in later cases, denied to a vendor the benefit of the rule if at the time he entered into a contract of sale he knew that he had no title and could not make title at the time for closing. That exception, reflected in *Hopkins v. Grazebrook*, was rejected by the House of Lords in *Bain v. Fothergill*.) There was here no case merely of a vendor who, knowing he has no title (as, where he himself has merely a contract of purchase), purports to sell to another. The vendors here, somewhat greedy as the trial judge found, had title and then proceeded, in effect, to agree to sell the property twice. There was neither fraud nor want of good faith (save possibly in respect of Jordan), but it is enough to oust the limiting rule in *Bain v. Fothergill* if the vendor, having title, has either voluntarily disabled himself from being able to

rêts. Ceux-ci ont été fixés à \$37,000 au procès, s'ils pouvaient être recouvrés selon les principes ordinaires du droit des contrats. Toutefois, vu la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill* (1873), L.R. 7 H.L. 158, l'appelante s'est vu refuser des dommages-intérêts pour la perte d'une bonne affaire et ceux-ci furent réduits à \$6,628.50, soit la remise du dépôt, les frais de recherche de titre et les honoraires de l'avocat avec ses dépenses engagées en vue de la conclusion du contrat. (Dans l'arrêt *Bain v. Fothergill*, la Chambre des lords a en fait confirmé la règle énoncée initialement dans l'arrêt *Flureau v. Thornhill* (1776), 2 Wm. Bl. 1078, qui limitait le montant des dommages-intérêts que pouvait obtenir un acheteur par suite de la violation d'un contrat de vente. Sauf le cas de fraude ou de mauvaise foi, l'acheteur ne peut obtenir de dommages-intérêts pour la perte d'une bonne affaire si la vente a avorté parce que le vendeur a été incapable de fournir un titre incontestable.)

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge Robertson étant dissident) a rejeté l'appel interjeté par l'appelante du jugement de première instance. La Cour d'appel a statué que le juge de première instance avait conclu à bon droit que l'entente avec Jordan, bien que non enregistrée, viciait le titre au sens de la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill*. Sur autorisation de la Cour d'appel, l'appelante se pourvoit devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli, les décisions des cours d'instance inférieure infirmées et jugement doit être rendu en faveur de l'acheteur pour un montant de \$37,000 plus \$6,628.50, pour un total de \$43,628.50.

Cette Cour partage l'opinion du juge Robertson que la présente affaire ne relève pas de la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill*. Même si la Cour d'appel, à la majorité, a estimé qu'écarter la règle aurait pour effet de rétablir l'arrêt *Hopkins v. Grazebrook* (1826), 6 B. & C. 31, les faits sont très différents dans ce cas-ci. (Une exception à la règle énoncée dans l'arrêt *Flureau v. Thornhill*, exception reconnue dans des arrêts plus récents, ne permettait pas au vendeur de tirer profit de la règle si, au moment de la conclusion du contrat de vente, il savait qu'il n'avait pas de titre et ne pouvait l'obtenir avant la date de la signature. Cette exception, établie dans *Hopkins v. Grazebrook*, a été rejetée par la Chambre des lords dans *Bain v. Fothergill*.) Il ne s'agit pas en l'espèce du cas d'un vendeur qui, sachant qu'il n'a pas de titre (par exemple, lorsqu'il a seulement une promesse de vente), prétend vendre à un tiers. Dans ce cas-ci, les vendeurs en possession d'un titre, mais un peu cupides comme l'a constaté le juge du procès, en sont venus à accepter de vendre le même immeuble deux fois. Il n'y a eu ni fraude ni manque de bonne foi (sauf peut-être à l'égard de Jordan) mais il suffit, pour écarter

convey or has risked and lost his ability to do so by what were in effect concurrent dealings with two different purchasers.

The question as to whether the rule in *Bain v. Fothergill* should no longer be followed in common law Canada did not really arise here. However if it had been necessary, in order to decide this case, to come to a conclusion on the matter, the Court was of the opinion that the rule in *Bain v. Fothergill* should no longer be followed in respect of land transactions in those Provinces which have a Torrens system of title registration or (as in British Columbia and parts of Ontario) a near similar system. In all such jurisdictions and areas, where the title is that shown on an official registry, there can be no claim by a vendor of uncertainty of title or of the necessity to gather in deeds and documents through which he would seek to establish title.

The Court was further of the opinion that, in principle, a similar view should be taken in respect of land transactions governed by a registration of deeds and documents system such as exists in the Atlantic Provinces, in parts of Ontario and in parts of Manitoba. Despite the differences between the Torrens system and kindred systems and deed registry systems, there is no reason why a line should be drawn between them to rule out *Bain v. Fothergill* in respect of the former and not in respect of the latter. The existence of public registers upon which transfers of interest must be recorded to be protected could be considered as ousting the rationale on which the rule in *Bain v. Fothergill* was founded.

Ontario Asphalt Block Co. v. Montreuil (1916), 52 S.C.R. 541, considered; *Day v. Singleton*, [1899] 2 Ch. 320; *Goffin v. Houlder* (1920), 90 L.J. Ch. 488; *Wroth v. Tyler*, [1973] 1 All E.R. 897; *A.S.A. Construction Pty. Ltd. v. Iwanov*, [1975] 1 N.S.W.L.R. 512; *Sikes v. Wild* (1861), 1 B. & S. 587, aff'd (1863), 4 B. & S. 421; *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *Stephens v. Bannan*, (1913) 6 Alta. L.R. 418; *O'Neil v. Drinkle* (1908), 8 W.L.R. 937; *United Trust Co. v. Dominion Stores Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 915, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, dismissing the

¹ [1978] 1 W.W.R. 730.

la règle limitative de l'arrêt *Bain v. Fothergill*, que le vendeur, en possession d'un titre, se soit volontairement privé de la possibilité de le céder ou ait risqué et perdu son pouvoir de le faire par suite d'opérations effectuées simultanément avec deux acheteurs différents.

La question de savoir si la règle de *Bain v. Fothergill* ne devrait plus être suivie en *common law* au Canada ne se pose pas vraiment ici. Toutefois, s'il était nécessaire de conclure sur ce point pour trancher la présente affaire, la Cour est d'avis que la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill* ne doit plus être suivie relativement aux opérations immobilières dans les provinces qui ont un système Torrens d'enregistrement des titres ou un système similaire. Dans ces ressorts et régions, où le titre est celui inscrit au registre officiel, le vendeur ne peut faire valoir que le titre est incertain ou qu'il lui est nécessaire de rassembler les actes et les documents qui l'établissent.

La Cour est aussi d'avis qu'en principe, on devrait adopter un point de vue semblable en ce qui concerne les opérations immobilières régies par un système d'enregistrement d'actes et de documents, comme c'est le cas dans les provinces maritimes et dans certaines régions de l'Ontario et du Manitoba. Malgré les différences qui existent entre le système Torrens, les systèmes analogues et les systèmes d'enregistrement des actes, il n'y a pas de raison de faire une distinction entre eux pour écarter l'arrêt *Bain v. Fothergill* dans le premier cas et ne pas le faire dans le dernier. On doit considérer que l'existence de registres publics où les transferts de droits doivent être inscrits pour être protégés élimine le fondement même de la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill*.

Jurisprudence: arrêt examiné: *Ontario Asphalt Block Co. c. Montreuil* (1916), 52 R.C.S. 541; décisions mentionnées: *Day v. Singleton*, [1899] 2 Ch. 320; *Goffin v. Houlder* (1920), 90 L.J. Ch. 488; *Wroth v. Tyler*, [1973] 1 All E.R. 897; *A.S.A. Construction Pty. Ltd. v. Iwanov*, [1975] 1 N.S.W.L.R. 512; *Sikes v. Wild* (1861), 1 B. & S. 587, conf. par (1863), 4 B. & S. 421; *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; *Renvoi sur la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Stephens v. Bannan* (1913), 6 Alta. L.R. 418; *O'Neil v. Drinkle* (1908), 8 W.L.R. 937; *United Trust Co. c. Dominion Stores Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 915.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹, qui a rejeté

¹ [1978] 1 W.W.R. 730.

appellant's appeal from a judgment of McKenzie J. whereby it was held that the rule in *Bain v. Fothergill* applied so as to limit the damages recoverable by the appellant on the inability of the respondents to give title to certain property which they had contracted to sell to the appellant. Appeal allowed.

G. K. Macintosh, for the plaintiff, appellant.

W. B. MacAllister, for the defendants, respondents.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—There are two questions in this appeal. The first is whether the rule in *Bain v. Fothergill* was properly applied by McKenzie J. of the British Columbia Supreme Court and by the majority of the British Columbia Court of Appeal. In purported application of the rule, the two Courts limited the damages recoverable by the appellant purchaser on the inability of the respondent vendors to give title to certain property which they had contracted to sell to the appellant. The second question is whether the rule in *Bain v. Fothergill* should no longer be followed in common law Canada, if it was properly applied in this case.

The facts here are not in dispute and may be shortly stated on the concurrent findings of the Courts below. On November 21, 1973, the respondents accepted an offer from Jordan Development Corporation Ltd. to purchase an apartment building for \$495,000. The agreement was subject to a provision for the benefit of the purchaser Jordan, to be met by 12 noon on November 28, 1973. On November 23, 1973, the appellant made an offer, open for acceptance until 11 p.m. on November 29, 1973, to purchase the same property for \$515,000. The vendors mistakenly concluded after noon on November 28, 1973, that the Jordan deal was off for failure of Jordan to meet the provision in its contract, and they accepted the appellant's offer at 2:00 p.m. on that day. Jordan refused to accept a return of its deposit tendered by the vendors, and on December 10, 1973, lodged a caveat on the land under the *Land*

l'appel interjeté par l'appelante du jugement du juge McKenzie, où il a été décidé que la règle de *Bain v. Fothergill* s'applique de façon à limiter les dommages-intérêts recouvrables par l'appelante par suite de l'incapacité des intimés de remettre le titre de propriété d'un immeuble qu'ils s'étaient engagés à lui vendre. Pourvoi accueilli.

G. K. Macintosh, pour la demanderesse, appelante.

W. B. MacAllister, pour les défendeurs, intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi soulève deux questions. La première est de savoir si le juge McKenzie de la Cour suprême de la Colombie-Britannique et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité ont appliqué à bon droit la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill*. A cet effet, les deux cours ont limité les dommages-intérêts recouvrables par l'acheteur appellant en raison de ce que les vendeurs intimés ont été incapables de livrer le titre de propriété d'un immeuble qu'ils s'étaient engagés à lui vendre. La seconde question est de savoir si la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill* ne devrait pas être abrogée en *common law* canadienne, qu'elle ait été ou non appliquée à bon droit en l'espèce.

Les faits ne sont pas contestés et peuvent se résumer brièvement à partir des conclusions concordantes des cours d'instance inférieure. Le 21 novembre 1973, les intimés ont accepté l'offre de Jordan Development Corporation Ltd. d'acheter un immeuble d'appartements au prix de \$495,000. L'entente était assujettie à une condition à l'avantage de l'acheteur Jordan, à remplir au plus tard à midi le 28 novembre 1973. Le 23 novembre 1973, l'appelante a fait une offre d'achat du même immeuble au prix de \$515,000; l'offre devait être acceptée avant 23h le 29 novembre 1973. Le 28 novembre 1973, après midi, les vendeurs ont cru par erreur que le marché conclu avec Jordan était caduc parce que cette dernière n'avait pas rempli la condition de son contrat, et ils ont accepté l'offre de l'appelante à 14h le même jour. Jordan a refusé de reprendre le dépôt que les vendeurs lui remettaient et, le 10 décembre 1973, elle a inscrit

Registry Act, R.S.B.C. 1960, c. 208, as amended. Subsequently, Jordan succeeded in an action of specific performance after registering a *lis pendens* against the property.

The contract with the appellant called for a closing date of January 23, 1974, and on January 14, by agreement, the closing date was extended to February 15, 1974. It was on January 23, 1974, that Jordan registered its *lis pendens*, and the decree of specific performance was obtained on August 18, 1975. The appellant stood ready and able all this time to complete. It subsequently brought an action for damages. They were assessed at \$37,000 if recoverable on ordinary contract principles, but by reason of the rule in *Bain v. Fothergill* the appellant was denied recovery for the loss of its bargain and its damages were limited to \$6,628.50, consisting of return of the deposit, the costs of investigating title and solicitor's fees and disbursements preparatory to carrying out the contract.

The rule in *Bain v. Fothergill*² is an affirmation by the House of Lords, having first "summoned the Judges" (of whom six attended), of a limiting principle for assessing damages in favour of a purchaser for breach of a contract for the sale of the land first enunciated in *Flureau v. Thornhill*³. The purchaser was held disentitled to recover damages for the loss of his bargain if the sale fell through because of the vendor's inability, absent fraud or bad faith, to give a good title.

Bain v. Fothergill was heard by three members of the House of Lords of whom one, Lord Colonsay died before judgment was delivered. In the course of the reasons of Lord Chelmsford (with whom Lord Hatherley also sat) that learned Lord agreed with the view that the exception which denies damages for loss of a bargain due to a defect in title, if the vendor acts *bona fide*, cannot be justified in principle. However, having accepted

une opposition contre le terrain en vertu de la *Land Registry Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 208 et modifications. Par la suite, Jordan a obtenu gain de cause dans une action en exécution intégrale après avoir enregistré une litispendance contre l'immeuble.

Le contrat conclu avec l'appelante fixait le 23 janvier 1974 comme date limite de la signature et, le 14 janvier, les parties ont convenu de la reporter au 15 février 1974. Jordan a enregistré la litispendance le 23 janvier 1974 et elle a obtenu jugement en exécution intégrale le 18 août 1975. L'appelante est restée prête à conclure l'opération pendant tout ce temps-là et était en mesure de le faire. Par la suite, elle a intenté une action en dommages-intérêts. Ceux-ci ont été fixés à \$37,000 s'ils pouvaient être recouverts selon les principes ordinaires du droit des contrats. Toutefois, vu la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill*, l'appelanté s'est vu refuser les dommages-intérêts pour la perte d'une bonne affaire et ceux-ci furent réduits à \$6,628.50, soit la remise du dépôt, les frais de recherche de titre et les honoraires de l'avocat avec ses dépenses engagées en vue de la conclusion du contrat.

Dans l'arrêt *Bain v. Fothergill*², la Chambre des lords, après avoir [TRADUCTION] «convoqué les juges» (dont six sont venus), a en fait confirmé la règle énoncée initialement dans l'arrêt *Flureau v. Thornhill*³, qui limite le montant des dommages-intérêts que peut obtenir un acheteur par suite de la violation d'un contrat de vente d'un terrain. Sauf le cas de fraude ou de mauvaise foi, l'acheteur ne peut obtenir de dommages-intérêts pour la perte d'une bonne affaire si la vente a avorté parce que le vendeur a été incapable de fournir un titre incontestable.

L'affaire *Bain v. Fothergill* a été entendue par trois membres de la Chambre des lords dont l'un, lord Colonsay, est décédé avant le prononcé du jugement. Dans ses motifs, lord Chelmsford (qui siégeait avec lord Hatherley) a convenu que l'exception qui empêche d'accorder des dommages-intérêts pour la perte d'une bonne affaire imputable à un vice de titre, si le vendeur agit de bonne foi, ne peut se justifier en principe. Cependant,

² (1873), L.R. 7 H.L. 158.

³ (1776), 2 Wm. Bl. 1078.

² (1873), L.R. 7 H.L. 158.

³ (1776), 2 Wm. Bl. 1078.

the rule as enunciated in *Flureau v. Thornhill*, the House of Lords went further and rejected an exception to it which had been recognized in later cases. That exception, reflected in *Hopkins v. Grazebrook*⁴, denied to a vendor the benefit of the rule if at the time he entered into a contract of sale he knew that he had no title and could not make title at the time for closing. *Bain v. Fothergill* destroyed the authority of *Hopkins v. Grazebrook* and brought the situation in that case within its limiting principle, unless the vendor was fraudulent.

Of course, the rule in *Bain v. Fothergill* runs counter to ordinary contract principles governing damages for breach, and it invited a reliance on a tort element, e.g. fraud, as a ground of avoiding it, notwithstanding that the damages may be different if based on deceit and not on breach of contract for loss of the bargain. The rationale of the rule lay in the uncertainty of English titles, in the want of any reliable registration system (let alone a Torrens system) and in the need to have recourse to and gather up relevant documents of title. (There was only a voluntary registration system in effect in England when *Bain v. Fothergill* was decided, the *Transfer of Land Act*, 1862 (Imp.), c. 53, and it had very little effect.) Lord Hatherley mentioned this rationale in his reasons at pp. 210-11 of the Report and I need not quote what he said. Indeed, I am relieved of the necessity of canvassing the rationale, history and application of the rule and the exceptions grafted on it (exceptions to an exception) by the full report on the rule by the British Columbia Law Reform Commission, published in 1976. Reference is there made to the exceptions to the rule, these exceptions being (1) fraud of the vendor; (2) bad faith of the vendor; (3) defects arising out of matters of conveyancing (as, for example, the unwillingness of a vendor to pay off a mortgage, which he could do), and (4) breach of covenants in an executed conveyance. Of course, the third exception above covers any outright failure of a vendor to complete

⁴ (1826), 6 B. & C. 31.

après avoir adopté la règle énoncée dans l'arrêt *Flureau v. Thornhill*, la Chambre des lords n'en est pas restée là et a rejeté une exception à cette règle qui avait été reconnue dans des arrêts plus récents. Cette exception, établie dans *Hopkins v. Grazebrook*⁴, ne permettait pas au vendeur de tirer profit de la règle si, au moment de la conclusion du contrat de vente, il savait qu'il n'avait pas de titre et ne pouvait l'obtenir avant la date fixée pour la signature de l'acte de transfert. L'arrêt *Bain v. Fothergill* a renversé la jurisprudence établie par l'arrêt *Hopkins v. Grazebrook* et décidé que le principe de la limitation, sauf en cas de fraude du vendeur, s'appliquait à la situation en cause dans cette affaire-là.

La règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill* va à l'encontre des principes ordinaires du droit des contrats quant aux dommages-intérêts pour violation de contrat et elle fait appel à une notion de responsabilité délictuelle, en l'occurrence la fraude, comme moyen de se soustraire à cette règle, bien que les dommages puissent être différents selon que la perte de la bonne affaire résulte de la fraude et non de la violation du contrat. La raison d'être de cette règle réside dans l'incertitude des titres anglais, l'absence de système d'enregistrement fiable (sans parler du système Torrens) et la nécessité d'utiliser et de rassembler les documents pertinents établissant les titres. (L'enregistrement était volontaire en Angleterre à l'époque de l'arrêt *Bain v. Fothergill*, aux termes de la *Transfer of Land Act*, 1862 (Imp.), chap. 53, un système très inefficace.) Lord Hatherley a fait état de cette situation dans ses motifs (aux pp. 210 et 211 du recueil) et il ne m'est pas nécessaire de le citer. Je n'ai même pas besoin d'examiner ici l'origine, l'évolution et l'application de la règle et de ses exceptions (des exceptions à une exception) vu le rapport très complet publié en 1976 par la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique à ce sujet. Celui-ci mentionne les exceptions à la règle; il s'agit (1) de la fraude du vendeur; (2) de la mauvaise foi du vendeur; (3) de tout vice relatif au transfert de la propriété (par exemple, le refus d'un vendeur de rembourser une hypothèque lorsqu'il peut le faire) et (4) de la

⁴ (1826), 6 B. & C. 31.

when it was within his power to do so. It is an extension of this, giving rise to the exception of bad faith, as in *Day v. Singleton*⁵ where a vendor lessee failed to make a reasonable effort to obtain the lessor's consent to an assignment of the leasehold. Another extension is exhibited by *Goffin v. Houlder*⁶ where the vendor, having title at the time of a contract giving an option to purchase, sold the property to another before the option expired. It may be said, however, that this case is completely outside the rule in *Bain v. Fothergill* because there was no defect of title when the option contract was entered into.

McKenzie J., in his reasons in the present case, referred extensively to the judgment of Megarry J. (now V.-C.) in *Wroth v. Tyler*⁷, although in that case the rule in *Bain v. Fothergill* was held inapplicable. Briefly, the situation in *Wroth v. Tyler* was that the vendor had title subject to a mortgage, and contracted to sell his interest and give vacant possession to a purchaser. The wife of the vendor thereafter registered her matrimonial right of occupation under the *Matrimonial Homes Act* of 1967 as a charge against the property. After considering and denying the claim for specific performance, Megarry J. turned to the matter of damages and refused to apply *Bain v. Fothergill*, holding that it was an anomalous rule, not to be extended. Differing positions were taken by counsel for the parties on whether there was a defect of title at the date of the contract. The learned judge dealt with this issue as follows (at p. 917):

... The most helpful approach seems to me to take the matter by stages. First, if the mere existence of the wife's charge, before registration, creates a defect in title within the rule, then Parliament has at a blow imposed a defect in title on many millions of homes vested in one or other of the parties to a marriage. On 1st January 1968 millions of perfectly good titles

violation des termes d'un transfert. La troisième exception comprend évidemment tout défaut manifeste du vendeur de parfaire le contrat lorsqu'il est en son pouvoir de le faire. Cette exception a donné naissance, en corollaire, à l'exception de mauvaise foi, comme dans l'arrêt *Day v. Singleton*⁵ où un locataire vendeur n'avait pas fait son possible pour obtenir le consentement du bailleur à la cession de bail. *Goffin v. Houlder*⁶ étend également l'exception; le vendeur, qui détenait le titre à la signature du contrat accordant une option d'achat, a vendu la propriété à un tiers avant l'expiration de l'option. On peut dire cependant que cette affaire sort totalement du cadre de la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill* parce qu'il n'y avait aucun vice de titre au moment de la signature de l'option.

Dans ses motifs de jugement rendus en l'espèce, le juge McKenzie s'est largement référé au jugement du juge Megarry (maintenant vice-chancelier) dans *Wroth v. Tyler*⁷, qui décidait pourtant que la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill* ne s'appliquait pas. En résumé, il s'agissait d'un vendeur dont le titre était grevé d'une hypothèque et qui s'était engagé à vendre son droit et à transmettre la libre possession des lieux à un acheteur. Par la suite, l'épouse du vendeur a enregistré contre la propriété, à titre de privilège, son droit matrimonial d'occupation en vertu de la *Matrimonial Homes Act* de 1967. Après avoir examiné la demande d'exécution intégrale et l'avoir rejetée, le juge Megarry est passé à la question des dommages-intérêts et a refusé d'appliquer l'arrêt *Bain v. Fothergill* au motif que c'était une exception qu'il ne fallait pas étendre. Les avocats des parties différaient d'opinion sur la question de savoir si le titre était vicié à la date du contrat. Le savant juge s'est prononcé sur la question en ces termes (à la p. 917):

[TRADUCTION] ... La meilleure façon d'aborder la question est de procéder par étapes. Premièrement, si la simple existence du privilège de l'épouse, avant l'enregistrement, vicie le titre au sens de la règle, alors le Parlement a rendu d'un seul coup défectueux le titre de plusieurs milliers de maisons appartenant à l'un ou l'autre conjoint. Le 1^{er} janvier 1968, des millions de

⁵ [1899] 2 Ch. 320.

⁶ (1920), 90 L.J. Ch. 488.

⁷ [1973] 1 All E.R. 897.

⁵ [1899] 2 Ch. 320.

⁶ (1920), 90 L.J. Ch. 488.

⁷ [1973] 1 All E.R. 897.

became defective. I should be slow indeed to impute to Parliament any intention to produce this result. This is all the more striking in the case of registered land, where the operation of the rule in *Bain v. Fothergill* might be expected to be minimal; for the main purpose of the Land Registration Acts is to simplify titles and conveyancing. Furthermore, if the mere existence of an unregistered charge under the 1967 Act constitutes a defect in title, it is a singularly impotent defect, for on completion of a sale it will be void against the purchaser for want of registration. If instead the vendor refused to complete, plainly he would be refusing to take a step which would remove the defect from his title; and on the principle of *Day v. Singleton* he would appeal to *Bain v. Fothergill* in vain. As at the date of the contract in this case, I therefore cannot see how the rule in *Bain v. Fothergill* could have applied. In other words, looking at matters immediately after the contract had been made, the case could not, in my judgment, be said to fall within either the spirit or the letter of the rule in *Bain v. Fothergill*.

When in this case the wife's rights were registered the day after the contract had been made, a different situation arose; for then her rights could no longer be destroyed by completing the sale. On the footing that the wife's rights thereupon became capable of attracting the rule in *Bain v. Fothergill*, does the rule apply to cases where, at the date of the contract, the necessary conditions for the application of the rule did not exist, but those conditions first came into being after the contract had been made? It has not been suggested that there is any authority bearing directly on this point. The action is an action for damages for breach of contract, and I should be slow to hold that some supervening event could bring within the rule a case initially outside it. Furthermore, the basis of the rule is that of the contract having been made against a background of the uncertainty of titles to land in England; . . . As I have indicated, a rule laid down for defects in title which lay concealed in title deeds which were often, in the phrase attributed to Lord Westbury, 'difficult to read, disgusting to touch, and impossible to understand', seems singularly inapposite to the effect of a modern statute on registered land, with its aseptic certainty and clarity of title.

McKenzie J., although relying on the analysis of Megarry J. in *Wroth v. Tyler* in respect of the rule in *Bain v. Fothergill*, distinguished the case as one where the wife's occupation interest did not constitute a defect of title at the time of the contract of sale. Contrarywise, he held the Jordan agreement,

titres tout à fait valides sont devenus défectueux. J'hésiterais à imputer cette intention au Parlement. C'est d'autant plus frappant dans le cas des terrains enregistrés, vis-à-vis desquels il paraîtrait normal que la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill* ait peu d'effet puisque les lois relatives à l'enregistrement des terrains ont principalement pour but de simplifier les titres et les transferts. En outre, si la simple existence d'un privilège non enregistré en vertu de la Loi de 1967 vicie un titre, c'est un vice singulièrement dépouvu d'effet puisqu'une fois la vente parachevée, il sera inopposable à l'acheteur pour défaut d'enregistrement. Si par contre le vendeur refuse de signer, il se trouve simplement à refuser de prendre une mesure qui permettrait de faire disparaître le vice de son titre; compte tenu du principe de l'arrêt *Day v. Singleton*, il invoquerait en vain l'arrêt *Bain v. Fothergill*. Je ne peux voir comment la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill* pouvait s'appliquer à la date du contrat en l'espèce. En d'autres termes, si l'on examine la situation immédiatement après la conclusion du contrat, on ne peut dire que cette affaire relève de l'esprit ni de la lettre de la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill*.

Dans le cas présent, l'enregistrement des droits de l'épouse le lendemain de la signature du contrat a modifié la situation, car ses droits ne pouvaient plus être annihilés par le parachèvement de la vente. A supposer que les droits de l'épouse pouvaient alors entraîner l'application de la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill*, la règle s'applique-t-elle dans les cas où, à la date du contrat, les conditions nécessaires à l'application de la règle ne sont pas réunies mais se réalisent après la conclusion du contrat? On n'a pas suggéré qu'il existe une jurisprudence sur ce point. Il s'agit d'une action en dommages-intérêts pour violation de contrat et je ne suis pas disposé à juger que la survenance d'un événement peut rendre la règle applicable à une affaire hors de son champ à l'origine. En outre, la règle a été élaborée pour des contrats conclus sur un arrière-plan d'incertitude des titres de propriété en Angleterre; . . . Comme je l'ai indiqué, une règle établie pour remédier à la défectuosité de titres qui sont souvent, pour reprendre l'expression attribuée à lord Westbury, «difficiles à lire, repousants et incompréhensibles», perd toute pertinence devant l'effet d'une loi moderne sur l'enregistrement des biens-fonds qui assure la certitude et la clarté des titres.

Tout en se fondant sur l'analyse du juge Megarry dans *Wroth v. Tyler*, au sujet de la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill*, le juge McKenzie est d'avis que cette affaire-là est différente, car le droit d'occupation de l'épouse ne viciait pas le titre au moment de la signature du contrat de vente. Au

even though unregistered, to constitute such a defect within the rule, notwithstanding that it would have been possible to register a conveyance in favour of the appellant before the Jordan caveat was lodged. The trial judge went on to reject fraud or bad faith on the part of the respondents and concluded that they were entitled to the benefit of the rule.

He held also that neither s. 35 nor s. 38 of the *Land Registry Act* precluded this result. Those sections, so far as material, read as follows:

35. *Except as against the person making the same*, no instrument . . . purporting to transfer, charge, deal with, or affect land or any estate or interest therein, shall become operative to pass any estate or interest, either at law or in equity, in the land . . . until the instrument is registered . . .

38. (1) Every certificate of indefeasible title issued under this Act shall be received in evidence in all Courts of justice in the Province without proof of the seal or signature thereon, and, so long as it remains in force and uncancelled, shall be conclusive evidence at law and in equity, as against Her Majesty and all persons whomsoever, that the person named in the certificate is seised of an estate in fee-simple in the land therein described against the whole world, subject to

- (a) the subsisting exceptions or reservations contained in the original grant from the Crown;
- (b) any Dominion or Provincial tax, rate, or assessment at the date of the application for registration imposed or made a lien or which may thereafter be imposed or made a lien on the land;
- (c) any municipal charge, rate, or assessment at the date of the application for registration imposed or which may thereafter be imposed on the land, or which had theretofore been imposed for local improvements or otherwise, and which was not then due and payable, including any charge, rate, or assessment imposed by any public corporate body having taxing powers over an area in which the land is situate;
- (d) any lease, or agreement for lease, for a period not exceeding three years, where there is actual occupation under the same;
- (e) any public highway or right-of-way, watercourse or right of water, or other public easement;
- (f) any right of expropriation by Statute;

contraire, il a jugé que l'entente conclue avec Jordan, quoique non enregistrée, constituait un vice au sens de la règle, bien qu'il eût été possible d'enregistrer un transfert en faveur de l'appelante avant que Jordan ne déposât son opposition. Le juge de première instance a conclu qu'il n'y avait ni fraude ni mauvaise foi de la part des intimés et qu'ils pouvaient bénéficier de la règle.

Il a jugé également que ni l'art. 35, ni l'art. 38 de la *Land Registry Act* n'empêche ce résultat. Les parties pertinentes de ces articles se lisent ainsi:

[TRADUCTION] 35. *Sauf à l'égard de la personne qui le passe*, nul acte . . . réputé transférer, grever, viser ou toucher un bien-fonds, un droit ou un intérêt dans celui-ci n'a pour effet de transmettre un droit ou un intérêt dans le bien-fonds, ni en droit ni en *equity*, . . . s'il n'est pas enregistré . . .

38. (1) Tout certificat de titre irrévocable délivré en vertu de la présente loi sera reçu en preuve devant toutes les cours de justice de la province sans qu'il soit nécessaire de faire la preuve du sceau ou de la signature y apposés et, tant qu'il sera en vigueur et non révoqué, attestera, à l'égard de Sa Majesté et de toute personne, que la personne y désignée détient un droit absolu dans le bien-fonds décrit, opposable à tous, sous réserve

- a) de toutes réserves ou exceptions contenues dans la concession primitive du bien-fonds par le Souverain;
- b) de toute taxe, contribution ou cotisation fédérale ou provinciale imposée sur le bien-fonds au jour de la demande d'enregistrement ou constituant un privilège ou pouvant par la suite être imposée ou constituer un privilège;
- c) de toute charge, contribution ou cotisation municipale au jour de la demande d'enregistrement imposée sur le bien-fonds ou pouvant l'être, ou qui a déjà été imposée pour les améliorations locales ou autres, sans être encore due et exigible, y compris toute charge, contribution ou cotisation imposée par un organisme public détenant un pouvoir de taxation dans la zone où le bien-fonds est situé;
- d) de tout bail, ou toute convention de bail, n'excédant pas trois ans, lorsqu'il y a occupation réelle aux termes de celui-ci;
- e) de toute voie publique ou droit de passage, cours d'eau ou servitude de captation d'eau ou toute autre servitude publique;
- f) de tout droit d'expropriation accordé par une loi;

(g) any *lis pendens* or mechanic's lien, judgment, caveat, or other charge, or any assignment for the benefit of creditors or receiving order or assignment under the *Bankruptcy Act*, registered since the date of the application for registration;

(h) any condition, exception, reservation, charge, lien, or interest noted or endorsed thereon;

(i) the right of any person to show that the whole or any portion of the land is by wrong description of boundaries or parcels improperly included in such certificate;

(j) the right of any person to show fraud, wherein the registered owner or wherein the person from or through whom the registered owner derived his right or title otherwise than *bona fide* for value has participated in any degree;

(k) any restrictive condition, right of reverter, or obligation imposed on the land by the *Forest Act* when noted and endorsed thereon.

[McKenzie J. noted that an agreement for sale was not within the exceptions.] It was McKenzie J.'s view that, in terms of s. 35, the Jordan agreement, although unregistered, was effective against the respondents and hence operated as a defect in their title in respect of their subsequent agreement with the appellant. He regarded s. 38 as simply a signal to purchasers to obtain a conveyance for speedy registration, and hence the appellant might have defeated any claim Jordan had to obtain title by preceding Jordan to the Land Registry office, leaving Jordan (assuming no caveat had been filed beforehand) to a remedy in damages.

The majority of the Court of Appeal (Hinkson J.A., Taggart J.A. concurring) affirmed the finding of the trial judge that there was no fraud or bad faith on the part of the respondents and refused to hold that the rule in *Bain v. Fothergill* was inapplicable if the vendors were careless or even reckless in agreeing to sell their property to different purchasers. The Court disapproved of *A.S.A. Construction Pty. Ltd. v. Iwanov*⁸, where the facts were similar. There there were two successive contracts of sale of the one property to different purchasers. Each sued for specific

⁸ [1975] 1 N.S.W.L.R. 512.

g) de toute litispendance ou privilège de fournisseur de matériaux, jugement, opposition, ou autre privilège ou transfert à l'avantage de créancier, ou ordonnance de séquestre ou cession aux termes de la *Loi sur la faillite* enregistrée depuis la date de la demande d'enregistrement;

h) de toute condition, exception, réserve, privilège ou droit qui y est noté ou inscrit;

i) du droit qu'a toute personne de démontrer qu'à cause d'une description erronée des limites ou des parcelles, c'est de manière injustifiée que le bien-fonds ou une partie de celui-ci figure dans ledit certificat;

j) du droit qu'a toute personne de démontrer qu'il y a eu fraude à laquelle a participé le propriétaire enregistré ou la personne de qui le propriétaire enregistré détient son droit ou son titre, autrement que de bonne foi et à titre onéreux;

k) de toute condition restrictive, droit de retour ou obligation imposés sur le bien-fonds par la *Forest Act*, lorsqu'il y est noté ou inscrit.

[Le juge McKenzie a souligné que le contrat de vente n'était pas visé par les exceptions.] Selon le juge McKenzie, l'entente conclue avec Jordan, quoique non enregistrée, était, aux termes de l'art. 35, exécutoire à l'encontre des intimés et viciait donc leur titre relativement à leur entente subséquente avec l'appelante. Il a considéré que l'art. 38 signalait simplement aux acheteurs l'importance d'obtenir un acte et de l'enregistrer rapidement et qu'ainsi, l'appelante aurait pu faire obstacle à toute demande de titre de Jordan en la précédant au bureau d'enregistrement et lui laissant ainsi (à supposer qu'aucune opposition n'ait été déposée auparavant) un recours en dommages-intérêts.

La Cour d'appel à la majorité (le juge Hinkson avec l'accord du juge Taggart) a conclu, comme le juge de première instance, à l'absence de fraude ou de mauvaise foi de la part des intimés et a refusé de statuer que la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill* ne s'appliquait pas si les vendeurs avaient fait preuve de négligence ou même d'imprudence en acceptant de vendre leur immeuble à des acheteurs différents. La Cour a critiqué l'arrêt *A.S.A. Construction Pty. Ltd. v. Iwanov*⁸, où les faits étaient semblables. Deux contrats successifs de vente de la même propriété y avaient été conclus avec des

⁸ [1975] 1 N.S.W.L.R. 512.

performance and the actions were tried together. The second purchaser admitted the priority of the first and successfully sued for damages for loss of the bargain. It was held that the limiting rule of *Bain v. Fothergill* did not apply where a vendor was the author of his own misfortune. Hinkson J.A. felt that this was an attempt to resurrect *Hopkins v. Grazebrook*.

Again, the Court of Appeal held that the trial judge had correctly found the Jordan agreement, although unregistered to constitute a defect of title under the rule of *Bain v. Fothergill*. It rejected the appellant's contention that because at the time of its agreement with respondents there was nothing registered against their title, the prior Jordan agreement could not prevail against s. 38 of the *Land Registry Act*.

Robertson J.A., dissenting, took a different view of the *Iwanov* case in New South Wales and treated it as supporting his own view of the scope of *Bain v. Fothergill*. For him the scope was reflected in the three considerations upon which Lord Chelmsford proceeded, namely, there was no fraud of the vendor, no wilful act preventing performance but rather an unexpected and insuperable defect in title. Applying these considerations to the present case, he said this:

Here, however, there was no "unexpected defect" in the defendant's title. They held a certificate of indefeasible title to the land, and it was conclusive evidence at law and in equity, against all persons whomsoever, that the defendants were seized of an estate in fee simple in the land against the whole world. The defect, far from being unexpected, arose from the defendants' own act in contracting to sell the land to Jordan. Moreover, that act was "a wilful act on their part."

I have gone to some pains to show that the rule in *Bain v. Fothergill* was developed to meet circumstances such as do not exist here. Its application should, then, be limited to cases which fall fairly and squarely within what it specifically decided: general words in it should not be used to expand the scope of what it actually decided. The circumstances here do not fall within the scope of what it actually decided.

acheteurs différents. Chacun d'eux a intenté une action en exécution intégrale et les actions ont été jugées ensemble. Le second acheteur a admis que le premier avait priorité sur lui et a obtenu des dommages-intérêts pour la perte de la bonne affaire. On a jugé que la règle limitative de l'arrêt *Bain v. Fothergill* ne s'appliquait pas lorsque le vendeur était l'artisan de son propre malheur. Le juge Hinkson a estimé que l'on essayait de faire revivre *Hopkins v. Grazebrook*.

Ici, la Cour d'appel a statué que le juge de première instance avait conclu à bon droit que l'entente avec Jordan, bien que non enregistrée, viciait le titre au sens de la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill*. Elle a rejeté la prétention de l'appelante selon laquelle, puisqu'au moment de la conclusion de l'entente avec les intimés il n'y avait rien d'enregistré à l'encontre de leur titre, l'entente antérieure avec Jordan ne pouvait prévaloir contrairement à l'art. 38 de la *Land Registry Act*.

Dissident, le juge Robertson a analysé différemment l'arrêt *Iwanov* de la Nouvelle-Galles du Sud et a considéré qu'il était son opinion quant à la portée de l'arrêt *Bain v. Fothergill*. Il s'en rapporte aux trois considérations invoquées par lord Chelmsford, savoir, le fait que le vendeur n'était coupable d'aucune fraude, qu'il n'y avait eu aucun acte délibéré pour faire obstacle à l'exécution de l'obligation, mais plutôt un défaut de titre imprévu et insurmontable. Les appliquant à la présente affaire, il a dit:

[TRADUCTION] En l'espèce, le titre des défendeurs n'est pas entaché d'un «vice imprévu». Ils possédaient un certificat de titre irrévocable dans le bien-fonds attestant, en droit et en *equity*, à l'égard de tous, qu'ils détenaient un droit absolu dans le bien-fonds, opposable à tous. Le vice, loin d'être imprévu, vient de ce que les défendeurs se sont engagés à vendre le bien-fonds à Jordan. Ce geste constitue en outre un «acte délibéré de leur part.»

Je me suis donné de la peine pour démontrer que la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill* a été élaborée pour faire face à des circonstances qui n'existent pas ici. On doit donc limiter son application aux cas qui correspondent vraiment et exactement à ce qu'elle vise précisément: on ne doit pas en utiliser les termes généraux pour en étendre la portée réelle. Les circonstances en l'espèce ne relèvent pas de ce qu'elle comporte réellement.

I share the opinion of Robertson J.A. that the present case is not within the rule in *Bain v. Fothergill*, and I also share the view of Megarry J. in *Wroth v. Tyler* that the anomalous character of the rule is a good reason for a strict limitation of its scope. Although the Court of Appeal majority felt that to oust the rule would be to reinstate *Hopkins v. Grazebrook*, the facts here are quite different. There is here no case merely of a vendor who, knowing he has no title (as, where he himself has merely a contract of purchase), purports to sell to another. The vendors here, somewhat greedy as McKenzie J. found, had title and then proceeded, in effect to agree to sell the same property twice. I do not say that there was fraud or a want of good faith (save possibly in respect of Jordan) but, in my view, it is enough to oust the limiting rule in *Bain v. Fothergill* if the vendor, having title, has either voluntarily disabled himself from being able to convey or has risked and lost his ability to do so by what were in effect concurrent dealings with two different purchasers.

This is enough to dispose of the first question posed at the beginning of these reasons. In view of the disposition, the second question does not really arise. This Court was however invited in express terms by all three members of the British Columbia Court of Appeal to declare its refusal to follow the rule in *Bain v. Fothergill*. They could speak only, of course, in respect of its application in British Columbia.

The appellant here was concerned primarily with establishing that the rule did not apply; in this he succeeded, and it was only in the alternative that its counsel urged that the rule no longer be followed. Counsel for the respondents took the position that the rule, having survived so long, should be followed by the Courts and it should be left to the various Legislatures to decide on its abolition. British Columbia itself recently moved to this end in the enactment on June 20, 1978, of the *Conveyancing and Law of Property Act*, which by s. 33 expressly abrogates the rule, but the Act has not as yet been proclaimed.

Je partage l'avis du juge Robertson que la présente affaire ne relève pas de la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill*, et celui du juge Megarry, dans *Wroth v. Tyler*, selon lequel le caractère exceptionnel de la règle justifie une application restrictive. Même si la Cour d'appel, à la majorité, a estimé qu'écarter la règle aurait pour effet de rétablir l'arrêt *Hopkins v. Grazebrook*, les faits sont très différents dans ce cas-ci. Il ne s'agit pas en l'espèce du cas d'un vendeur qui, sachant qu'il n'a pas de titre (par exemple, lorsqu'il a seulement une promesse de vente), prétend vendre à un tiers. Dans ce cas-ci, les vendeurs en possession d'un titre, mais un peu cupides comme l'a constaté le juge McKenzie, en sont venus à accepter de vendre le même immeuble deux fois. Je ne dis pas qu'il y a eu fraude ou manque de bonne foi (sauf peut-être à l'égard de Jordan) mais, à mon avis, il suffit, pour écarter la règle limitative de l'arrêt *Bain v. Fothergill*, que le vendeur, en possession d'un titre, se soit volontairement privé de la possibilité de le céder ou ait risqué et perdu son pouvoir de le faire par suite d'opérations effectuées simultanément avec deux acheteurs différents.

Cela suffit pour trancher la première question posée au début des présents motifs. En conséquence, la deuxième question ne se pose pas vraiment. Les trois membres de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont pourtant invité expressément cette Cour à déclarer son refus de suivre la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill*. Évidemment, ils ne parlent que de son application en Colombie-Britannique.

Il importait d'abord à l'appelante d'établir que la règle ne s'appliquait pas; elle a réussi à le faire et ce n'est que subsidiairement que son avocat a préconisé que la règle ne soit plus suivie. De son côté, l'avocat des intimés a fait valoir que la règle, qui survit depuis si longtemps, devait être suivie par les tribunaux et qu'il incombe aux législatures de décider de son abolition. C'est ce qu'a fait la Colombie-Britannique en édictant récemment, le 20 juin 1978, la *Conveyancing and Law of Property Act* dont l'art. 33 abolit expressément la règle, mais cette loi n'a pas encore été proclamée.

As might be expected with a rule that has had as long a history as that in *Bain v. Fothergill*, it has spawned other suggested justifications than the major one of uncertainty of title which inspired it. The complexity of real property law and the consequent hardship on a *bona fide* vendor putting his property on the market should not, it was said, result in visiting him with all the consequences of an ordinary breach of contract if his title proved defective: see *Sikes v. Wild*⁹; Di Castri, *Canadian Law of Vendor and Purchaser* (2nd ed. 1976), at p. 748. Lord Hatherley had given support for this view in his reasons in *Bain v. Fothergill*, at p. 211, by saying that the purchaser must be considered to have bargained on that basis.

Another justification for the rule was said by 5 *Corbin on Contracts* (1964), s. 1098, at p. 531, to rest on the fact that "land in England [was] not subject to rapid fluctuation, that contracts were nearly always quickly closed, and that the contract price [was] usually substantially the same as the market value at the time of breach". The learned author cited the judgment of this Court in *Ontario Asphalt Block Co. v. Montreuil*¹⁰ for this proposition and I will return to this case later. Corbin added this statement, which is equally applicable to Canada:

... This reason is certainly one that is not to be accepted in the United States. If the market value and the contract price are the same it makes no difference which rule is adopted. But in the United States there are innumerable long-time contracts for a future conveyance, and land often rapidly fluctuates in price. The English rule, therefore, would discriminate against the purchaser when it is not useless.

Another point made in justification of the rule is referred to in 5 *Corbin on Contracts*, at p. 530, in the following words:

A few [American] cases follow the English rule entirely, sometimes on the ground that, since no substantial damages are recoverable on the covenant of title contained in a deed of conveyance, no more should be

⁹ (1861), 1 B. & S. 587, aff'd (1863), 4 B. & S. 421.

¹⁰ (1916), 52 S.C.R. 541.

Comme on pouvait s'y attendre, une règle dont l'histoire est aussi ancienne que celle de l'arrêt *Bain v. Fothergill*, a donné naissance à d'autres justifications que celle de l'incertitude des titres qui est à son origine. Vu la complexité du droit des biens immobiliers et les difficultés auxquelles doit faire face un vendeur de bonne foi qui met sa propriété en vente, on ne doit pas, a-t-on dit, lui infliger toutes les conséquences d'une violation ordinaire de contrat, si son titre est entaché d'un vice: voir *Sikes v. Wild*⁹; Di Castri, *Canadian Law of Vendor and Purchaser* (2^e éd. 1976), à la p. 748. Lord Hatherley avait donné un appui à ce point de vue par ses motifs dans l'arrêt *Bain v. Fothergill* en disant (à la p. 211) qu'on devait considérer que l'acheteur avait traité sur cette base.

Selon 5 *Corbin on Contracts* (1964), par. 1098, à la p. 531, une autre justification de la règle se fonde sur le fait que [TRADUCTION] «les biens-fonds [n'étaient] pas soumis en Angleterre à de rapides fluctuations de prix, que les contrats étaient presque toujours conclus rapidement et que le prix prévu au contrat [était] habituellement le même que la valeur marchande au moment de la violation du contrat». Le savant auteur cite, pour étayer cette proposition, un arrêt de cette Cour, *Ontario Asphalt Block Co. c. Montreuil*¹⁰, et j'y reviendrai. La remarque suivante de Corbin s'applique également au Canada:

[TRADUCTION] Ce n'est certainement pas une raison que l'on doit admettre aux États-Unis. Si la valeur marchande et le prix prévu au contrat coïncident, peu importe quelle règle est adoptée. Mais aux États-Unis, les contrats à long terme prévoyant un transfert ultérieur sont innombrables et souvent le prix des biens-fonds fluctue rapidement. En conséquence, la règle anglaise serait préjudiciable à l'acheteur quand elle n'est pas inutile.

Dans 5 *Corbin on Contracts*, à la p. 530, l'auteur énonce en ces termes une autre justification de la règle:

[TRADUCTION] Quelques arrêts [américains] suivent entièrement la règle anglaise, disant parfois que comme l'on ne peut recouvrer des dommages-intérêts importants en se fondant sur l'engagement quant au titre dans un

⁹ (1861), 1 B. & S. 587, conf. (1863), 4 B. & S. 421.

¹⁰ (1916), 52 R.C.S. 541.

recoverable for breach of the preliminary contract to convey.

It is questionable, however, that no substantial damages are recoverable on breach of a covenant of title in a conveyance if, for example, the purchaser is compelled to give up possession, as opposed to a defect which does not produce such a drastic result: see *McGregor on Damages* (13th ed. 1972), at p. 484, citing *Lock v. Furze*¹¹; and see the Canadian cases cited in the report of the Law Reform Commission of British Columbia, at p. 11.

Although some jurisdictions in the United States follow the rule in *Bain v. Fothergill*, with its qualifications, including as a qualification instances where a vendor knowingly contracts beyond his power, the generally prevailing position is a rejection of the rule and an adherence to ordinary contract principles of recovery for loss of a bargain: see 3 *American Law of Property* (1952), s. 11.67, at pp. 169-170.

Despite the other supports for the rule that I have mentioned, the foundation was the uncertainty of title because of the absence of any uniform registration system through which title could be more easily ascertained than by relying on the production of deeds without the back-up of a state-operated register. The rule was said to be a prop in support of the marketability of land and, presumably, it was up to the purchaser, if he could succeed in doing so, to obtain a contractual promise in avoidance.

Even if the exceptions have not eaten deeply into the rule, it seems to me that its main rationale has disappeared in those jurisdictions which have a Torrens system, as for example, Alberta, Saskatchewan and Manitoba (under its *Real Property Act*, R.S.M. 1970, c. R30) and, similarly, in British Columbia whose registration Act, the *Land Registry Act* approximates the Torrens system. The same can be said of Ontario in respect of those areas governed by *The Land Titles Act*, R.S.O. 1970, c. 234. In all such jurisdictions and areas, where the title is that shown on an official

acte de transfert, on ne devrait pas en recouvrer davantage pour la violation d'un avant-contrat de transfert.

L'assertion qu'on ne peut recouvrer des dommages-intérêts importants pour la violation d'un engagement quant au titre dans un transfert est discutable, dans le cas, par exemple, où l'acheteur est contraint de renoncer à la possession, par opposition au cas où le défaut en cause n'entraîne pas de résultat aussi grave: voir *McGregor on Damages*, (13^e éd. 1972), à la p. 484 qui cite l'arrêt *Lock v. Furze*¹¹; et voir les arrêts canadiens cités dans le rapport de la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique, à la p. 11.

Bien que certaines juridictions américaines suivent la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill* et ses restrictions, y compris le cas où un vendeur passe sciemment un contrat qu'il est incapable d'exécuter, la thèse qui prévaut généralement est le rejet de la règle et l'application des principes ordinaires des contrats relativement à l'indemnisation pour la perte d'une bonne affaire: voir 3 *American Law of Property* (1952), par. 11.67, aux pp. 169 et 170.

Malgré les autres motifs à l'appui de la règle que j'ai mentionnés, le fondement en est l'incertitude des titres en l'absence d'un système uniforme d'enregistrement qui permette de vérifier un titre plus facilement que par la production d'actes, sans le soutien d'un registre étatisé. La règle devait servir de pilier à la négociabilité des biens-fonds et il est à croire qu'il appartenait à l'acheteur d'obtenir, s'il le pouvait, une promesse contractuelle pour l'éviter.

Même si les exceptions n'ont pas profondément modifié la règle, j'estime que sa principale raison d'être a disparu là où le système Torrens a été adopté, par exemple en Alberta, en Saskatchewan et au Manitoba (en vertu de *The Real Property Act*, R.S.M. 1970, chap. R30) et, de la même façon, en Colombie-Britannique où la Loi régissant l'enregistrement, la *Land Registry Act*, se rapproche du système Torrens. Il en est de même pour l'Ontario, là où s'applique *The Land Titles Act*, R.S.O. 1970, chap. 234. Dans ces ressorts et régions, où le titre est celui inscrit au registre

¹¹ (1866), L.R. 1 C.P. 441.

¹¹ (1866), L.R. 1 C.P. 441.

registry, there can be no claim by a vendor of uncertainty of title or of the necessity to gather in deeds and documents through which he would seek to establish title.

In my view, the venerability of the rule and the fact that Legislatures have not moved long ago to abolish it, cannot be viewed as a decisive reason against a refusal by this Court to follow it. It was, after all, a judge-made rule, based on considerations that do not operate in Canada. The fact that it has not been cast aside before may have to do with the decision of this Court in the *Ontario Asphalt Block* case, *supra*, decided at a time when this Court was still subject to the Privy Council and through it to the House of Lords in matters of common law. That situation no longer obtains, and this Court has asserted its freedom not only to depart from its own decisions but from Canadian decisions of the Privy Council as well: see *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*¹²; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*¹³.

The *Ontario Asphalt Block* case was an Ontario appeal to this Court which divided four to two on whether the rule in *Bain v. Fothergill* applied to its facts. The issue arose in respect of a ten-year lease with an option to the lessee to purchase the fee, and with an obligation on its part to make improvements during the leasehold term which it did. Both Fitzpatrick C.J. and Davies J., dissenting, were of opinion that these facts took the case out of the rule when, upon the exercise of the option the lessor could not give title as he had covenanted to do. The Chief Justice held that, accepting the rule in *Bain v. Fothergill*, "this case is outside the transactions to which in its widest interpretation the rule making exception to the general law of contracts has any application" (at p. 548). He quoted from *Sedgwick on Damages* (9th ed. 1913), vol. 3., at p. 2121 as follows:

If the defendant fails to convey because he has not a good title, he is always liable in substantial damages.

¹² [1977] 2 S.C.R. 654.

¹³ [1978] 2 S.C.R. 1198.

officiel, le vendeur ne peut faire valoir que le titre est incertain ou qu'il lui est nécessaire de rassembler les actes et les documents qui l'établissent.

A mon avis, on ne peut considérer l'ancienneté de la règle et le fait que malgré tout les législatures ne l'ont pas encore abolie comme une raison décisive pour empêcher cette Cour de refuser de la suivre. Il s'agit après tout d'une règle jurisprudentielle, fondée sur des considérations qui n'ont pas cours au Canada. Le fait qu'elle n'ait pas été écartée plus tôt vient peut-être de la décision de cette Cour dans l'affaire *Ontario Asphalt Block*, précitée, qui date de l'époque où cette Cour était encore subordonnée au Conseil privé et en conséquence à la Chambre des lords en matière de *common law*. La situation a changé et cette Cour s'est déclarée libre non seulement d'écarter ses propres décisions mais également les décisions canadiennes du Conseil privé: voir *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*¹²; *Renvoi sur la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*¹³.

L'arrêt *Ontario Asphalt Block* fut porté en appel devant cette Cour qui s'est prononcée, à quatre contre deux, sur la question de savoir si la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill* s'appliquait aux faits en cause. Le litige portait sur un bail de dix ans qui accordait au locataire une option d'achat de la propriété et qui lui imposait de faire des améliorations pendant la durée du bail, ce qu'il fit. Le juge en chef Fitzpatrick et le juge Davies, dissidents, étaient d'avis que vu les faits, la règle ne pouvait pas s'appliquer en l'espèce puisqu'à la levée de l'option, le bailleur ne pouvait donner de titre comme il s'était engagé à le faire. Le Juge en chef a statué que, tout en adoptant la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill*, [TRADUCTION] «la présente cause sort des cas auxquels s'applique, dans son interprétation la plus large, la règle créant une exception au droit général des contrats» (à la p. 548). Il a cité l'extrait suivant de *Sedgwick on Damages* (9^e éd. 1913), t. 3, à la p. 2121:

[TRADUCTION] Si le défendeur ne peut faire le transfert parce qu'il n'a pas de titre valable, il est toujours

¹² [1977] 2 R.C.S. 654.

¹³ [1978] 2 R.C.S. 1198.

This is commonly called the United States Supreme Court rule, and represents one extreme of the series of principles of which the highest English court has adopted the other extreme. It seems to be the correct one on principle.

Both dissenting judges held to a strict interpretation of the rule, wishing to keep it within the bounds of the rationale which spawned it. The majority (in effect, only Anglin J. dealt with the application of the rule and taking his reasons) concluded that there was no evidence to warrant an inference that the optionor after discovering a defect in his title (he being a devisee for life) made no effort to obtain the consent of the remaindermen, to bring the case within *Day v. Singleton, supra*. It was clear from the reasons of Davies J. that the rule in *Bain v. Fothergill*, having been followed in Ontario, should not be called in question as part of the law of that Province, and hence for him the only question was whether the case was within the rule.

Not only this Court but other Courts in Canada were formerly under the same stricture, and any call for a denial of the rule would be a call for legislative intervention. In *Stephens v. Bannan*¹⁴, Beck J. in the Supreme Court of Alberta *en banc* said at p. 431 that "the English rule as to damages in the case of breach of contract for the sale of land should be applied in this jurisdiction notwithstanding that we have here the Torrens system of land titles". On the other hand, in *O'Neil v. Drinkle*¹⁵, a Saskatchewan case, Lamont J. (who later became a member of this Court) took a bolder approach, as follows (at p. 944):

In this province, however, the reasons for the adoption of this exception to the common law rule as to damages do not exist. Instead of the complicated law as to the title of real estate which they have in England, we have a very simple system of land transfer, under which a person having a certificate of title holds an indefeasible title to his land, which is not subject to those uncertainties and defects which led to the establishment of the exception as laid down in *Flureau v. Thornhill*, and as was said by Cockburn, C.J., in *Engel v. Fitch*, L. R. 3

¹⁴ (1913), 6 Alta. L.R. 418.

¹⁵ (1908), 8 W.L.R. 937.

passible de dommages-intérêts importants. Cette règle est communément appelée la règle de la Cour suprême des États-Unis et constitue un extrême d'une série de principes dont la plus haute cour anglaise a adopté l'autre extrême. Elle semble juste en principe.

Les deux juges dissidents étaient partisans d'une interprétation restrictive de la règle, car ils souhaitaient la maintenir dans les limites du raisonnement qui l'a engendrée. La majorité (en fait, seul le juge Anglin a traité de l'application de la règle et donné ses motifs à cet égard) a conclu qu'aucune preuve ne permettait de déduire que le cédant, après avoir découvert les défauts de son titre (c'était un légataire grevé), n'avait fait aucun effort pour obtenir le consentement des appelés, ce qui aurait permis de suivre l'arrêt *Day v. Singleton*, précité. Les motifs du juge Davies montrent clairement que la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill* ayant été suivie en Ontario, on ne devait pas mettre en doute qu'elle faisait partie du droit de cette province, et pour lui, la seule question était de savoir si elle s'appliquait dans cette affaire-là.

Cette Cour, comme toutes les autres cours du Canada, était autrefois soumise à la même restriction et toute invitation à rejeter la règle équivalait à demander une intervention législative. Dans *Stephens v. Bannan*¹⁴, le juge Beck de la Cour suprême de l'Alberta, en banc, a dit (à la p. 431) que [TRADUCTION] «la règle anglaise concernant les dommages-intérêts dans le cas d'une violation de contrat de vente d'un bien-fonds doit s'appliquer ici même si nous avons le système Torrens». D'autre part, dans *O'Neil v. Drinkle*¹⁵, une affaire de la Saskatchewan, le juge Lamont (qui devint plus tard membre de cette Cour), a adopté un point de vue plus audacieux (à la p. 944):

[TRADUCTION] Les raisons qui ont motivé l'adoption de cette exception à la règle de *common law* relativement aux dommages-intérêts n'existent pas dans cette province. Au lieu des règles de droit complexes qui régissent les titres de biens-fonds en Angleterre, nous bénéficions d'un système très simple de transfert de bien-fonds en vertu duquel quiconque détient un certificat de titre a un titre irrévocable dans son bien-fonds. Ce titre n'est pas frappé des incertitudes et des vices qui ont amené l'adoption de l'exception énoncée dans *Flureau v.*

¹⁴ (1913), 6 Alta L.R. 418.

¹⁵ (1908), 8 W.L.R. 937.

Q.B. 314: "The limit of the exception is to be found in the reason on which it is based; the reason ceasing, the rule should also cease."

Therefore, I am of opinion that the conditions being entirely different here, and the reasons which led to the establishment of the exception being entirely absent, there is no reason why a different principle should be adopted in assessing damages for breach of contract for the sale of land than that adopted for the breach of other contracts.

He did not, however, have to press this because he was satisfied on the facts that the rule did not apply.

I have no hesitation in saying, at a distance of seventy years from *O'Neil v. Drinkle*, that I fully agree with what Lamont J. there said about the rule in *Bain v. Fothergill*. It will suffice to refer to a common provision of the Torrens Acts in Alberta and Saskatchewan (*The Land Titles Act*, R.S.A. 1970, c. 198, s. 203 and *The Land Titles Act*, R.S.S. 1965, c. 115, s. 237) and in Manitoba (*The Real Property Act*, R.S.M. 1970, c. R30, s. 77) which is as follows (I quote the Alberta provision):

203. Except in the case of fraud, no person contracting or dealing with or taking or proposing to take a transfer, mortgage, encumbrance or lease from the owner of any land in whose name a certificate of title has been granted shall be bound or concerned to inquire into or ascertain the circumstances in or the consideration for which the owner or any previous owner of the land is or was registered or to see to the application of the purchase money or of any part thereof, nor is he affected by notice direct, implied or constructive, of any trust or unregistered interest in the land, any rule of law or equity to the contrary notwithstanding, and the knowledge that any trust or unregistered interest is in existence shall not of itself be imputed as fraud.

There is a similar provision in s. 44 of the British Columbia *Land Registry Act*. Moreover, s. 28 of that Act is also relevant to support the abolition of the rule in *Bain v. Fothergill*. It is in these terms:

28. It is the duty of any person selling or conveying land, or who enters into an agreement, or assignment of

Thornhill et, comme l'a dit le juge en chef Cockburn dans *Engel v. Fitch*, L.R. 3 Q.B. 314: «On trouve la limite de l'exception dans le motif sur lequel elle se fonde; si le motif disparaît, la règle doit également disparaître.»

Comme les conditions sont tout à fait différentes en l'espèce et que les motifs qui ont amené l'adoption de l'exception sont complètement absents, je suis d'avis qu'il n'y a aucune raison d'adopter quant à l'évaluation des dommages-intérêts pour violation de contrat de vente de bien-fonds, un principe différent de celui qui existe pour la violation d'autres contrats.

Il n'a cependant pas insisté sur ce point parce qu'il était convaincu que, vu les faits, la règle ne s'appliquait pas.

Soixante-dix ans après *O'Neil v. Drinkle*, je n'hésite pas à dire que je me rallie entièrement aux propos du juge Lamont relativement à la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill*. Il suffit de se reporter à une disposition commune des lois Torrens de l'Alberta et de la Saskatchewan (*The Land Titles Act*, R.S.A. 1970, chap. 198, art. 203 et *The Land Titles Act*, R.S.S. 1965, chap. 115, art. 237) et du Manitoba (*The Real Property Act*, R.S.M. 1970, chap. R30, art. 77) que voici (je cite celle de l'Alberta):

[TRADUCTION] 203. Sauf en cas de fraude, aucune personne qui contracte ou traite avec le propriétaire d'un bien-fonds au nom duquel a été accordé un certificat de propriété ou qui en fait ou se propose de s'en faire consentir une cession, une hypothèque, une charge ou un bail, ne sera tenue de quelque façon de s'informer ou de s'assurer des circonstances ou de la cause pour lesquelles le propriétaire ou tout propriétaire antérieur du bien-fonds est ou a été enregistré ni de s'enquérir de l'emploi de tout ou partie du prix d'achat; pas davantage n'est-elle affectée par la connaissance directe, implicite ou présumée qu'elle peut avoir de toute fiducie ou droit non enregistré sur le bien-fonds, nonobstant toute règle de droit ou d'*equity* contraire, et le fait qu'elle connaisse l'existence d'une fiducie ou d'un droit non enregistré ne sera pas en soi imputé comme fraude.

L'article 44 de la *Land Registry Act* de la Colombie-Britannique contient une disposition semblable. Cependant, l'art. 28 de cette loi est également pertinent aux fins de l'abolition de la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill*. En voici le texte:

[TRADUCTION] 28. Quiconque vend ou transmet un bien-fonds ou conclut une entente ou une cession de

an agreement for the sale of land, whereby the purchase price is payable by instalments or at a future time, to register his own title, in order that any person to whom the land or any part thereof is conveyed, and any person claiming under the agreement, sub-agreement, or assignment, may be able to register his title; and so long as the failure of any person to comply with this section continues, no action shall be brought by the person so failing to register upon any covenant in such agreement or sub-agreement.

As the British Columbia Law Reform Commission report points out, at p. 20 thereof, this sanction upon a vendor should be complemented by giving a purchaser a remedy in damages now denied to him under *Bain v. Fothergill*.

In Ontario, there is no exact equivalent in its *Land Titles Act*, R.S.O. 1970, c. 234, as amended, to s. 203 of the Alberta Act, above quoted, and this Court has held that unregistered interests of which a purchaser for value has notice are not defeated by his prior registration of his interest when there is no express statutory provision to make notice irrelevant: see *United Trust Co. v. Dominion Stores Ltd.* et al.¹⁶ This, however, does not militate against the inaptness of the rule in *Bain v. Fothergill* in the face of the fact that in general the registry is the sole mirror of title.

In view of the foregoing, it would be my opinion, if it was necessary, in order to decide this case, to come to a conclusion on the matter, that the rule in *Bain v. Fothergill* should no longer be followed in respect of land transactions in those Provinces which have a Torrens system of title registration or a near similar system.

It seems to me that, in principle, a similar view should be taken in respect of land transactions governed by a registration of deeds and documents system such as exists in the Atlantic Provinces, in parts of Ontario and in parts of Manitoba. The Acts in the Atlantic Provinces require the keeping of public registers of deeds and documents (including plans) and provide, generally, for priority according to the order or time of registration: see

¹⁶ [1977] 2 S.C.R. 915.

contrat de vente de bien-fonds, prévoyant que le prix d'achat est payable par versements ou à terme, doit enregistrer son propre titre afin que toute personne à qui le bien-fonds ou une partie de ce dernier est transféré, ou toute personne qui revendique un droit en vertu de l'entente, stipulation accessoire ou transfert puisse enregistrer son titre; quiconque ne se conforme pas au présent article ne peut intenter d'action fondée sur une stipulation de cette entente ou stipulation accessoire.

Comme le souligne le rapport de la Commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique (à la p. 20), cette sanction imposée au vendeur doit être complétée par un recours en dommages-intérêts accordé à l'acheteur que ne permet pas actuellement l'arrêt *Bain v. Fothergill*.

En Ontario, il n'existe pas dans *The Land Titles Act*, R.S.O. 1970, chap. 234 et modifications, de disposition équivalente à l'art. 203 de la loi albertaine, précitée, et cette Cour a jugé que les droits non enregistrés dont un acheteur à titre onéreux a connaissance ne sont pas mis en échec par l'enregistrement antérieur des droits de l'acheteur, lorsque aucune disposition législative ne prévoit expressément que la connaissance n'est pas pertinente: voir *United Trust Co. c. Dominion Stores Ltd. et autres*¹⁶. Ceci ne milite pas contre l'inadéquation de la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill*, vu le fait qu'en général le registre est le seul miroir du titre.

Compte tenu de ce qui précède, je serais d'avis, si cela était nécessaire pour trancher la présente affaire, de conclure sur ce point que la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill* ne doit plus être suivie relativement aux opérations immobilières dans les provinces qui ont un système Torrens d'enregistrement des titres ou un système similaire.

Il me semble qu'en principe, on devrait adopter un point de vue semblable en ce qui concerne les opérations immobilières régies par un système d'enregistrement d'actes et de documents, comme c'est le cas dans les provinces maritimes et dans certaines régions de l'Ontario et du Manitoba. Les lois des provinces maritimes prescrivent la tenue de registres publics d'actes et de documents (y compris les plans) et accordent en général le rang

¹⁶ [1977] 2 R.C.S. 915.

the *Registry Act*, R.S.N.B. 1973, c. R-6; *The Registration of Deeds Act*, R.S.Nfld. 1970, c. 328; *The Registry Act*, R.S.N.S. 1967, c. 265; *The Registry Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. R-11. The deeds and documents that are registered are not thereby invested with any greater legal force than they intrinsically possess; there is, in short, no public guarantee of title as under the Torrens system, but if they have intrinsic legal force their registration gives them priority over unregistered instruments, of which they had no notice. Registration is, of course, notice and hence the necessity for a search of the register and an examination of the intrinsic worth of the deeds and documents recorded thereon, involving a concern for the chain of title. In Prince Edward Island the statute goes further; it provides as follows in s. 43.

43. No constructive or other notice of any unregistered deed or mortgage shall defeat, impeach, or affect, or be construed to affect, any deed or mortgage relating to all or any part of the same lands, tenements or hereditaments, which has been registered under this Act, but every such unregistered deed or mortgage shall be deemed to be fraudulent and void against subsequent purchasers or incumbrancers for valuable consideration, whose deeds or mortgages are previously registered, whether the purchasers or incumbrancers had notice thereof or not, but nothing in this Act affects, or is construed to impeach any will, or security for a debt due or to become due to the Crown, although it or a memorial or entry thereof is not recorded in the office of a registrar.

In Ontario, the traditional registration of deeds system (*The Registry Act*, R.S.O. 1970, c. 409, as amended) has been modified by *The Certification of Titles Act*, R.S.O. 1970, c. 59, as amended. It applies to land not registered under *The Land Titles Act* and provides for the investigation and certification of title to such land. When a certificate of title is issued and registered, it has, pursuant to s. 15, a conclusive effect as against the Crown and all other persons subject to any exceptions, reservations, conditions, covenants, charges, mortgages and other encumbrances mentioned therein. In short, the Act gives a starting point for

suisant l'ordre ou la date d'enregistrement: voir la *Loi sur l'enregistrement*, L.R.N.-B.1973, chap. R-6; *The Registration of Deeds Act*, R.S.Nfld. 1970, chap. 328; *The Registry Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 265; *The Registry Act*, R.S.P.E.I. 1974, chap. R-11. Les actes et documents enregistrés n'ont pas de force juridique plus grande que celle qui est intrinsèquement la leur; en résumé, il n'y a aucune garantie publique des titres comme dans un système Torrens, mais si ces titres ont une valeur juridique intrinsèque, leur enregistrement leur donne priorité sur les actes non enregistrés qui n'ont pas fait l'objet d'un avis. L'enregistrement équivaut évidemment à un avis, d'où la nécessité d'examiner le registre et la valeur intrinsèque des actes et des documents qui y sont enregistrés, y compris la chaîne de titres. La Loi de l'Île-du-Prince-Édouard va plus loin; son article 43 est rédigé en ces termes:

[TRADUCTION] 43. La connaissance présumée ou autre d'un acte ou d'une hypothèque non enregistré n'a pas pour effet de mettre en échec un acte ou une hypothèque, enregistré en vertu de la présente loi, visant la totalité ou une partie des mêmes biens-fonds, fonds de terre ou héritages, d'en permettre la contestation, d'y porter atteinte, ni d'être interprétée en ce sens, mais un tel acte ou hypothèque non enregistré est réputé frauduleux et nul vis-à-vis d'acheteurs à titre onéreux ou créanciers hypothécaires subséquents dont les actes et hypothèques sont préalablement enregistrés, que les acheteurs ou créanciers hypothécaires en aient eu connaissance ou non; mais rien dans la présente loi n'a pour effet de porter atteinte, ni ne doit être interprété comme tel, à un testament ou à la sûreté d'une créance du Souverain, même non enregistré ni constaté au bureau du registraire.

En Ontario, le système traditionnel d'enregistrement des actes (*The Registry Act*, R.S.O. 1970, chap. 409 et ses modifications) a été modifié par *The Certification of Titles Act*, R.S.O. 1970, chap. 59 et ses modifications. Il s'applique aux biens-fonds non enregistrés aux termes de *The Land Titles Act* et prévoit la recherche et la vérification du titre de ces biens-fonds. Lorsqu'un certificat de titre est délivré et enregistré, il a, conformément à l'art. 15, un effet probant à l'encontre du Souverain et de tous, sous réserve des exceptions, réserves, conditions, stipulations, privilèges, hypothèques ou autres charges qui y sont

title searches and establishes a register akin to that under a Land Titles system.

The Manitoba *Registry Act*, R.S.M. 1970, c. R50 as amended, is similar to the Registry Acts above mentioned, but it does provide in s. 47 that lands that are subdivided must be brought under *The Real Property Act*, that is, into the Torrens system.

Despite the differences between the Torrens system and kindred systems (as in British Columbia and Ontario) and deed registry systems, I do not see why a line should be drawn between them to rule out *Bain v. Fothergill* in respect of the former and not in respect of the latter. The existence of public registers upon which transfers of interests must be recorded to be protected could be considered as ousting the rationale on which the rule in *Bain v. Fothergill* was founded. I need not, however, pursue this matter further in the present case.

In the result, I would allow the appeal, set aside the judgments below and direct that judgment be entered for the purchaser for \$37,000 plus \$6,628.50, a total of \$43,628.50, the damages found and confirmed below if *Bain v. Fothergill* did not apply. The appellant is entitled to costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the defendants, respondents: Boughton & Co., Vancouver.

mentionnés. En résumé, la Loi donne un point de départ pour la recherche du titre et établit un registre semblable à celui qui existe en vertu d'un système d'enregistrement de titres des biens-fonds.

The Manitoba *Registry Act*, R.S.M. 1970, chap. R50 et ses modifications est semblable aux lois d'enregistrement déjà mentionnées, mais elle prévoit, à l'art. 47, que les biens-fonds subdivisés sont soumis à *The Real Property Act*, soit au système Torrens.

Malgré les différences qui existent entre le système Torrens, les systèmes analogues (comme ceux de la Colombie-Britannique et de l'Ontario) et les systèmes d'enregistrement des actes, je ne vois pas pourquoi on ferait une distinction entre eux pour écarter l'arrêt *Bain v. Fothergill* dans le premier cas et ne pas le faire dans le dernier. On doit considérer que l'existence de registres publics où les transferts de droits doivent être inscrits pour être protégés élimine le fondement même de la règle de l'arrêt *Bain v. Fothergill*. Cependant, il n'est pas nécessaire d'étudier davantage cette question en l'espèce.

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmes les décisions des cours d'instance inférieure et d'ordonner que jugement soit rendu en faveur de l'acheteur pour un montant de \$37,000, plus \$6,628.50, pour un total de \$43,628.50, soit les dommages-intérêts fixés et confirmés par les cours d'instance inférieure si l'arrêt *Bain v. Fothergill* ne s'appliquait pas. L'appelante a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de la demanderesse, appelante: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs des défendeurs, intimés: Boughton & Co., Vancouver.